



UNICAMP

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS

INSTITUTO DE GEOCIÊNCIAS

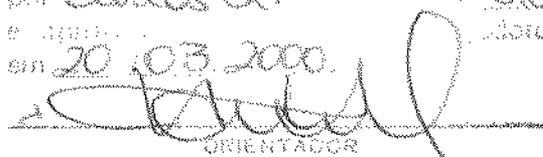
Pós-Graduação em Geociências  
Área de Administração e Política de Recursos Minerais

CARLOS ALBERTO DE MELO LACERDA

A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA MINERAL - CFEM

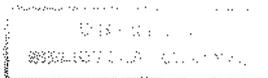
Dissertação apresentada ao Instituto de Geociências como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Geociências na Área de Administração e Política de Recursos Minerais.

Orientador: Prof. Dr. Hildebrando Herrmann

Esta dissertação foi aceita para a defesa em 20.03.2000.  
por Carlos A. M. Lacerda  
e aprovada em 20.03.2000.  
  
ORIENTADOR

CAMPINAS - SÃO PAULO

Março - 2000



CM-00142005-2

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA  
BIBLIOTECA do I.G. - UNICAMP

UNIDADE	IG/804
N.º CHAMADA:	I/UNICAMP
	L116n
V.	
TOMBO B.C.	41025
PREÇO	278100
	<input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> <input checked="" type="checkbox"/>
PREÇO R\$	11,00
DATA	35/04/00
N.º CPD	

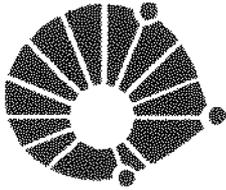
Lacerda, Carlos Alberto de Melo

L116n A natureza jurídica da compensação financeira mineral – CFEM /  
Carlos Alberto de Melo Lacerda. - Campinas, SP: [s.n.], 2000.

Orientador: Hildebrando Herrmann

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas,  
Instituto de Geociências.

1. Legislação Mineral - Brasil. 2. Economia Mineral. 3. Direito  
Financeiro. 4. Constitucional. I. Herrmann, Hildebrando. II.  
Universidade Estadual de Campinas. Instituto de Geociências.  
III. Título.



**UNICAMP**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS**

**INSTITUTO DE GEOCIÊNCIAS**

**PÓS-GRADUAÇÃO EM GEOCIÊNCIAS  
ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICA DE RECURSOS  
MINERAIS**

**AUTOR: CARLOS ALBERTO DE MELO LACERDA**

**A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA MINERAL - CFEM**

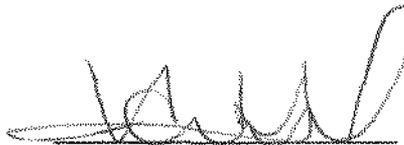
**ORIENTADOR: Prof. Dr. Hildebrando Herrmann**

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

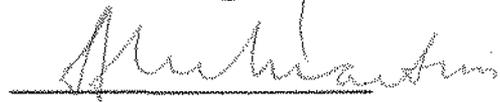
**PRESIDENTE:**

**EXAMINADORES:**

Prof(a). Dr(a). Hildebrando Herrmann

 - Presidente

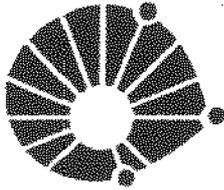
Prof(a). Dr(a). Luiz Augusto Milani Martins



Prof(a). Dr(a). Suzy Gomes Hoffmann



Campinas, de Março de 2000



**UNICAMP**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS/  
INSTITUTO DE GEOCIÊNCIAS / DARM**

**PÓS-GRADUAÇÃO EM GEOCIÊNCIAS  
ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICA  
DE RECURSOS MINERAIS**

**A NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA MINERAL - CFEM**

**RESUMO**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**CARLOS ALBERTO DE MELO LACERDA**

A Constituição Federal de 1988 assegurou aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e a órgãos da administração direta da União Federal o direito a uma participação no resultado da exploração econômica (i) do petróleo e gás natural, (ii) de recursos hídricos para geração de energia elétrica e (iii) de recursos minerais, ou uma compensação financeira por estas explorações econômicas. E coube a Lei nº 7.990, de 1989, que foi alterada pela Lei nº 8.001, de 1990, regular as diretrizes e as regras a serem observadas e cumpridas pelos concessionários, com fulcro no instituto da compensação financeira. Apesar de a compensação financeira abordar três setores distintos da economia brasileira, o nosso trabalho buscará identificar a natureza jurídica da compensação financeira mineral, mais conhecida como CFEM. É que desde a origem a da CFEM, a doutrina vem divergindo quanto a sua natureza jurídica. Para alguns a CFEM é indiscutivelmente um tributo, enquanto que para outros a sua natureza é financeira e não tributária. A Justiça ainda não deu a palavra final sobre a natureza jurídica da CFEM. Diante dessas condicionantes, o nosso trabalho irá abordar: as bases do direito minerário; as posições doutrinárias que propugnam ser a CFEM um tributo, nas espécies de imposto ou contribuição de intervenção no domínio econômico; |os aspectos|do direito financeiro quanto à tipologia de receita pública; para finalmente identificar as características que fundamentam ser financeira, e não tributária, a natureza jurídica da CFEM.



**UNICAMP**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS  
INSTITUTO DE GEOCIÊNCIA / DARM**

**PÓS-GRADUAÇÃO EM GEOCIÊNCIA  
ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICA  
DE RECURSOS MINERAIS**

**THE LEGAL NATURE OF THE MINERAL FINANCIAL COMPENSATION - CFEM**

**ABSTRACT**

**MASTER'S THESIS**

**CARLOS ALBERTO DE MELO LACERDA**

The 1988 Brazilian Federal Constitution assured to the States, to the Federal District, to Municipalities and to Federal Union direct administration agencies the right to either a share in the results of economic exploitation of (i) oil and natural gas, (ii) water resources for electric energy generation, and (iii) mineral resources, or a financial compensation for such economic exploitation. Act no. 7.900 of 1989, as amended by Act no. 8.001 of 1990, laid down the guidelines and rules to be observed and complied with by concessionaires, on the basis of the financial compensation precept. Despite the fact that financial compensation comprises three distinct sectors of Brazilian economics, our work will try to identify the legal nature of the mineral financial compensation, more commonly known as CFEM (financial compensation for mineral exploitation). Since CFEM was created, doctrine has been diverging as to its legal nature. For some, CFEM is unquestionably a tax, whereas for others it has a financial rather than a taxation nature. Justice as yet has not given its final word on CFEM legal nature. In view of such situation, our work will cover: the grounds for mineral law; the doctrinary positions which determine that CFEM is a tax, within the kinds of taxes or contributions relating to intervention in economic domain; the aspects of financial law as regards the typifying of public revenue; and lastly to identify the characteristics which justify the assertion that CFEM has a financial and not a tax nature from a legal standpoint.

## DEDICATÓRIAS

À querida Dinah, minha mulher e companheira de todas as horas, e ao Felipe, meu amigo e bom filho, pelo amor, paciência, incentivo e apoio incondicional que sempre me proporcionaram, os quais foram de fundamental importância para a conclusão deste trabalho.

Aos meus pais, Lauro e Zulma, pelo amor, confiança e educação que me transmitiram.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu amigo e mestre Hildebrando Herrmann, pelo privilégio de tê-lo como orientador e por todo o apoio e sugestões que recebi durante a elaboração deste trabalho.

Aos amigos que me incentivaram e ajudaram para que esse trabalho fosse concluído.

Ao corpo docente e aos funcionários do Departamento de Recursos Minerais, do Instituto de Geociência, da Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, pela colaboração para que este trabalho se tornasse uma realidade.

## SUMÁRIO

Dedicatórias .....	i
Agradecimentos .....	ii
Sumário .....	iii
Resumo .....	v
<i>Abstract</i> .....	vi
Introdução .....	1
Texto .....	4-134

### TÍTULO I            A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA NO BRASIL

<b>Capítulo I</b>	<b>Aspectos Constitucionais</b>	
Seção I	A Assembléia Nacional Constituinte .....	4
Seção II	O Princípio da Legalidade .....	10
<b>Capítulo II</b>	<b>A Legislação Infraconstitucional</b>	
Seção I	O Processo Legislativo .....	14
Seção II	A Lei de Compensação Financeira .....	19
Seção III	A Compensação Financeira do Petróleo e Gás .....	28
Seção IV	A Compensação Financeira dos Recursos Hídricos .....	36
Seção V	A Compensação Financeira Mineral – CFEM .....	39

### TÍTULO II            AS NOÇÕES DE DIREITO APLICÁVEIS À MINERAÇÃO

<b>Capítulo I</b>	<b>As Bases do Direito Minerário</b>	
Seção I	Evolução Constitucional .....	43
Seção II	A Legislação Infraconstitucional Aplicável .....	45
Seção III	Os Bens Públicos .....	51
Seção IV	Os Recursos Minerais .....	58

<b>Capítulo II</b>	<b>As Espécies de Tributos</b>	
Seção I	Os Impostos .....	64
Seção II	As Contribuições Sociais .....	82
<b>Capítulo III</b>	<b>Aspectos do Direito Financeiro</b>	
Seção I	Os Entes Estatais .....	96
Seção II	Finanças Públicas .....	98
Seção III	Preço Público .....	101
<b>TÍTULO III</b>	<b>A NORMATIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA MINERAL - CFEM</b>	
<b>Capítulo I</b>	<b>A Natureza Jurídica</b>	
Seção I	Os Fundamentos .....	110
Seção II	A Tipificação .....	120
Seção III	Conclusão .....	133
<b>Referências Bibliográficas</b>	.....	135
<b>Anexos</b>	.....	139

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação discorre sobre um tema que assegurou aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da administração direta da União o direito de perceber uma participação no resultado da exploração econômica (i) de petróleo ou gás natural, (ii) de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e (iii) de recursos minerais, *ou* uma compensação financeira por essas explorações, como está insculpido no § 1º do artigo 20 da atual Constituição Federal, que foi promulgada no dia 5 de outubro de 1988.

E os legisladores infraconstitucionais, ao elaborarem as Leis nº 7.990<sup>1</sup>, de 1989, e nº 8.001<sup>2</sup>, de 1990, que regem a matéria, preferiram eleger o instituto da compensação financeira como o competente para remunerar os entes federados, ao invés da participação no resultado da exploração.

Apesar de a legislação abordar três setores distintos da economia, nosso trabalho se concentrará no estudo da Compensação Financeira pela Exploração Mineral, mais conhecida como CFEM.

Nosso interesse em estudar a CFEM foi despertado pelas críticas, questionamentos e dúvidas existentes desde que ela veio ao mundo jurídico pátrio, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Para Alberto Xavier<sup>3</sup> e Roque Antônio Carraza<sup>4</sup> a CFEM tem a natureza jurídica própria de tributo.

---

• <sup>1</sup> Anexo I.1

• <sup>2</sup> Anexo I.2

• <sup>3</sup> *Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais*, Revista Dialética de Direito Tributário nº 29, pág. 11/25

• <sup>4</sup> *Natureza Jurídica da Compensação Financeira Pela Exploração de Recursos Minerais. Sua Manifesta*

Divergindo desse posicionamento doutrinário, podemos citar Ricardo Lobo Torres<sup>5</sup> que entende ter a CFEM a natureza indenizatória; Hildebrando Herrmann<sup>6</sup> a considera um *royalty*, como também o Senador Ronan Tito<sup>7</sup>, autor do projeto de lei que instituiu a CFEM; e Fernando Cesar de Souza Aragão<sup>8</sup> propugna ser “uma inusitada espécie de ingresso público, configurando, a um só tempo, prestação compulsória (instituída através de lei) e receita originária (advinda do patrimônio público)”.

Na jurisprudência administrativa a questão também não é uniforme, levando-se em conta a posição de Ditimar Sousa Brito<sup>9</sup>, Procurador da Fazenda Nacional, que considerou ser tributária a natureza jurídica da CFEM, enquanto que para Humberto de Carvalho Matos<sup>10</sup>, Procurador do Ministério de Minas e Energia, a CFEM não tem natureza jurídica tributária.

Enquanto isso, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal - TRF (1ª e 5ª Regiões) vem se firmando no sentido de considerar que a natureza jurídica da CFEM não é tributária, nem são inconstitucionais as leis de regência, chegando algumas decisões a considerar que se trata de preço público, de indenização ou de royalty.

Diante das divergências acima expostas, e considerando que a Justiça ainda não deu a palavra final sobre tais questionamentos, uma questão de ordem nos faz indagar “qual é a verdadeira natureza jurídica da Compensação Financeira Mineral - CFEM”? Será que é um tributo, um preço público ou, quem sabe, uma indenização atípica?

---

*Inconstitucionalidade*, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, Ano 20, Vol. 149, São Paulo, Editora Jurid Vellenich, 1996, págs. 19, 36 e 41

- <sup>5</sup> *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pág. 163
- <sup>6</sup> *Mineração e meio ambiente: metamorfoses jurídico institucionais*, Rio Claro, Universidade Estadual Paulista, Instituto de Geociência e Ciências Exatas, 1995, pág. 251
- <sup>7</sup> Discurso publicado no DCN-II, de 21-9-89, pág. 5020-21
- <sup>8</sup> *Compensação Financeira – Dissertação de Mestrado*, Rio de Janeiro, Universidade Gama Filho, Departamento Jurídico, 1994, pág. 114
- <sup>9</sup> Processo nº 10168.003634/93-47, *apud* Fernando Cesar de Souza Aragão, *ob. cit.* pág. 190
- <sup>10</sup> Parecer CONJUR-CJM/MINFRA nº 009, de 27 de dezembro de 1991.

Independentemente da questão conceitual, o fato real é que ao completar 10 anos de existência, a CFEM ainda gera dúvidas quanto à sua aplicação, tanto que somente agora o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME), que tem a competência legal para fiscalizar a CFEM, expediu normas de procedimentos para a cobrança da CFEM no território nacional.

De qualquer sorte, procuramos desenvolver o nosso trabalho de forma prática e concisa, buscando principalmente levar ao conhecimento do leitor uma visão objetiva dos problemas existentes. Deixamos de fazer um estudo comparado da CFEM com possíveis tipos de exações existentes em outros países, sabendo de antemão que há na legislação dos países integrantes do Mercosul e nos Estados Unidos da América do Norte (*severence tax*) tipologias de encargos que têm alguma semelhança e pontos de contatos com a CFEM.

Didaticamente, dividimos o nosso trabalho em 3 Títulos, cabendo ao primeiro abordar a *Compensação Financeira no Brasil*, onde se descreve as suas origens na Assembléia Nacional Constituinte, passando pela formação do processo legislativo nacional e, por fim, analisando as três tipologias de Compensação Financeira previstas na Constituição e na Lei nº 7.990, de 1989.

No segundo Título, *Noções de Direito Aplicáveis à Mineração*, iremos explorar exclusivamente as bases do direito minerário, tributário e financeiro, que fundamentam a discussão existente na doutrina e na jurisprudência com relação à CFEM.

Finalmente, no último Título, *A Normatização da Compensação Financeira Mineral – CFEM*, concluímos nosso estudo onde ousamos identificar qual é, a nosso ver, a real natureza jurídica da CFEM, visando com isso contribuir e quiçá enriquecer o mundo acadêmico com os aspectos jurídicos que embasam e norteiam o instituto da CFEM, dispostos nesta Dissertação de Mestrado.

# TÍTULO I

## A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA NO BRASIL

### Capítulo I

#### ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

##### Seção I

###### A Assembléia Nacional Constituinte

Com o passar dos anos, os efeitos do regime militar, instalado no Brasil no ano de 1964, acabaram por florescer no Povo Brasileiro o sentimento de que era necessário mudar. O marco desse sentimento foi o movimento popular denominado diretas já, que simbolizava o interesse em eleger o Presidente da República, numa demonstração clara de que era urgente e necessária a instalação do Regime Democrático. Porém, para que isso fosse possível, era necessário adaptar a Constituição Brasileira que vigia desde 1967.

Seguindo nessa linha de raciocínio, o Congresso Nacional, em 15 de janeiro de 1985, acabou elegendo, pelo voto indireto – porque foram os próprios Congressistas que os elegeram - para Presidente do Brasil o Sr. Tancredo Neves e para Vice-Presidente o Sr. José Sarney. Mas, a fatalidade alterou o rumo da história brasileira, face à morte do Presidente eleito, Sr. Tancredo Neves, ocorrida antes de sua posse. Depois de uma série de lances inéditos, tomou posse, como Presidente da República, o Sr. José Sarney, dando início ao período denominado “Nova República”.

Diante da conjuntura econômica e social porque passava o Brasil, o então Presidente José Sarney finalmente enviou, em junho de 1985, ao Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional (PEC), nos seguintes termos:

“Art. 1º - Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º - O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º - A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte.”

Esse projeto acabou se convertendo na Emenda Constitucional nº 26, que determinava fosse instalada, em 1º de fevereiro de 1987, a Assembléia Nacional Constituinte, a qual tinha por único e exclusivo objetivo reescrever a Constituição Brasileira. E, sob a presidência do Ministro José Carlos Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, com a presença do Exmo. Sr. José Sarney, então Presidente do Brasil, do Exmo. Sr. Humberto Lucena, então Presidente do Senado Federal, e do Exmo. Sr. Ulysses Guimarães, então Presidente da Câmara dos Deputados, foi instalada a Assembléia Nacional Constituinte, conforme nos informa Magdaleno Girão Barroso<sup>11</sup>.

Frente ao desafio de elaborar a nova Constituição Brasileira, os Membros da Assembléia Nacional Constituinte decidiram que os trabalhos deveriam ser realizados pelas Comissões e Sub-Comissões Temáticas, que elaborariam o texto básico, que posteriormente seria revisto pela Comissão de Sistematização e, finalmente, seria aprovado em Plenário o texto final da Carta Magna.

---

\* <sup>11</sup> *O Brasil Constituinte e a Constituição de 1988*, Brasília, 1993, pág. 29.

A Comissão II tinha por objetivo estabelecer as normas sobre “A Organização do Estado”. E na Subcomissão II-A é que foi analisado o anteprojeto do texto apresentado pelo Relator, que versava sobre a futura CFEM.

Um fato curioso, e que merece destaque, foi que o texto do anteprojeto restou aprovado na Comissão com a deliberada exclusão da palavra “complementar” da expressão nos termos da lei complementar. Esta mudança alterou a formulação da futura lei, isto porque o Congresso Nacional, ao regular a determinação constitucional quanto à participação no resultado da exploração ou a compensação financeira, não estava mais atrelado a edificar-se em uma Lei Complementar.

Porém, a discussão dessa matéria na Comissão de Sistematização foi acirrada. Para tanto vamos examinar as palavras de Magdaleno Girão Barroso<sup>12</sup>:

“O Projeto de Comissão de Sistematização, em seu artigo 22, havia incluído entre esses bens, inciso VII, os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica ... E no § 1º, novamente sem exceções, assegurava “aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e órgãos da administração direta da União, nos termos da lei, participação no resultado da exploração econômica e do aproveitamento de todos os recursos naturais em seus territórios, bem como na plataforma continental e no mar territorial respectivos”.

Tratava-se, portanto, numa extensão absoluta, da nacionalização e estatização de todos os recursos citados e da federalização do processo participativo de sua exploração, através dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos de administração direta da União.

---

\* <sup>12</sup> Ob. cit. pág. 312

Contra isso se insurgiu o Substitutivo do “Centrão”, amparado, como sabemos, em sua preferência automática de votação, modificando as disposições citadas, para: excluir do inciso VII os recursos minerais; restringir, no inciso VIII, as cavidades naturais subterrâneas àquelas de interesse científico ou turístico; excluir inteiramente o inciso IX, relativo ao subsolo; e limitar à exploração do petróleo e do gás natural além dos recursos minerais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva que lhes corresponda, a participação daquelas unidades estatais e federadas. O que correspondia a uma desestatização, a uma redução dos poderes do Estado naqueles domínios, em favor, naturalmente, da iniciativa privada e do seu interesse na exploração mineral do solo e do subsolo territorial e marítimo.

O impasse entre as duas filosofias parecia irremovível, até que se chegou a uma solução em que acabou prevalecendo o ponto de vista da Sistematização a propósito do ponto principal, isto é, a propriedade da União sobre os recursos minerais, inclusive os do subsolo, mediante compensações aos objetivos privatizantes do “Centrão”.

Removido o impasse, finalmente foi aprovado em primeiro e segundo turnos pela Comissão de Sistematização, presidida pelo então constituinte Bernardo Cabral, o projeto de constituição, o qual acabou sendo aprovado integralmente, em plenário, pelos membros da Assembléia Nacional Constituinte, cuja redação final teve o seguinte texto (Projeto Stairs/vs – Aquarius da Câmara dos Deputados, sob o nº V90030200019):

“Art. 20 - São bens da União:

.....  
VIII – os potenciais de energia hidráulica;

.....  
IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

Evidentemente, o coroamento desse instrumental constitucional, de que se valem hoje os Estados e os Municípios, é decorrência de uma reivindicação antiga, de que temos notícias. Isto porque, para aqueles entes públicos, somente a União Federal gozava dos privilégios oriundos do desenvolvimento das atividades de geração de recursos hídricos, da exploração de petróleo, gás e minerais, enquanto àqueles outros eram reservados os ônus e os problemas, tais como, investimento em infra-estrutura, a degradação do solo, etc.

A doutrina pátria é extensa acerca do referido comando constitucional. Nesse passo, vejamos o que Ives Gandra da Silva Martins<sup>13</sup> comenta sobre o § 1º do art. 20 da Magna Carta:

“O artigo tem nítido objetivo desconcentrador. Pretende fortalecer a Federação na medida em que a exploração de um bem que o constituinte outorgou à União, embora situado em Estados e Municípios, inclusive no Distrito Federal, representa perda de patrimônio destes a favor da entidade maior do Estado Federativo. Por essa razão, de forma explícita, o constituinte houve por bem centralizar a propriedade do bem e descentralizar o resultado de sua exploração. A novidade reside no fato de ser estendida tal participação nos resultados, ou como percentual na receita ou compensação financeira a Municípios, visto que no passado, no que concerne ao petróleo, apenas os Estados-Membros e os Territórios Federais (excrescência, visto que pertencem à União) tinham direito a tal benefício.”  
(grifamos)

---

\* <sup>13</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Tomo I, São Paulo, Ed. Saraiva, 1992, pág. 96.

Já B. Calheiros Bonfim<sup>14</sup> tem o seguinte posicionamento:

“O dispositivo em estudo consolidou matéria importante que, ao longo dos últimos anos, foi objeto de acesas discussões. Não é de hoje que os núcleos da Federação, social, política e economicamente ativos e autônomos, como os Estados e Municípios, reivindicam participação no produto da exploração das fontes de riquezas naturais. O problema sempre esteve ligado à questão do respeito ao exercício da autonomia federativa, no que toca à propriedade do solo e dos recursos naturais existentes nos territórios dos Estados-Membros, e à repartição equitativa entre estas Entidades das riquezas naturais do País. Nem sempre foi aceita passivamente a exploração de uma fonte de riqueza natural existente no território de uma Unidade Federativa em proveito de parte ou de toda a União, sem que à Unidade cedente se destinasse compensação direta. O parágrafo em apreço veio assegurar essa participação, estendendo-a a Órgão da Administração direta da União, sendo que nesses casos, o dispositivo se refere àqueles Órgãos que estiverem envolvidos no processo de exploração do recurso natural.”

Enquanto isso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>15</sup> preleciona que:

“A norma distingue entre participação e compensação. Esta última pressupõe um “prejuízo” decorrente da exploração. Já a participação constitui uma associação nos benefícios.

Compreende-se que o ente federativo que no seu território sofra a exploração, seja por ela compensado, ou, até, nela tenha participação. Menos aceitável é que faça jus a uma participação quando a exploração se der na plataforma continental, mar

---

• <sup>14</sup> *Comentários à Constituição Brasileira*, 2º vol., São Paulo, Ed. Trabalhistas, 1990, pág. 60

• <sup>15</sup> *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, pág. 154.

territorial ou zona econômica exclusiva, que não lhe integram o território. Quanto à compensação, esta seria ainda admissível, sob a condição do prejuízo.”

Em síntese, podemos afirmar com segurança que a decisão adotada pelos nossos Constituintes teve por finalidade, como bem assinalou Magdaleno Girão Barroso acima, acabar com o impasse que existia entre a posição (i) que pregava a absoluta nacionalização e estatização de todos os recursos naturais e (ii) aquela que advogava a desestatização, a uma redução dos poderes de Estado naqueles domínios.

Afinal prevaleceu uma posição intermediária que, de um lado, assegurava a propriedade dos recursos naturais à União e a garantia de uma participação no resultado da exploração desse recursos, ou uma compensação, pelos outros entes públicos, e, do outro lado, a garantia da posse das riquezas extraídas por quem de direito, que no caso dos recursos minerais está inculpido no artigo 176 do Estatuto, *in litteris*:

“Art. 176 – As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia elétrica 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. (os grifos são nossos)

A combinação da fundamentação constitucional acima com o § 1º do artigo 20 é o cerne de todo o sistema que deve reger a legislação infraconstitucional sobre a CFEM.

## Seção II

### O Princípio da Legalidade

É da tradição brasileira inserir no texto constitucional o princípio da legalidade, ou reserva legal. Esse princípio está caracterizado na Carta Política de 1988, *in verbis*:

“Art. 5 – Todos são iguais perante a Lei .....

.....  
II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

O estudo do direito fundamenta-se na argumentação teórica, que é a base pela qual deverão edificar-se os complexos mecanismos do sistema jurídico. Nesta contextualização é que o direito, que é um fenômeno da vida social, ganha relevo, pois é através dele que refletirão as condições e os efeitos na sociedade, visto que deverá haver um equilíbrio nas relações entre o Estado e o Indivíduo, objetivando a certeza do direito de cada parte, mas principalmente a segurança jurídica que deverá existir nessa relação.

Por isso que os princípios jurídicos são as garantias fundamentais que asseguram ao indivíduo a certeza de que o seu direito será respeitado pela Administração, que somente poderá agir de conformidade com o estatuído na lei. Para Miguel Reale Junior<sup>16</sup>:

“Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a aplicação e interpretação, quer para a elaboração de novas normas.”

No campo do direito administrativo, o princípio da legalidade (CF, 37) é uma das principais fontes a serem observadas pelos administradores públicos. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins<sup>17</sup> fazem as seguintes observações:

---

• <sup>16</sup> *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1987, pág. 300

• <sup>17</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., São Paulo, Editora Saraiva, 1989, pág. 25/26

“Os administrativistas são acordes em reconhecer que tal princípio ganha no direito público uma significação especial. Embora o primado da lei (e nesse obviamente há de se compreender a própria Constituição) vigore tanto no que diz respeito aos comportamentos privados quanto aos das autoridades administrativas, o grau de adscrição desse atuar ao referencial da lei é muito diverso. No que diz respeito às pessoas privadas o objetivo da lei é o de prestigiar tanto quanto possível a vontade dos diversos atores da cena privatística envolvendo diretamente os interesses da pessoa humana. Admitindo-se ser a liberdade um dos valores fundamentais do Estado de Direito, segue-se, inexoravelmente, que o papel da lei há de cifrar-se à contenção dessa vontade, tão-somente nos casos em que ela possa ganhar uma feição incompatível com o interesse coletivo ou então a de limitar-se a impor aquelas obrigações positivas que se tornem também indispensáveis para o alcance dos mesmos objetivos. Mas, remanesce, sem dúvida, um campo em que a atuação individual é juridicamente irrelevante, no sentido de que é deferida a um só cidadão uma permissão ampla para comportar-se segundo os seus critérios. Esta liberdade, aliás, é procurada como fonte de criatividade, de iniciativa e de impulso em todas as modalidades da vida social.

.....  
Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas não se pode fazer aplicação do mesmo princípio segundo o qual tudo o que não for proibido lhe é permitido. É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido.”

Tomou corpo na doutrina brasileira as palavras de Hely Lopes Meirelles<sup>18</sup> ao definir com clareza o referido princípio da legalidade, da seguinte forma:

---

• <sup>18</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997, pág. 82

“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei manda.”

Outra questão da maior relevância é o princípio de igualdade que deverá ser observado pelo Administrador Público. Toda norma tem por finalidade assegurar que as situações jurídicas sejam aplicadas de forma igual a todos os cidadãos. Para José Cretella Júnior<sup>19</sup>, comentando o assunto:

“Embora, por um lado, todos os indivíduos se encontrem desnivelados, quando comparados com a Administração, cercada de uma série de privilégios e prerrogativas, que a favorecem de maneira especial nas relações jurídico-administrativas, por outro lado o cidadão se acha em absoluto pé de igualdade diante de outros cidadãos, quando exige alguma prestação do Estado. Preenchendo a série de requisitos prescritos, o cidadão investe-se no direito subjetivo público de exigir, tanto quanto qualquer outro cidadão, o que as leis e os regulamentos oferecem ao público administrado, segundo o que preceitua o princípio ou regra de igualdade, de geral aplicação no âmbito dos serviços públicos. Trata-se da aplicação, no setor do serviço público, dos princípios gerais estabelecidos, na França, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembléia Nacional, em 3 de setembro de 1791.”

É evidente que os princípios da legalidade e da igualdade são peças fundamentais na vida dos cidadãos, pois cabe ao Estado assegurar a correta aplicação dos institutos jurídicos existentes. Assim, a lei deverá ser aplicada com a mesma intensidade para todos, não sendo portanto tolerável qualquer tratamento odioso, visto que a lei é para ser cumprida por todos, até porque toda conduta está adstrita à coação legal, que preceitua o nosso modo de agir.

---

• <sup>19</sup> *Comentários à Constituição de 1988*, volume I, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989, pág. 184.

Não custa lembrar que a liberdade é um direito fundamental e essencial a todos, e cabe ao direito positivo protegê-la através dos instrumentos jurídicos, para assegurar o equilíbrio das relações sociais. Mas, para isso o direito precisa acompanhar a evolução social. Neste contexto, os Constituintes de 1988 deram tratamento especial aos recursos minerais, ao defini-los como sendo patrimônio da União. Esta decisão representou também uma resposta às reivindicações antigas que propunham que os Estados e os Municípios deveriam ter assegurado uma parcela do resultado financeiro advindo da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais.

E o princípio da legalidade está edificado, quanto à institucionalização da compensação financeira, na Lei nº 7.990, de 1989, cujos fundamentos vamos abordá-los no Capítulo II, que se segue.

## Capítulo II

### A. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

#### Seção I

#### O Processo Legislativo

Como todos nós sabemos, a supremacia de uma Constituição é inquestionável. Todas as normas lhe são hierarquicamente inferiores e com ela não poderão se confrontar. Mesmo uma norma jurídica em vigor lhe deve obediência. Não é por menos que a chamam de “Mãe das Leis”.

Ao ser promulgada uma lei, seja ela complementar ou ordinária, tem-se como certo que os mandamentos nela incluídos foram dispostos de tal forma que nenhum dispositivo poderá ser interpretado de forma isolada, ou mesmo desconexado do texto no qual está ele inserido, para evitar-se a ocorrência de aporias, omissões ou antinomias.

Para Michel Temer<sup>20</sup>:

“lei é todo ato normativo produzido pelo Poder Legislativo segundo forma prescrita na Constituição, gerando direitos e deveres em nível imediatamente infraconstitucional”.

A clareza da lei é uma das formas mais importantes da boa redação legislativa. Quando isso não ocorre, caberá ao intérprete decifrar a *mens legis* e entender as razões pelas quais o legislador julgou por bem implementar aquele mandamento.

E quando a lei for omissa, ao Juiz, chamado a intervir na questão, caberá decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, como está edificado no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (Decreto-lei nº 4.657, de 1942).

Valho-me da esclarecedora preleção de Carlos Maximiliano<sup>21</sup> de que:

“O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que

---

• <sup>20</sup> *Elementos de Direito Constitucional*, apud José Eduardo Martins Cardoso, *Da Retroatividade da Lei*, vol. 2, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, pág. 37

• <sup>21</sup> *Hermeutica e Aplicação do Direito*, 16ª ed, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1996, pág. 128

constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.”

Mas como deverá ser elaborada uma norma? No Brasil, encontramos essa resposta na Lei Complementar nº 95, de 1998, que, cumprindo o determinado no parágrafo único do artigo 59 da Carta Magna, dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis brasileiras.

A Carta Magna define, no artigo 59, quais as modalidades de leis existentes na República Federativa do Brasil. Vamos em rápidas palavras abordar sobre a Lei Complementar, a Lei Ordinária e a Medida Provisória.

## **Subseção I**

### **Lei Complementar**

Como se sabe, a lei complementar é inferior à Constituição. Da sua integradora característica, a lei complementar é considerada lei nacional, isto porque obriga a todas as esferas políticas (União Federal, Estados, Municípios e Distrito Federal) e demais membros da Sociedade. A lei complementar tem por finalidade “explicitar” a Carta Magna. Ela não inova ou modificada a Constituição, porque será inconstitucional, mas esclarece a intenção dos Constituintes. Caberá à emenda constitucional alterar a Constituição.

Sua existência tem sede no artigo 59, inciso II, da atual Constituição e será aprovada por maioria absoluta. Michel Temer<sup>22</sup> nos ensina que:

---

• <sup>22</sup> *Elementos de Direito Constitucional*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1999, pág. 28.

*“maioria absoluta significa mais da metade dos integrantes da casa legislativa, e maioria simples significa mais da metade dos presentes à sessão”.* (grifos do original)

## Subseção II

### Lei Ordinária

Novamente nos socorremos do escólio de Michel Temer<sup>23</sup> para trazer à lume a interessante comparação lógica que fez entre a lei complementar e a lei ordinária, nos seguintes termos:

“A Lei Complementar à Constituição foi, durante muito tempo, e ainda é, por muitos doutrinadores, tida por norma intercalar entre a Constituição e a lei ordinária ...

Na verdade, para o desate desta questão, é preciso saber o que é hierarquia para o Direito.

Hierarquia, para o Direito, é a circunstância de uma norma encontrar sua nascente, sua fonte geradora, seu ser, seu engate lógico, seu fundamento de validade, numa norma superior ... Pois bem, se hierarquia assim se conceitua, é preciso indagar: lei ordinária, por acaso, encontra seu fundamento de validade, seu engate lógico, sua razão de ser, sua fonte geradora, na lei complementar? Absolutamente, não!

Pode surgir a seguinte indagação: por que o constituinte estabeleceu, de um lado, a lei complementar e, de outro lado, a lei ordinária? Qual a razão dessa distinção? Não seria efetivamente em razão de hierarquia?

---

• <sup>23</sup> Ob. cit. pág. 146

A resposta está no seguinte: o constituinte estabelece documento que é sintético. São as vigas mestras do sistema. O desdobramento para o cumprimento da Constituição deve ser observado pelo legislador infraconstitucional. Portanto, num sentido amplo, todas as leis, todas as espécies normativas, são complementares à Constituição.

A fundamentação da lei ordinária está caracterizada na Constituição (art. 61) da mesma forma que aplicável à lei complementar, salvo quanto ao *quorum* de votação, que para a lei ordinária será por maioria simples.

Pelo que se pode observar não há uma hierarquia vinculante entre a lei complementar e a lei ordinária, havendo apenas algumas normas de procedimento quanto à sua propositura e aprovação.

### **Subseção III**

#### **Medida Provisória**

Os nossos Constituintes de 1988 outorgaram ao Exmo. Sr. Presidente da República poderes específicos, com força de lei, para adotar medidas, em razão da relevância e urgência da matéria, como se infere do teor do artigo 62 da Carta.

Ao se comparar este procedimento com o famigerado decreto-lei, verifica-se que a solução encontrada pelos nossos Constituintes de fato sustou os efeitos negativos da sistemática anterior. Porém, a solução encontrada não inibiu a voracidade e o apetite do Chefe do Poder Executivo em editar Medida Provisória.

O fato real, e problemático da questão, é que a abrangência alcançada pelas Medidas Provisórias é uma constante. Se isso não bastasse, o Chefe do Poder Executivo utiliza-se do recurso da reedição toda vez que uma Medida Provisória não é votada e aprovada pelo Congresso Nacional, no prazo de 30 dias.

O resultado disso é que algumas Medidas Provisórias já foram reeditadas mais de 70 vezes e estão em pleno vigor, apesar de o Congresso Nacional não ter se pronunciado a respeito das mesmas. Para corrigir essa falha, há em tramitação no Congresso Nacional um projeto de emenda constitucional limitando a reedição de Medida Provisória.

## Seção II

### A Lei da Compensação Financeira

Ao apresentar o Projeto de Lei (PL) nº 45<sup>24</sup>, de 1989, o então Senador Ronan Tito formulou a seguinte justificativa:

“Alguns parâmetros básicos, de natureza técnica e política, orientaram a elaboração do presente projeto, ao se fixarem percentuais e critérios de distribuição das compensações financeiras.

Em primeiro lugar, levou-se em consideração que os Municípios são, em princípio, os mais direta e imediatamente atingidos em razão da exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; essa percepção levou ao estabelecimento de

---

• <sup>24</sup> *Diário do Congresso Nacional*, Seção II, dia 28-3-89, pág. 682

percentuais ligeiramente superiores aos dos Estados na distribuição dos recursos, ou até mesmo da exclusividade, no caso de certos recursos minerais.

Em segundo lugar, tendo em vista a experiência da lenta e ineficiente sistemática arrecadadora e distribuidora do Estado, em relação aos antigos “impostos únicos”, pensou-se em se fixarem mecanismos que agilisassem a recepção, distribuição e transferência dos recursos da compensação aos seus beneficiários, através da descentralização do fluxo de recolhimento e distribuição e da fixação de prazos mais rígidos. Essa orientação, aliás, está em perfeita consonância com a tendência descentralizadora de decisões e funções da União para Estados e Municípios, que se constituiu numa das características da nova Constituição.

Procurou-se, em terceiro lugar, ao se fixarem os percentuais de compensação, analisar cuidadosamente os setores econômicos envolvidos, de tal sorte a não serem inviabilizados por exigência de pagamento de percentuais aleatórios e irrealis, que poderiam até mesmo vir a comprometer, no todo ou em parte, os respectivos setores sujeitos ao pagamento das compensações.

Um quarto e último parâmetro diz respeito à inclusão, na categoria de beneficiários da compensação, de órgãos da administração direta da União, como aliás preceitua o próprio art. 20, § 1º da Constituição. Com o intuito de preservar e promover o desenvolvimento dos setores elétricos e minerais, destina este projeto uma parcela dos recursos provenientes do pagamento da compensação aos dois órgãos gestores daqueles setores, ambos do Ministério das Minas e Energia, com aplicação dos recursos vinculada no texto da lei. A parcela destinada ao Departamento Nacional da Produção Mineral – DNPM é para ser aplicada em um programa de inadiável necessidade para o desenvolvimento do setor mineral do País, o programa de mapeamento e levantamento geológico básico; os recursos reservados ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE destinam-se à

implantação e operação da rede hidrometeorológica nacional, a estudos e projetos de hidrologia e às atividades de fiscalização do órgão em questão.

No caso da exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural, este projeto mantém a legislação vigente, promovendo apenas uma alteração em relação ao § 2º do art. 27 da Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985.

Vale registrar, por fim, que o legislador está plenamente consciente de que o teor deste projeto abrange setores bem distintos da economia, com características e peculiaridades tais que somente uma regulamentação cuidadosa e tecnicamente elaborada dará conta de atender às especificidades de cada setor englobado num único texto legal. O projeto define as grandes linhas da lei, expressão da vontade política do legislador, na qualidade de representante da sociedade; ao Executivo caberá, no prazo e nas condições definidas, regulamentar, implementar e fiscalizar o processo.”

Com algumas alterações do texto original, o PL nº 45 se converteu, afinal, na Lei nº 7.990, que foi publicada duas vezes no Diário Oficial da União, sendo uma no dia 29 de dezembro de 1989 e outra no dia 18 de janeiro de 1990.

A propósito, prescreve o § 3º do artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que se ocorrer nova publicação de texto da lei, destinada a correção, a sua obrigatoriedade começará a partir da nova data de publicação. Entretanto, se forem correções do texto de lei, já em vigor, considera-se lei nova, *ex vi* do § 4º do artigo 1º da LICC.

Cabe, também, aduzir que o artigo 10 da Lei nº 7.990, de 1989, determinou que o Poder Executivo regulamentasse a referida lei no prazo de 90 dias. A propósito, Caio Mário da Silva Pereira<sup>25</sup> dá a seguinte opinião:

---

\* <sup>25</sup> *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 16ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1994, pág. 76

“Quando a lei, ao ser votada, depende de regulamentação pelo Poder Executivo, sua vigência se considera suspensa, até que o decreto executivo seja expedido, e isto porque a necessidade de regulamentação opera como uma condição suspensiva à força obrigatória da lei. Mas é evidente que, se não toda a lei, mas apenas uma parte exige regulamentação, somente esta tem a sua eficácia suspensa até a publicação do respectivo decreto, pois que, no mais, nenhum obstáculo existe a que de pronto adquira força obrigatória.”

Devemos também consignar que o art. 11 da Lei nº 7.990, de 1989, prescreveu que a mesma só entraria em vigor na data de sua publicação.

Outra particularidade importante da Lei nº 7.990, de 1989, é que os artigos 2º e 6º foram vetados pelo Exmo. Sr. Presidente da República, conforme exposição de motivos publicada no Diário Oficial da União do dia 2 de janeiro de 1990, cujas justificativas foram as seguintes:

“Tenho a honra de comunicar a Vossa Excelência que, nos termos do parágrafo 1º do artigo 66 da Constituição Federal, resolvi vetar, parcialmente, o Projeto de Lei nº 45, de 1989 (nº 3.931/89, na Câmara dos Deputados), que “intitui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências.”

Os dispositivos ora vetados, que considero inconstitucionais e contrários ao interesse público, são o § 1º e seus incisos e o § 2º do artigo 2º; os §§ 1º, 2º e 3º com seus incisos do artigo 6º, do seguinte teor:

Art. 2º - .....

§ 1º - A distribuição da compensação financeira de que trata este artigo será feita da seguinte forma:

I – 50% (cinquenta por cento) para os Estados e para o Distrito Federal;

II – 50% (cinquenta por cento) para os Municípios.

§ 2º - A distribuição da compensação financeira, referida no § 1º deste artigo, será aplicada também aos “royalties” devidos ao Brasil, conforme previsto no Anexo C, item III-4 do Tratado de Itaipu, assinado em 26 de março de 1973, entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, bem como os documentos interpretativos subsequentes, aplicando-se igual critério a futuros aproveitamentos hidrelétricos fronteiriços internacionais.

Art. 6º - .....

§ 1º - Para efeito do cálculo da compensação financeira de que trata o caput deste artigo, entende-se por faturamento líquido o total das receitas de vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, assim como as despesas de transporte e seguros.

§ 2º - O percentual a que se refere o caput deste artigo variará de acordo com as seguintes classes de substâncias minerais:

I – minério de alumínio, manganês, sal-gema e potássio: 3% (três por cento);

II – ferro, fertilizante, carvão, ouro e demais minerais: 2% (dois por cento);

III – pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis e metais nobres: 0,2% (dois décimos por cento).

§ 3º - A distribuição da compensação financeira de que trata este artigo será feita da seguinte forma:

I – 45% (quarenta e cinco por cento) para os Estados e Distrito Federal;

II – 50% (cinquenta por cento) para os Municípios;

III – 5% (cinco por cento) para a constituição de um Fundo de Pesquisa de Recursos Minerais no Estado de origem do minério, na forma da lei.

A inconstitucionalidade dos parágrafos do artigo 2º decorre do fato de que exclui da participação os “órgãos da administração direta da união”. Na medida em que a totalidade da compensação (50% + 50%) é atribuída aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios, aqueles órgãos ficam privados dessa fonte de recursos, que lhes são constitucionalmente assegurados.

Já o motivo que explica a inconstitucionalidade dos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 6º identifica-se com aquele assinalado aqui quanto aos do artigo 2º. Aliás, o inciso III desse parágrafo, além disso, invade a autonomia dos Estados, ao determinar a formação de um fundo que, por sinal, depende de lei complementar (art. 165, § 9º, II da Constituição Federal).

Estas são as razões pelas quais resolvi vetar parcialmente o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.”

Em razão dos vetos à Lei nº 7.990, de 1989, e tendo em vista a urgência e necessidade de se ajustar tal legislação, o Exmo. Sr. Presidente da República editou, com base no artigo 62 da Carta, a Medida Provisória nº 130, de 1990, redefinindo os percentuais de distribuição da compensação financeira, a qual se converteu afinal na Lei nº 8.001, publicada no Diário Oficial da União do dia 14 de março de 1990.

Como se observa, o sistema legislativo pátrio é formal e exige que sejam cumpridas todas as regras pré-existentes para a sua validade e eficácia. Neste sentido, são oportunas as palavras de Nelson Saldanha<sup>26</sup>, sobre a norma escrita:

“Todos os grandes temas e todos os materiais integrantes do “saber jurídico” e da teoria política dos séculos XVIII e XIX foram reformulados dentro do padrão racionalista e do seu sentido de ordem formal. Uma teoria das fontes do Direito começou a ser elaborada, com base na contraposição entre o Direito costumeiro e o Direito legal, este considerado como superador daquele. A lei, como expressão escrita, possuía muito mais claramente um lado formal a exhibir, do que o costume, emaranhado em nuanças locais e dependente de diferentes versões, representações e testemunhas.

A onipresença do Estado, unificado e unificador, mesmo no período liberal, consagrou a unidade da imagem da ordem política, detestada pelos anarquistas e implicitamente aceita pelos cientistas do Direito: o Direito entendido como sistema, e objeto de uma ciência implacavelmente sistemática.”

Assim, na esteira de novos rumos, os Constituintes de 1988 decidiram que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos da administração direta da União Federal têm direito a uma participação no resultado da exploração de recursos minerais

---

\* <sup>26</sup> *Ordem e Hermenêutica*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, pág. 200

ou a uma compensação financeira por esta exploração, como está fixado no § 1º do artigo 20 da Constituição.

Porém, os legisladores infraconstitucionais preferiram escolher como parâmetro, para essa determinação constitucional, a compensação financeira, cuja essência de sua fundamentação jurídica iremos demonstrá-la nesse estudo.

Como é natural, durante a elaboração de uma lei, são analisadas várias questões que poderão, ou não, constituir elemento integrador de sua existência. Vejamos, então, os seguintes comentários do então Senador Ronan Tito<sup>27</sup> sobre uma matéria que não foi incorporada ao texto da lei de regência da CFEM:

“Sr. Presidente, Srs. Senadores, no processo constituinte travamos um debate bastante acirrado sobre a questão da compensação financeira, ou royalties ...

Na época, fizemos também um exercício de Direito Comparado e mostramos que já existia na lei ordinária brasileira compensação para o Município e para o Estado, quando da extração de petróleo. Esta, na verdade, traz muito menor prejuízo ao Estado e ao município do que a geração de energia elétrica.

No final conseguimos fixar a compensação financeira na Constituição e agora estamos criando as normas e a lei ordinária, fruto de um debate que travamos pelo Brasil afora.

O substitutivo apresentado pelo honrado Senador Gomes Carvalho, que fez um belo trabalho em conexão com o Senador Roberto Campos, melhora o projeto em diversos aspectos redacionais. No entanto, devemos dizer que não concordamos com a isenção para a exportação de minérios, por duas razões. A primeira diz respeito à afirmação de um Presidente da República, oriundo de Minas Gerais e,

---

\* <sup>27</sup> *Discurso publicado no Diário do Congresso Nacional, Seção II, Brasília, 21-9-89, págs. 5020-21*

por ser de Minas, fez assertiva óbvia: “Minério só dá uma safra”. Refiro-me a Artur Bernardes.

Depois, não podemos também deixar de receber o royalty ou a compensação financeira sobre os minérios exportados porque, na medida em que vendemos o minério de ferro para uma siderúrgica brasileira, com 6% de compensação financeira, e remetemos esse mesmo minério para o exterior sem os 6%, tornamos a empresa nacional menos competitiva, porque ela tem o minério mais caro.”

Já o então Senador Jarbas Passarinho<sup>28</sup>, sobre o mesmo tema, assim se posicionou:

“No decorrer dos trabalhos Constituinte, o Senador por Minas Gerais Ronan Tito, obteve o meu apoio visando a colocar no texto constitucional a obrigatoriedade de uma compensação financeira a ser dada aos Estados e Municípios em decorrência de exploração de seus recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica, ou de suas jazidas minerais. O ilustre representante de Minas Gerais defendia o mesmo ponto de vista: se os Estados e Municípios não recebessem compensação estariam fadados a ser “novas Itabiras”, que Carlos Drummond de Andrade cantou em tristes versos. Vendo V. Ex<sup>a</sup>., hoje, na tribuna, remeto-me ao período da Constituinte, quando V. Ex<sup>a</sup>. de maneira muito brilhante, na tribuna da Câmara onde nos reuníamos, defendia exatamente esse ponto de vista da necessidade de haver a compensação financeira para que não houvesse as Itabiras multiplicadas por cem, por mil. Entendo que a iniciativa de V. Ex<sup>a</sup> foi extraordinariamente benéfica aos Estados, que não poderão ficar apenas com a mutilação do seu território e sem nenhum benefício, a partir do momento em que exportam a sua riqueza do subsolo. Quanto às emendas que foram apresentadas, no relatório feito pelo Senador Gomes Carvalho, delas naturalmente discordaremos – eu e, com

---

\* <sup>28</sup> *O Liberal*, de 24-9-89, pág. 7, *apud* Ronan Tito - A Compensação Financeira pela Mineração e pela Hidreletricidade, Brasília, 1990, pág. 17

certeza, V. Ex<sup>a</sup> - quando há uma emenda que suprime a compensação financeira, a partir do momento da exportação. Entendo que nissos somos aliados na causa.”

De fato, o pagamento de determinada quantia à União, aos Estados e aos Municípios, tem como fundamento remunerá-los em razão da extração de os recursos minerais em seus territórios e, por esta razão, os legisladores infraconstitucionais não excepcionaram qualquer isenção quando o minério for extraído e vendido ao exterior.

Passemos agora a examinar a formulação jurídica aplicável a cada setor contemplado na legislação da Compensação Financeira instituída na Lei nº 7.990, de 1989.

### Seção III

#### A Compensação Financeira do Petróleo e Gás

Monteiro Lobato foi um dos brasileiros que realmente acreditava na existência de petróleo em solo brasileiro. Ele estava certo. A primeira evidência foi comprovada no dia 22 de janeiro de 1939, com a descoberta do poço conhecido como Estação Lobato, no Estado da Bahia (Lauro Lacerda & Carlos Alberto Lacerda<sup>29</sup>), mas cujo nome não tem qualquer vinculação com o escritor Monteiro Lobato.

Diante da magnitude que o petróleo representava para o Brasil na década de 30, o Governo Brasileiro viu-se forçado a adotar medidas concretas, para evitar uma dependência perigosa e precatória para os interesses nacionais, editando o Decreto-lei nº 366, de 1938, que incorporou ao Código de Minas de 1934 (Decreto nº 24.642, de 1934) um novo título, a saber:

---

• <sup>29</sup> *Comentários ao Código de Mineração do Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1983, pág. 106.

## TÍTULO VIII

### CAPÍTULO ÚNICO

#### Das jazidas de petróleo e gases naturais

“Art. 96 - A lei não reconhece o domínio privado de particulares como já instituído sobre jazidas de petróleo e gases naturais, pelo fato de não ter sido descoberta nenhuma jazida desta classe suscetível de utilização industrial, enquanto vigorou o direito de acessão da propriedade do solo sobre as minas. (grifos nossos)

Parágrafo Único - Ficam de nenhum efeito os manifestos e registros de jazidas de petróleo e gases naturais que, porventura, hajam sido efetuados com fraude da lei, na conformidade do art. 10 deste Código.”

Visando dar um tratamento mais eficaz ao controle do petróleo e gás brasileiro, foi promulgado o Decreto-lei nº 3.236, de 1941, que concedeu à União Federal o absoluto domínio sobre as jazidas de petróleo e gás, in verbis:

“Art. 1º - As jazidas de petróleo e gases naturais existentes no território nacional pertencem à União, a título privado e imprescritível.

Parágrafo Único - Ficam de nenhum efeito os manifestos e registros de jazida de petróleo e gases naturais que, porventura, hajam sido efetuados.”

Mas, foi a Lei nº 2.004, de 1953, o grande marco na história da indústria do petróleo e gás brasileiro. Não só definiu a “Política Nacional do Petróleo”, como também criou a empresa Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS, revogando toda a sistemática fixada no Decreto-lei nº 3.236, de 1941, a qual ficou incumbida de executar o monopólio da exploração do petróleo e gás natural no território brasileiro.

Prescrevia o artigo 27 da Lei nº 2.004, de 1953, que a PETROBRÁS estava obrigada a indenizar os Estados e os Territórios onde fizesse a extração do petróleo e xisto betuminoso, e aos Municípios onde fizesse a extração de gás, devendo aplicar esses recursos preferencialmente na produção de energia elétrica e na pavimentação de rodovias (§ 3º).

Verifica-se, daí, que, desde sua criação, a Petrobrás estava obrigada a indenizar, por força de lei, aqueles entes públicos detentores do solo onde ela extraía petróleo, xisto e gás, cuja propriedade da jazida era da União.

Posteriormente, visando aperfeiçoar a aplicação dos recursos pagos pela Petrobrás aos Estados, Territórios e Municípios, a título de indenização pela extração de petróleo e gás natural, foi sancionada a Lei nº 7.453, de 1985, que novamente alterou o artigo 27 da Lei nº 2.004, de 1953, determinando que os recursos pagos pela Petrobrás somente poderiam ser aplicados, pelos entes públicos, preferencialmente em energia, pavimentação de rodovias, proteção ao meio ambiente e saneamento básico.

Entretanto, como a concepção legal estabelecia uma faculdade quanto à aplicação do valor arrecadado, e para evitar, ao que parece, a utilização indevida dessa verba para outras finalidades, foi editada a Lei nº 7.525, de 1986, que alterou o § 3º do artigo 27 da Lei nº 2.004, de 1953, determinando que os recursos pagos pela Petrobrás fossem aplicados pelos Estados e Municípios exclusivamente em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico. A idéia era evitar, de um lado, o desvio da finalidade dos recursos pagos pela Petrobrás e, do outro, ampliar o leque de sua efetiva aplicação.

Note-se, porém, que tais receitas não tinham qualquer previsão constitucional. Sempre foi a lei ordinária que ordenava que a Petrobrás pagasse tal exação, e por que? Ora, o bem tutelado era da própria União que exercia o monopólio, através da Petrobrás, a qual por força de lei pagava aos Estados e aos Territórios a indenização fixada.

Nem por isso tal exação era tida como tributo, na concepção do artigo 3º do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 1966). Além do que, neste particular, os Municípios não eram contemplados com a participação no resultado daquela exação.

Com a promulgação da atual Constituição Federal, ficou consagrado, no § 1º do artigo 20, ser devida aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e a órgãos da administração direta da União uma participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural ou uma compensação financeira por essa exploração.

E foi a Lei nº 7.990, de 1989, que regulamentou tal princípio constitucional, dando ao mesmo tempo, conforme rezava o artigo 7º, nova redação ao “caput” do artigo 27, e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 1953, *in verbis*:

“Art. 27 – A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios: (grifamos)

- I - 70% (setenta por cento) aos Municípios produtores;
- II - 20% (vinte por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

.....

§ 4º - É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem

extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no caput deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas e 0,5% (meio por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre os Estados, Territórios e Municípios.

.....  
§ 6º - Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração do petróleo, xisto betuminoso ou gás, farão jus à compensação financeira prevista no *caput* deste artigo.”

Pode-se perceber que existia até então uma obrigação legal de a Petrobrás indenizar os entes públicos. Mas, a partir da promulgação da atual Constituição a Petrobrás ficou obrigada, com base na Lei nº 7.990, de 1989, a pagar o correspondente a 5% sobre o valor do petróleo e gás extraídos, a título de compensação financeira, restando derrogada aquela indenização, por não ter sido recepcionada pela Magna Carta de 1988.

Além do mais, a exploração do petróleo e gás, a partir de 1938, era considerada uma atividade monopolística da União Federal. A própria Carta, até bem pouco tempo, vedava, conforme prescrevia o § 1º do artigo 177, à União conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no artigo 20, § 1º. Assim, os Constituintes de 1988 asseguraram somente à União a faculdade de operar as atividades monopolísticas de pesquisa, lavra, refino, importação, exportação e transporte de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

Em razão da promulgação da Emenda Constitucional nº 9, publicada no Diário Oficial da União do dia 10 de novembro de 1995, foram novamente alteradas as regras do monopólio de petróleo e gás, ficando determinado, com a nova redação do § 1º do artigo 177, que a União poderia contratar com empresas privadas e estatais a pesquisa e a lavra

de petróleo e gás natural, de conformidade com a lei. E estabeleceu, no § 2º do mesmo artigo, que a lei disporia sobre a garantia do fornecimento de petróleo e gás, as condições de contratação e a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Com base na referida emenda, foi promulgada a Lei nº 9.478, publicada no Diário Oficial da União do dia 7 de agosto de 1997, que, regulamentando o mandamento constitucional, instituiu a Política Energética Nacional, criando o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, esta última mais conhecida como ANP.

E ficou assentado na referida lei (artigo 3º) o princípio de que *“Pertencem à União os depósitos de petróleo ... existentes no território nacional, neles compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva”*, em respeito ao *caput* do artigo 177. Aliás, o Decreto-lei nº 3.236, de 1941, já prescrevia que as jazidas de petróleo e gás naturais eram consideradas como patrimônio da União Federal.

Outro aspecto importante está contido no artigo 83 da Lei nº 9.478, de 1997, que expressamente revogou a Lei nº 2.004, de 1953, perdendo a Petrobrás, a partir daí, a qualidade de executora do monopólio em nome da União (art. 2º, II, da lei revogada). Apesar de a Lei nº 2.004, de 1953, ter sido revogada pela Lei nº 9.478, de 1997, esta última, em seu artigo 61, manteve em vigor a Petrobrás, como sociedade de economia mista, vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

Entretanto, em atenção ao item III, do § 2º do art. 177 da Constituição, a Lei nº 9.478, de 1997, estabeleceu que caberá a ANP, por finalidade, a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo (art. 8º), cabendo ao Conselho Nacional de Política Energética propor ao Presidente da República as políticas nacionais, visando promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País (art. 2º, I).

Na verdade, a União, proprietária dos recursos (naturais) de petróleo e gás, concede poderes para a Agência Nacional do Petróleo - ANP contratar empresas para realizar trabalhos de pesquisa e lavra de petróleo e gás no território brasileiro, mediante a assinatura do contrato de concessão (art. 23), cabendo a propriedade dos bens extraídos ao concessionário (art. 26). Entretanto, é importante consignar que o contrato de concessão é restrito à exploração e(ou) ao aproveitamento de petróleo e gás, vedado a qualquer outro tipo de recurso natural (art. 30).

Julgamos de grande interesse ao estudo da Compensação Financeira Mineral, o que está estabelecido na Lei nº 9.478, de 1997, *in verbis*:

Art. 45 – O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação:

- I – bônus de assinatura;
- II - royalties;
- III - participação especial;
- IV - pagamento pela ocupação ou retenção de área.

Na verdade, o bônus (I) é um preço pago no ato da assinatura do contrato de concessão, cujo valor deverá ser ofertado quando da apresentação da proposta na licitação para a obtenção da concessão.

A participação especial (III) será aplicável sobre a receita bruta de blocos de áreas onde ocorra grande volume de produção, ou grande rentabilidade, deduzidos os *royalties*, os investimentos em exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos incidentes.

O pagamento pela ocupação ou retenção de área (IV) será anual e fixado por quilômetro quadrado, ou fração, da superfície do bloco, e constará no contrato de

concessão. Quando a produção ocorrer em terra, o concessionário ficará obrigado a pagar um percentual da produção de petróleo ou gás natural, que variará de 0,5% (meio por cento) a 1% (um por cento) do valor a ser fixado pela ANP.

Quanto aos royalties (II), estes serão de até 10% (dez por cento) sobre a produção de petróleo ou gás natural, a serem pagos mensalmente a partir da entrada em operação comercial de cada campo, podendo a ANP, a seu exclusivo critério, reduzir esse valor até o percentual de 5% (cinco por cento). E por que? Ao nosso ver, para respeitar o percentual fixado no artigo 7º da Lei nº 7.990, de 1989, *ex vi* Lei nº 9.478, de 1997, *in litteris*:

Art. 47 – Os royalties serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

§ 1º - Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos royalties deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

§ 2º - Os critérios para o cálculo dos royalties serão estabelecidos por decreto do Presidente da República, em função dos preços de mercado do petróleo, gás natural ou condensado, das especificações do produto e da localização do campo.

§ 3º - A queima de gás em flares, em prejuízo de sua comercialização, e a perda de produto ocorrida sob a responsabilidade do concessionário serão incluídas no volume total da produção a ser computada para cálculo dos royalties devidos.

Art. 48 – A parcela do valor do royalty, previsto no contrato de concessão, que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo

referido no § 1º do artigo anterior, será distribuída segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.”

É importante frisar, para o estudo da Compensação Financeira, que o artigo 48 da Lei nº 9.478, de 1997, assegura que o percentual de 5% (cinco por cento) dos *royalties* serão distribuídos de conformidade com o estabelecido na Lei nº 7.990, de 1989, isto porque a lei não poderá ignorar aquele mandamento constitucional existente no § 1º do artigo 20.

Observa-se claramente que houve nesse setor uma mudança estrutural, visto que anteriormente a Petrobrás, que executava o monopólio, era obrigada a pagar uma indenização aos entes federados, sendo que posteriormente à Carta de 1988 e à promulgação da Lei nº 7.990, de 1989, ficou a Petrobrás obrigada a pagar uma compensação financeira aos entes federados. Com a promulgação da Lei nº 9.478, de 1997, o monopólio do petróleo e gás passou a ser gerido pela ANP, cabendo às empresas concessionárias, autorizadas a pesquisar e lavrar petróleo e gás, incluindo a Petrobrás, pagar um royalty, cujo valor mínimo será de 5% e será distribuído na forma prescrita na Lei nº 7.990, de 1989.

#### Seção IV

##### A Compensação Financeira de Recursos Hídricos

Consoante o disposto no Estatuto Constitucional, são bens da União Federal (20, VIII) “*os potenciais de energia hidráulica*” e a ela compete (21, XII, b) “*explorar, diretamente ou mediante “autorização”, “concessão” ou “permissão” os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos d’águas, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos*”.

Em consolidação aos aludidos permissivos constitucionais, os nossos Constituintes consignaram ainda, no artigo 176, que “... *os potenciais de energia*

*hidráulica constituem propriedade distinta da do solo ...”, para no § 1º do mesmo artigo determinarem que “... o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização e concessão da União ...”*

É notório que a União Federal poderá explorar diretamente tais serviços públicos, como também transferi-los a terceiros. Neste caso, deverá fazê-lo em harmonia com o conteúdo do artigo 175, da Carta Magna, o qual estabelece que *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

Logo, a prestação de serviços público, para ser realizada por terceiros, necessitará da realização de licitação em homenagem ao preceito contido no art. 37 do Texto Supremo, e consoante ao estabelecido na Lei nº 8.987, de 1995, a saber:

“Art. 1º- As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do artigo 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo Único – A União, os Estados e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.”

Feita esta explanação, passemos a analisar a instituição da Compensação Financeira dos Recursos Hídricos, como está determinado no § 1º do artigo 20 da Magna Carta, *in verbis*:

“É assegurada, na forma da Lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de ... recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica ... no

respectivo território ... ou compensação financeira por essa exploração”.  
(grifamos)

Pela primeira vez na história pátria, tal matéria foi elevada a *status* constitucional. A realidade dessa nova modalidade de receita sobreveio ao mundo jurídico através da Lei nº 7.990, de 1989.

Em razão dos vetos e tendo em vista a urgência e necessidade de se ajustar tal legislação, o Exmo. Sr. Presidente da República editou a Medida Provisória nº 130, de 1990, para redefinir os percentuais de distribuição da compensação financeira, a qual se converteu afinal na Lei nº 8.001, de 1990.

Não faremos uma análise mais aprofundada dessa exação, face não estar contido em nosso estudo os seus atributos. Mas, podemos afirmar que existem fundamentos jurídicos diferentes entre as atividades de extração de recursos minerais e as de exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, mediante o aproveitamento dos cursos d'águas.

Pelo que se pode observar, os potenciais de energia hidráulica, de igual forma que os recursos minerais, são patrimônio da União (20,VIII, CF/88), constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento (176, CF/88), devendo o seu aproveitamento ser concedido por autorização ou concessão da União (§ 1º, 176, CF/88), conforme prescrito nas Leis nº 9.427<sup>30</sup>, de 1996, e nº 9.433<sup>31</sup>, de 1997, que fixam quais os parâmetros para a exploração dos potenciais de energia hidráulica.

O fato marcante que difere os recursos minerais dos potenciais de energia hidráulica é a forma como deverão ser aproveitados. Enquanto a pesquisa e a lavra de recursos minerais somente poderão ser realizadas diretamente por pessoa autorizada pela União (§

---

\* <sup>30</sup> Intituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL e disciplinou o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, em atenção ao comando do artigo 21, inciso XII, letra “b” da Constituição.

\* <sup>31</sup> Instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, em atenção ao comando do artigo 21, inciso XIX, da Constituição.

1º, art. 176, CF/88), o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica poderá ser realizado diretamente pela União Federal ou por terceiros, estes mediante autorização, concessão ou permissão daquela (21,XII,b, CF/88), em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos. Outra diferença é que a energia hidráulica é renovável, enquanto que os recursos minerais são exauríveis.

Mesmo assim, a fundamentação constitucional é a mesma, por isso fica patente que a natureza jurídica da compensação financeira de recursos hídricos poderá ser a mesma aplicável à compensação financeira mineral, visto que o aproveitamento se refere a bens de propriedade da União, e coube à Lei nº 7.990, de 1989, fixar as condições de pagamento da compensação financeira por essa exploração.

## Seção V

### A Compensação Financeira Mineral - CFEM

Em consonância com a evolução dos tempos, os Constituintes de 1988 deram um tratamento especial ao bem mineral brasileiro. Pela primeira vez na história jurídica do nosso País os recursos minerais foram titulados como bens patrimoniais da União, in verbis:

“Art. 20 – São bens da União:

.....  
IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo;  
.....

Art. 176 – As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais ... 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.”

Observa-se, também, que o minério extraído recebeu tratamento diferenciado de nossos Constituintes, pois, enquanto ele estiver contido na natureza como recurso mineral (“in situ”), a propriedade de tal bem será da União Federal. Ao ser retirado das entranhas da terra, o recurso mineral (“in situ”) se transformará em produto mineral, ou seja mercadoria (“commodity”), e passará a integrar o patrimônio do concessionário legalmente autorizado a extrai-lo.

É bem verdade que ao determinar, no caput do artigo 176, que “... os recursos minerais ... constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento ...”, os nossos Constituintes não retiraram do proprietário do solo os direitos que estes possuem quanto à utilização e ao domínio do seu imóvel.

Na verdade, o proprietário do solo terá que suportar os ônus decorrentes dos trabalhos de mineração, quando em sua propriedade ocorrer a presença do recurso mineral. Porém, ao proprietário do solo é assegurado o direito a uma recompensa por tal ônus, como aliás está prescrito na Carta Magna:

“Art. 176 – (omissis)

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

E a forma disposta em lei está contida no Código de Mineração (Decreto-lei nº 227, de 1967), que é o elemento indutor da legislação infraconstitucional minerária, o qual estabelece (§ 1º do art. 11) que a participação do proprietário do solo no resultado da lavra é equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor devido pelo concessionário a título de CFEM. Em outras palavras, poder-se-ia dizer que o concessionário deverá pagar ao proprietário do solo, a título de *royalty* pela utilização da propriedade do solo, o equivalente a 50% do valor devido a título de CFEM.

Voltando ao exame do conteúdo jurídico da CFEM, pudemos observar que os legisladores ordinários elegeram o princípio da compensação financeira como a forma legal para atender o dispositivo constitucional, *ex vi* artigos 1º e 6º da Lei nº 7.990, de 1989, *in litteris*:

“Art. 1º - O aproveitamento ... dos recursos minerais, por quaisquer dos regimes previstos em lei, ensejará compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a ser calculada, distribuída e aplicada na forma estabelecida nesta lei.

.....  
Art. 6º - A compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.”

Inicialmente, pode-se constatar que o *caput* do artigo 1º é claro e conciso ao prescrever que o “aproveitamento dos recursos minerais ... ensejará compensação financeira”. Esta determinação se coaduna perfeitamente com o texto do artigo 176 da Magna Carta, pois “*as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais ... constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento*”, logo o termo aproveitamento é fundamental na formulação da questão presente.

Deve-se ressaltar, também, que a fundamentação existente no § 1º do artigo 20 da Carta Política está calcada no binômio participação no resultado ou compensação financeira, desde que haja obrigatoriamente a exploração de recursos minerais.

Verifica-se, destarte, que existem diferenças de terminologia entre o comando do § 1º do artigo 20 da Carta, que utiliza o termo exploração e o *caput* do art. 1º da

Lei nº 7.990, de 1989, cujo conteúdo aplicável é o aproveitamento, mas que ambos são previstos no *caput* do art. 176 da Carta.

Entretanto, não há grandes diferenças de conceituação entre aproveitamento e exploração, como mencionaremos mais adiante, razão pela qual os nossos Constituintes deram feições semelhantes a tais palavras.

É evidente que o conceito estabelecido no artigo 1º da Lei nº 7.990, de 1989, deve representar a expressão correta constante do mandamento constitucional esculpido no § 1º do artigo 20, para que não haja qualquer dúvida quanto ao correto significado lingüístico da palavra aproveitamento.

Outro ponto interessante, a ser abordado acerca do artigo 1º da Lei nº 7.990, de 1989, é que a CFEM será devida quando houver a venda do produto mineral, que é o momento a partir do qual nasce a obrigação do pagamento da CFEM.

Como é natural, a lei ao entrar em vigor cria situações novas e faz com que as pessoas por ela atingidas passem a examiná-la com maiores cuidados e, assim, podem ocorrer entendimentos diversos e até opostos entre si. Isto tudo decorre do fato interpretativo com que são elaboradas as leis brasileiras. Existem verdadeiras aberrações jurídicas, fruto de uma elaboração legislativa apressada e votação fulminante na formulação das leis pátrias.

No caso da legislação da CFEM, como não poderia deixar de ser, já se insurgiram diversos juristas, havendo julgados de diferentes resultados e até mesmo a própria União Federal, através de seus membros, já adotou posturas contraditórias.

Passemos, agora, a analisar as noções de direito que se aplicam à indústria de mineração, visto que a matéria abordada nesta dissertação está intrinsecamente vinculada às regras imperativas do Direito Minerário, em cujo nexu lógico a CFEM está inserida.

## TÍTULO II

### AS NOÇÕES DE DIREITO APLICÁVEIS À MINERAÇÃO

#### Capítulo I

#### AS BASES DO DIREITO MINERÁRIO

##### Seção I

##### Evolução Constitucional

A primeira Constituição Republicana do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, alterou o regime de titularidade da propriedade minerária, que vigia desde a promulgação da Constituição do Império em 1824, pois determinando (art. 72, parágrafo 17) que “as minas pertenciam aos proprietários do solo, salvo as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria”.

É bem verdade que a Constituição de 1891 representou a quebra da tradição no direito brasileiro do antigo domínio das minas à Coroa e, posteriormente, ao Império, isto porque o sistema adotado, quanto à propriedade das jazidas minerais, cedeu lugar ao conceito jurídico da acessão (Constituição de 1891, art. 72, parágrafo 17), que corporificou o esplendor do individualismo, consolidando a propriedade territorial absoluta em favor do proprietário da terra: “usque ad coelum usque ad inferos”.

Essa mudança histórica deixou eufóricos os grandes proprietários do solo, porque passaram a deter um poder, até então inexistente, sobre os destinos da indústria minerária da época.

Com a promulgação da Constituição de 1934, novamente as regras da mineração foram alteradas, pois:

“Art. 118 – As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art. 119 – O aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais, bem como das águas e energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.”

Assim, no dia 16 de julho de 1934, as minas e demais riquezas do subsolo passaram a ser consideradas coisas distintas e não integrantes do solo ou subsolo onde estivessem localizadas e encravadas. Além disso, ficou determinado que somente através de autorização ou concessão federal poderiam as minas e jazidas minerais virem a ser exploradas.

Entretanto, a referida Carta Política ressalvou, no parágrafo 6º do artigo 19, que: *“Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d’água já utilizadas industrialmente na data da Constituição e sob a mesma ressalva, a exploração das minas já utilizadas industrialmente na data desta Constituição ainda que em lavra transitoriamente suspensa.”* Ou seja, as minas que estavam sendo desenvolvidas, mesmo que transitoriamente suspensas, não ficavam obrigadas a obter a autorização ou concessão federal.

A Carta Política de 1937 não chegou a alterar as regras instituídas na de 1934. Porém a Carta de 1946 assegurou ao proprietário do solo o direito de exercer a “preferência” para a exploração dos bens minerais. Em boa hora a Constituição Federal de 1967 erradicou o princípio da “preferência” para a exploração das jazidas e minas, assegurando ao proprietário do solo, em contrapartida, a participação nos resultados da lavra.

Mas, foi a Constituição de 1988 o grande marco quanto à titulação dos recursos minerais. Em nenhuma outra Carta Política da história do Brasil os recursos minerais tiveram tamanha representatividade e importância. Em duas passagens pelo corpo do Estatuto, os Constituintes de 1988 incrustaram o conceito jurídico de que os recursos minerais são bens da União Federal (inciso IX do art. 20 e *caput* do art. 176).

Por outro lado, a referida Constituição manteve a norma angular sobre a distinção entre a propriedade do solo ou territorial (superficiária) e a do subsolo, esta última na dependência de autorização e concessão federal, relativamente ao aproveitamento dos recursos minerais nela existentes.

## Seção II

### A Legislação Infraconstitucional Aplicável

Com a instalação do Governo Provisório, foi promulgado o primeiro Código de Minas, através do Decreto nº 24.642, de 1934, que adotou as novas regras e alterou a sistemática adotada pelo regime anterior da acessão. Pelo referido diploma legal, era necessário que a jazida fosse manifestada ao poder público para ter o proprietário do solo direito à sua exploração – à luz da legislação constitucional anterior à Carta de 1934 – caso contrário a jazida passaria ao patrimônio da Nação.

O Código de Minas de 1940, que foi editado através do Decreto-lei nº 1.985, de 1940, na essência manteve a política determinada nas Cartas de 1934 e 1937.

Mas foi o Código de Mineração, promulgado pelo Decreto-lei nº 227, de 1967, que desencadeou a grande mudança na estrutura jurídica da mineração brasileira, sendo atualmente o instrumento regulador das atividades da indústria mineral brasileira, o qual foi recepcionado pela Carta Política de 1988 e pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995.

À exceção do Código de 1934, todos os demais emergiram e foram cunhados pelo Executivo. Até Pontes de Miranda<sup>32</sup> fez este singelo desabafo:

“O Congresso Nacional continua sem ter feito o *seu* Código de Minas”.

A aplicabilidade da legislação minerária cabe ao Ministério de Minas e Energia - MME, órgão da administração direta da União, e ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, autarquia vinculada ao referido ministério, que são os órgãos do Governo Brasileiro encarregados de fomentar, controlar e fiscalizar todas as etapas da indústria mineral, bem como observar, zelar e fazer cumprir as regras estabelecidas no Código de Mineração e na legislação complementar.

Na concepção da legislação minerária em vigor, quatro são os regimes pelos quais se podem extrair minérios das jazidas existentes no território nacional, não incluídos aqui os monopólios. São eles: (i) manifesto de mina; (ii) autorização de pesquisa e concessão de lavra; (iii) licenciamento; e (iv) permissão de lavra garimpeira. Vamos apenas dissertar sobre os regimes de manifesto e autorização/concessão, lembrando que a CFEM também incide sobre os regimes de licenciamento e permissão de lavra garimpeira.

A origem do (i) Manifesto de Mina está alicerçada no artigo 119, § 6º da Carta Magna de 1934. O primeiro Código de Minas, de 1934, estabelecia no artigo 10 que:

“Os proprietários das jazidas conhecidas e os interessados na pesquisa e na lavra delas por qualquer título de direito, serão obrigados a manifestá-la dentro do prazo de 1 (um) ano contado da data da publicação deste Código ...”

Essa obrigação era imperiosa, isto porque, como rezava o artigo 11 do referido Código:

---

\* <sup>32</sup> *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo II, São Paulo, Editora RT, 1970, pág. 94

“O proprietário ou interessado que não satisfizer as exigências do artigo 10 perderá ipso facto todos os direitos sobre a jazida que será considerada desconhecida na forma do § 2º do artigo 5º.”

Como se pode observar, o Manifesto de Mina representou, a partir de 1934, a grande fronteira que dividiu a titularidade das jazidas minerais entre a Nação e o proprietário do solo ou terceiro, para o efeito de sua utilização econômica. Logo, aquele proprietário ou terceiro que manifestou, no prazo determinado na Carta Magna de 1934 e no Código de Minas, o seu interesse em continuar a lavrar a jazida mineral, detem hoje um direito especial pelo qual está amparado a extrair minérios dentro dos limites da área concedida pelo Manifesto de Mina, sem qualquer título expedido pela União.

Assim, desde o advento da Constituição e do Código de Minas de 1934, as jazidas – que não foram manifestadas e registradas pelo proprietário do solo ou interessado de acordo com o disposto nos arts. 10 e 11 do Código de Minas de 1934 – passaram ao domínio público, por isso que, a partir daí, o seu aproveitamento ficou na dependência de autorização ou concessão federal.

O regime da (ii) Autorização de Pesquisa e Concessão de Lavra está dividido em duas fases distintas. A primeira, Autorização de Pesquisa, consiste na possibilidade de uma pessoa natural ou jurídica, denominada genericamente de pesquisador, solicitar ao DNPM uma autorização especial para desenvolver trabalhos de pesquisa iniciais, em um determinado local e por um prazo fixo, com o objetivo de identificar e quantificar um depósito mineral.

Após a análise da documentação apresentada, e se for constatada que o requerimento é prioritário - por não ter sido requerido anteriormente por outro pesquisador para o mesmo local – o Diretor-Geral do DNPM outorgará ao interessado um título, denominado Alvará de Pesquisa, que o habilita juridicamente a desenvolver os trabalhos de pesquisa na área concedida.

É imperioso aduzir que esta autorização de pesquisa é especial, pois uma vez obtida a prioridade da área e tendo o requerente atendido a todas as determinações do Código de Mineração, não restará outra alternativa ao DNPM senão expedir o alvará de pesquisa.

Esta autorização de pesquisa difere um pouco daquela “autorização” consignada no Direito Administrativo que se afigura como um ato precário e não vinculativo, como se observa do escólio de Hely Lopes Meirelles<sup>33</sup> nos seguintes termos:

“Autorização é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, etc.

Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão, em que, satisfeitas as prescrições legais, fica a Administração obrigada a licenciar ou a admitir. Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou à continuidade da autorização, daí porque a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma.”

Entretanto, Maria Zylvia Zanella Di Pietro<sup>34</sup> esclarece que a “autorização pode ser simples (sem prazo) e qualificada (com prazo)”, sendo que:

“a fixação do prazo tira à autorização o caráter de precariedade, conferindo ao uso privativo certo grau de estabilidade, vinculada a Administração à obediência do

---

• <sup>33</sup> Ob. cit. pág. 171

• <sup>34</sup> *Direito Administrativo*, 11ª ed, São Paulo, Atlas, 1999, pág. 541

prazo e cria, para o particular, direito público subjetivo ao exercício da utilização até o termo final previamente fixado ...”

Ao final do prazo concedido no alvará de pesquisa, o pesquisador ficará obrigado a apresentar ao DNPM um relatório contendo a descrição dos trabalhos realizados e os resultados técnicos obtidos, para afinal demonstrar, ou não, a existência de uma jazida.

De posse das informações técnicas apresentadas pelo pesquisador no relatório, serão procedidos os estudos cabíveis e, se ficar demonstrado que há viabilidade técnica e econômica para o futuro aproveitamento do minério descoberto e cubado pelo pesquisador, o DNPM aprovará o referido relatório, mediante despacho publicado no Diário Oficial da União. Poderá, entretanto, o DNPM sobrestar a decisão sobre o relatório caso fique demonstrada a impossibilidade temporária da lavra. A lei faculta ao DNPM negar a aprovação do relatório dos trabalhos apresentados se julgar que há inexistência de jazida ou inexecutabilidade técnico-econômica da lavra, bem como por entender insuficientes os trabalhos realizados, o que resultará na extinção do direito do pesquisador sobre a área outorgada no referido alvará de pesquisa.

Com a aprovação do relatório de pesquisa termina a primeira fase. A partir daí, o pesquisador terá assegurado o prazo de 1 ano, que poderá ser prorrogado a critério do DNPM, para requerer a concessão de lavra ao Ministro de Minas e Energia, mediante a apresentação do plano de aproveitamento econômico, quando se inicia a segunda fase.

É necessário salientar, que o Código de Mineração não permite que uma pessoa natural participe da segunda fase, pois determina que o requerimento de concessão de lavra seja formulado por uma pessoa jurídica, devidamente registrada na Junta Comercial competente. Logo se o titular do Alvará de Pesquisa for pessoa natural não poderá requerer a concessão de lavra, devendo necessariamente transferir os seus direitos para uma pessoa jurídica, denominada genericamente de minerador ou concessionário.

Uma vez analisado e aprovado o plano de aproveitamento econômico (PAE) pelo DNPM e apresentada a licença ambiental competente, o Ministro de Minas e Energia concederá ao minerador, através do título denominado Portaria de Lavra - que tem prazo indeterminado de duração - a concessão de lavra para a extração do minério existente na jazida.

O título da concessão de lavra é ato do Governo Federal, que outorga a lavra mineral à empresa de mineração legalmente constituída, visando o aproveitamento econômico da jazida. Temos aí a mina em franca atividade, que enseja ao seu titular o direito próprio à propriedade do minério extraído, nos termos da Carta Magna (176).

Constituindo, portanto, um direito subjetivo, embora condicionado a certas limitações ou imposições (multa, decadência, etc), o direito à lavra ou concessão poderá inclusive ser onerado, como é o caso da cessão, do arrendamento(cessão temporária) e da caução, enquanto estiver em vigor o título concessivo.

Para Duguit a concessão é “uma forma de administrar descentralizada”. A concessão se define notadamente pela delegação de certos poderes ao concessionário, geralmente relativos a exploração de determinada coisa ou serviço público. Casos há em que ela só é outorgada mediante lei específica do poder competente. José Cretella Junior<sup>35</sup> nos dá a seguinte definição:

“Em sentido lato, *concessões* são atos que, em determinados casos concretos, constituem a favor de determinadas pessoas nova condição jurídica ou novo direito subjetivo. Em sentido técnico, preciso, *concessão* é a transferência, temporária ou resolúvel, por uma pessoa jurídica de direito público de poderes que lhe competem para outra pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, a fim de que esta execute serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral.”

---

\* <sup>35</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989, págs. 357/358

Maria Zylvia Zanella Di Pietro<sup>36</sup>, citando Raimundo Nonato Fernandes (*in* RDA 118/1-11), estabelece outras modalidades de concessão, sendo que a concessão de lavra é do tipo exploração.

No caso da concessão de lavra não há efetivamente a execução de serviços públicos envolvidos, mas uma contraprestação pela utilização do bem público da União, como vamos analisar nas próximas seções.

### Seção III

#### Os Bens Públicos

Como mencionado alhures, é necessário analisar melhor o conteúdo jurídico do conceito e classificação dos bens públicos, visto que os recursos minerais ganharam status constitucional e, por tal razão, só poderão vir a perder sua relação jurídica como bens públicos de conformidade com a própria Carta Magna.

O Código Civil (CC), instituído pela Lei nº 3.071, de 1916, no seu artigo 66, divide os bens públicos em 3 categorias, a saber: (I) os de uso comum do povo; (II) os de uso especial; e (III) os dominicais, que na verdade “*constituem o patrimônio disponível da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal, ou real de cada uma dessas entidades*” (sic).

Hely Lopes Meirelles<sup>37</sup> nos revela que:

---

• <sup>36</sup> Ob. cit. pág. 545

• <sup>37</sup> Ob. cit. pág. 441

“Todos os bens públicos, qualquer que seja sua natureza, são passíveis de “uso especial” por particulares, desde que a utilização consentida pela Administração não os leve a inutilização ou destruição, caso em que se converteria em alienação ... Ninguém tem direito natural a uso especial do bem público, mas qualquer indivíduo ou empresa pode obtê-lo mediante contrato ou ato unilateral da Administração, na forma autorizada por lei ou regulamento ou simplesmente consentida pela autoridade competente. Assim sendo, o uso especial do bem público será sempre uma utilização individual - *uti singuli* - a ser exercida privativamente pelo adquirente desse direito. O que tipifica o uso especial é a privatividade da utilização de um bem público, ou de parcela desse bem, pelo beneficiário do ato ou contrato, afastando a fruição geral e indiscriminada da coletividade ou do próprio Poder Público.” (grifamos)

Quem exerce o domínio (*proprietetas*) sobre um determinado bem é considerado pela Lei Substantiva como o seu proprietário (*dominus*). O Código Civil estabelece uma clara distinção entre bens imóveis e móveis. Considera que os bens imóveis (art. 43) compreendem:

I. O solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais ... as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo. (Nota: a partir da Constituição de 1934 o subsolo foi separado do solo para efeito de exploração mineral).

II. Tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano.

III. Tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade.”

O mesmo diploma legal (CC) considera que os bens móveis (art. 47) são aqueles suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia. O termo móvel identifica e caracteriza com bastante precisão o conteúdo jurídico que os nossos legisladores deram ao conceituá-lo. A sua essência fundamental está na qualidade de sua mobilidade ou movimentabilidade, quer isso dizer, o bem móvel não está fundamentado e enraizado ao solo, ao contrário, dele está totalmente dissociado e livre.

A ciência jurídica brasileira cuidou, também, de fazer uma relação muito estreita entre bens e coisas. O próprio Código Civil não faz diferença quando usa as mencionadas palavras. Como exemplo, podemos citar o título do Capítulo II (Dos bens reciprocamente considerados), mas o conteúdo dos artigos mencionam o seguinte:

“Art. 58 – Principal é a coisa que existe sobre si, abstrata ou concretamente. Acessória, aquela cuja existência supõe a da principal.

Art. 59 – Salvo disposição especial em contrário, a coisa acessória segue a principal.”

(os grifos são nossos)

Verifica-se, pois, que a noção de coisas, ou bens, particularmente aceita pela nossa lei substantiva de modo a encenar uma noção precisa e justa, é “juridicamente tudo aquilo que constitui ou pode constituir objeto de disciplina jurídica, ou seja, forma a própria substância do direito e da respectiva ciência” (José Cretella Junior<sup>38</sup>). Assim, as coisas quando podem constituir objeto de direitos e obrigações recebem o nome de bens.

Evidentemente, no mundo jurídico privado, as relações entre particulares se desenvolvem de modo livre e irrestrito, porém nunca contrárias às determinações legais. Mas, no mundo jurídico público, nem sempre há espaço para se transitar livremente e de

---

• <sup>38</sup> *Bens Públicos*, 2ª ed, São Paulo, Livraria Editora Universitária de Direito, 1975, pág. 12

forma absolutamente irrestrita. Muito ao contrário, exige que as atitudes e práticas sejam circunscritas estritamente àquelas regras tipificadas e codificadas nos estatutos legais, sob pena de se viciar o ato daí decorrente.

Nesse sentido, o conceito de bens públicos, ou coisas públicas, assume postura diametralmente oposta à do direito privado. Enquanto no campo jurídico privado a coisa é “*tudo aquilo que pode proporcionar utilidade ao homem, isto é, um bem econômico de tal modo que se possa exercitar sobre ele a atividade humana, mediante a aquisição e a troca*” (J. Cretella Junior<sup>39</sup>), no campo jurídico público tal instituto haverá de ser necessariamente analisado e interpretado à vista do que está determinado na Carta Magna e na legislação de regência, face o seu conteúdo jurídico ser bastante diferenciado, o que caracteriza a controvérsia na sua definição.

O próprio Código Civil determina que:

“Art. 67 - Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade que lhes é peculiar, nos casos e forma que a lei prescrever.

Art. 68 - O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito, ou retribuído, conforme as leis da União, dos Estados, ou dos Municípios a cuja administração pertencerem.”

José Cretella Junior<sup>40</sup> nos ensina que:

“A definição de *coisa* e *bens*, suficiente para o campo do direito privado, é insuficiente para o campo do direito público, porque este setor do direito lida com bens *extra commercium*, que não fornecem utilidade econômica, como o *mar territorial* e as coisas pertencem ao *domínio militar*. Embora *coisas*, não ficam

---

• <sup>39</sup> IDEM ob. cit., 1975, pág. 14

• <sup>40</sup> IDEM ob. cit., 1989, pág. 555

num campo restrito, mas ultrapassam o âmbito do direito comum das coisas, integrando o campo com que se preocupa o *direito administrativo das coisas*.”

Porém Hely Lopes Meirelles<sup>41</sup> nos dá a seguinte explicação:

“O que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são “inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais”, isto é, enquanto tiverem “afetação pública”, ou seja, “destinação pública específica”. Exemplificando: uma praça ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária e traspasado para a categoria de “bem dominial”, isto é, “do patrimônio disponível da Administração.”

É oportuno, nesse passo, salientar a diferença existente entre a cessão de direito real de uso de bem público e a alienação de bem público. A primeira está caracterizada no Decreto-lei nº 271, de 1967, a saber:

“Art. 7º - É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de terra ou outra utilização de interesse social.”

Verifica-se, pois, que tal instituto é unicamente aplicável a imóveis do tipo terreno. Como está claramente especificado é direito real resolúvel, pois sua utilização será por tempo certo ou determinado, logo não duradouro.

Ricardo Cesar Pereira Lira<sup>42</sup>, discorrendo sobre o tema, leciona:

---

• <sup>41</sup> IDEM ob. cit., 1997, pág. 450

• <sup>42</sup> *O Moderno Direito de Superfície*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 35:3-98, pág. 62

“Ponha-se em tela agora a figura da concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, hoje, aliás, expressamente prevista em nosso ordenamento.

Impende notar que a concessão de direito real de uso, outorgada por pessoa jurídica de direito público ou particular, não se confunde com o direito de superfície.

Os princípios gerais conduzem necessariamente a essa conclusão. Basta considerar que não ocorre, na espécie tratada, a suspensão do princípio da *superfície solo cedit*, não se verifica o amortecimento do princípio da acessão. Ainda que se pudesse admitir que, no caso se criaria uma *propriedade separada* do concessionário relativamente ao *quid novum* incorporado ao solo, não se teria uma *propriedade separada superficiária*. Direito real de uso e direito real de superfície são categorias diversas de direitos reais limitados, cada uma com sua carga conceptual específica.”

Quanto à alienação de bens públicos é imperioso salientar que o Código Civil prescreve, no artigo 67, que somente poderá ocorrer “*nos casos e na forma que a lei prescrever*” (sic). Note-se, destarte, que o Administrador Público só poderá alienar bem público amparado por lei específica, não bastando, para tanto, que haja interesse público presente.

Nos socorremos novamente do escólio de José Cretella Júnior<sup>43</sup> para entender definitivamente as diferenças entre os bens privados e os públicos, nos seguintes termos:

“Nem a afetação ou destino, nem os ônus que sobre eles recaem, portanto, são traços suficientes para caracterizar os bens públicos, coisas materiais ou imateriais, ou mesmo prestações, que integram a dominialidade pública, porque o regime

• <sup>43</sup> IDEM ob. cit., 1975, pág. 19

jurídico público a que estão sujeitos, os princípios informativos que lhes dão as diretrizes retiram aqueles bens da área civilística, projetando-os no campo do direito administrativo, matizando-os com traços indeléveis.”

Há inegável diferença entre os bens afetados e os desafetados. Vejamos o que diz Vellegas Basavilbaso<sup>44</sup>:

“*Afetação à Administração ou à coletividade* – eis outro traço da dominialidade pública. De fato, ao passo que os *bens* privados ou particulares têm uso restrito, os bens do domínio público ou são destinados a todos ou à própria Administração, porque a afetação ao uso direto (*uti singuli*) ou ao uso indireto (*uti universi*) é um dos sinais específicos da “dominialidade” pública. A afetação ao uso indireto ou ao serviço público reveste o *bem* da condição jurídica de *público*, enquanto dura a respectiva *afetação*.”

Em geral, a alienação de bens públicos se opera com base na Lei nº 8.666, de 1993, *in verbis*:

“Art. 17 – A alienação de bens da Administração Pública ...:

I- quando imóvel ... dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência ...”

Mas, em se tratando de bens públicos da União, a matéria está suplementarmente regulada na Lei nº 9.636, de 1998, a saber:

---

• <sup>44</sup> *Derecho Administrativo*, vol. IV, 2ª parte, 1952, pág. 110, *apud* José Cretella Junor, *Bens Públicos*, ob. cit. págs. 29/30

“Art. 23 – A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República ...”

Art. 24 – A venda de imóveis da União será feita mediante concorrência ou leilão público ...”

Assim, fica patente que a alienação de bem imóvel público a particulares é uma realidade corpórea, devendo formalizar-se por instrumentos que atendam aos requisitos exigidos pela legislação aplicável.

E os recursos minerais – pergunta-se – estarão sujeitos às condicionantes acima expostas? A resposta a esta questão tentaremos demonstrar na seção adiante.

#### Seção IV

##### Os Recursos Minerais

Como já dissemos, até a promulgação da Constituição Federal de 1934, o subsolo era bem acessório ao solo, nos precisos e claros termos do Código Civil de 1916, que se baseava, por sua vez, na Carta Magna de 1891.

A partir daí foi implantada a divisão e separação físico-jurídica da propriedade do solo e da do subsolo, isto porque, o subsolo, quando representado por recursos minerais, passou a ser separado e oposto ao do solo. Em outras palavras, o solo e subsolo estão jurídica e irremediavelmente separados quando, neste último, existir a ocorrência dos recursos minerais.

Com a promulgação do Estatuto de 1988, os recursos minerais, que jazem nas entranhas da terra, foram elevados à categoria de bem patrimonial da União Federal.

Porém, enquanto a existência de recursos minerais não é do conhecimento humano, nenhum significado jurídico possuem, porque não há a possibilidade de serem explorados ou aproveitados em prol da coletividade. Enquanto desconhecidos, são tratados como se fossem bens integrantes do solo, nada significando a separação do solo e do subsolo.

Mas, os recursos minerais ensejam uma verdadeira revolução jurídica quando descobertos e lavrados, cabendo ao inventor dessa realidade uma recompensa, pelo emprego do seu trabalho e recursos na busca e extração desses bens.

Entretanto, a atual Carta Política assegura ao proprietário do solo uma participação nos resultados da lavra, ex vi § 2º do art. 176. Verifica-se, portanto, que a fórmula definida pelos nossos Constituintes, para remunerar o proprietário do solo, foi através do instituto da participação e não da compensação. E por que?

A percepção desse direito somente ocorrerá quando se materializar o fato gerador, ou seja a extração e comercialização do minério. Em não havendo o fato gerador, que é uma fórmula exata, não poderá o proprietário do solo reivindicar tal participação, já que não existe o resultado da lavra.

Por isso, entendemos que essa participação é devida por força do encargo que o proprietário do solo é obrigado a suportar durante os trabalhos de lavra. Na verdade, é uma renda a que terá direito o proprietário do solo, por sua participação indireta no desenvolvimento e aproveitamento mina (jazida em lavra), durante o tempo em que suas terras suportarem os ônus dos trabalhos de lavra.

E coube ao artigo 11, letra “b”, do Código de Mineração dar a dimensão exata do valor dessa participação, que curiosamente equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor devido, pelo concessionário, a título de CFEM.

Passemos agora a analisar detidamente os recursos minerais. Caberá à União Federal, titular dos recursos minerais, facilitar que sejam investigados os depósitos minerais no território nacional, para que haja um inventário mineral atualizado e consistente e afinal sejam os recursos minerais extraídos e aproveitados em prol da coletividade. Essas são algumas das razões práticas porque entendemos que os recursos minerais foram rotulados como de titularidade da União Federal.

Reza o artigo 176 do Estatuto Político que *“As jazidas, em lavra ou não, e os demais recursos minerais ... constituem propriedade distinta da do solo...e pertencem à União”*. O termo jazida tem sua definição estabelecida no Código de Mineração, *in verbis*:

“Art. 4º - Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fósfil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico ...”

Na verdade, essa definição legal encerra uma característica peculiar, pois condiciona, literalmente, que a substância mineral terá que ter valor econômico. Enquanto inertes no solo as substâncias (recursos) minerais não adquirem valor econômico. Uma vez atingido tal condição os recursos minerais serão qualificados como “jazida”, que, para efeito do artigo 84 do Código de Mineração, é considerada bem imóvel.

Por outro lado, a determinação constitucional disposta na expressão acima “em lavra ou não” está prevista no artigo 4º (*in fine*) do Código de Mineração, *in verbis*:

“... e mina a jazida em lavra, ainda que suspensa.”

Verifica-se, destarte, que a mina é a jazida em lavra, ainda que suspensos os seus trabalhos. Segundo Attilio Vivacqua<sup>45</sup>, a jazida e a mina são “diferenciadas através do critério de utilização industrial”. Para melhor conhecimento do conteúdo jurídico da palavra lavra, o próprio Código de Mineração a conceitua da seguinte forma:

“Art. 36 – Entende-se por lavra o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas.” (grifamos)

Donde se conclui, que (i) o conceito de jazida na verdade se constitui da atribuição de valor econômico a uma massa de recursos minerais e que (ii) a lavra é a forma de como se aproveitam os recursos minerais desde a extração até o seu beneficiamento.

No que tange aos recursos minerais vamos encontrar no artigo 3º do Código de Mineração uma indicação precisa de sua conceituação, *in verbis*:

“Art. 3º - Este Código regula:

I – os direitos sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fósseis encontradas na superfície ou no interior da terra, formando os recursos minerais do País;” (os grifos são nossos)

Novamente utilizamos o magistério de Attilio Vivacqua<sup>46</sup> de que:

---

• <sup>45</sup> *A Nova Política do Subsolo*, Rio de Janeiro, Editora Panamericana, 1942, pág. 558

• <sup>46</sup> Ob. cit. pág. 1

“o problema dos recursos minerais, cujas fontes de produção, além de desigualmente distribuídas pela Natureza, são exauríveis e irrestauráveis, figura na categoria dos problemas vitais das nações.” (grifamos)

Luiz Augusto Milani Martins<sup>47</sup> nos ensina que:

“É uma questão de sorte que um país ou região se encontre de posse dos recursos físicos de que necessita, pois os recursos são distribuídos de acordo com os processos geológicos e não de acordo com as fronteiras políticas.

No começo deste século, grande parte da riqueza das nações européias provinha de suas colônias, das quais eram expropriados todos os tipos de recursos. Com o desenvolvimento de movimentos anticolonialistas, esses impérios europeus sofreram completa destruição e o controle dos recursos passou para os Estados recém-emergentes.

Embora tanto as nações desenvolvidas como as subdesenvolvidas tenham os mesmos objetivos básicos - promover o crescimento econômico regional e nacional, assegurar divisas através da exportação de recursos e manter a segurança nacional - é claro que a ênfase colocada em cada um desses objetivos varia amplamente, levando a conflitos de interesses entre produtor e consumidor.

Há muito pouca coisa que um governo pode fazer por vias legais para manter controle sobre recursos situados em outros países; mas em todos os países a legislação econômica mais fundamental está centrada na propriedade da terra e, por extensão, dos recursos físicos sob ela.”

---

\* <sup>47</sup> *Os Recursos Físicos da Terra*, Campinas, Editora da Unicamp, 1994, pág. 95, tradução *The Earth's Physical Resources* - Block 1, Geoff Brown, com autorização The Open University Educational Enterprises Ltd.

Enquanto os recursos minerais estiverem presos e integrados ao subsolo, formam parte integrante do bem dominial. Uma vez separados, pela extração regular, diferem da jazida por desacessão (separação física) e passam a integrar o patrimônio do concessionário legalmente habilitado a extraí-los, que os apropria por força de seu trabalho.

A noção de fruto não retira o conteúdo de domínio pertencente ao proprietário, salvo se por motivo jurídico, especial, houverem de caber a outrem (528, CC). Tal conceito parece incompatível com o resultado da lavra das jazidas, isto porque o produto da coisa lavrada é totalmente destruído, e, por consequência, ocorre a diminuição gradual e contínua dos recursos (bem) minerais, sem a menor possibilidade de tornar a existir novamente.

E o que é mais significativo, a União perde, em favor do concessionário, a titularidade desse bem (produto mineral), ou cede esse patrimônio, em face do conteúdo constitucional (art. 176 *in fine*) que estabelece: “... *garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra*”.

Verifica-se, pois, que no exato momento da extração dos recursos minerais da jazida opera-se, *erga omnis*, a desafetação do patrimônio público federal em favor do concessionário. E essa regra é constitucional, cabendo ao Código de Mineração, como lei estrutural, assegurar ao concessionário esse privilégio.

Assim, podemos afirmar, com exatidão, em resposta à questão formulada na Seção anterior, que o concessionário adquire a propriedade do produto da lavra pelo aproveitamento econômico dos recursos minerais, por força de mandamento constitucional e não por ato de alienação de bem público da União, que é regulado na legislação infraconstitucional já mencionada.

## Capítulo II

### AS ESPÉCIES DE TRIBUTOS

#### Seção I

#### Os Impostos

Além de financiar as atividades do governo, a tributação cumpre importante papel como instrumento de política econômica, visto que as suas características, em termos de natureza, magnitude e abrangência, podem ser utilizadas para estimular ou desestimular o comportamento de setores em uma economia.

E a melhor forma de apoiar uma atividade produtiva é manter sempre uma taxa de atratividade para que o investidor possa avaliar os riscos e assim quantificar se a atividade dará lucro, ou prejuízo. Por isso, a escolha do empreendimento exigirá uma criteriosa avaliação, levando-se em conta as vantagens comparativas existentes.

No caso de um empreendimento de mineração, se a tributação for elevada, a identificação de oportunidades de negócio será mais seletiva, pois o investidor somente se interessará por aqueles depósitos minerais excepcionais, inclusive aqueles tidos como de classe internacional, para compensar o baixo retorno do capital empregado vis-à-vis à carga tributária.

Aliado ao fator da seletividade, o investimento em mineração é canalizado, na maioria das vezes, para locais distantes e fora dos centros urbanos, visto que a atividade de mineração só pode ser desenvolvida onde está localizado o recurso mineral. É o que se convencionou chamar de rigidez locacional.

No passado, o setor mineral recebeu tratamento especial no que pertine a tributação sobre a extração e o consumo de minerais no País. A exação, tipificada como Imposto Único sobre Minerais (IUM), era de competência exclusiva da União Federal, cuja norma instituidora foi a Lei nº 4.425, de 1964, posteriormente revogada, cedendo lugar ao Decreto-lei nº 1.038, de 1969, que foi regulamentado pelo Decreto nº 66.694, de 1970.

Embora fosse um tributo, do tipo imposto, com alíquotas *ad valorem* elevadas, o fato gerador da exação se verificava na saída efetiva do minério da área de concessão, daí dizer-se que o IUM era inerente à jazida mineral, pois incidia verticalmente sobre a remoção do minério da área de lavra, fosse para as transações internas ou externas.

O IUM, como o próprio nome indicava, era único sobre os bens minerais e excluía qualquer outro tributo, que se pretendesse lançar, visto que os recursos minerais não eram titulados como de propriedade da União, mas da Nação, cabendo a quem obtivesse a concessão de lavra o direito sobre os mesmos. Uma vez pago o IUM, o concessionário poderia dispor do minério como bem lhe aprouvesse, sem correr o risco da incidência de qualquer outro tributo, salvo se o minério fosse industrializado, quando então incidiam o IPI (imposto sobre produto industrializado) e o ICM (imposto sobre comercialização de mercadorias).

Do ponto de vista tributário, o IUM tinha só um sujeito ativo, que era a União Federal, e um sujeito passivo, que era o concessionário. Curioso notar é que, do produto arrecadado, a União somente ficava com 10% (dez por cento) do IUM e era obrigada a repassar 70% (setenta por cento) para os Estados e 20% (vinte por cento) para os Municípios, onde se localizava a jazida.

Como a maior parcela da arrecadação do IUM era destinada aos Estados, essa particularidade acarretava uma situação favorável, e até confortável, às empresas e aos órgãos estaduais de mineração, como nos revela Eliezer Braz Pereira<sup>48</sup>:

“... a atratividade do IUM residia na vinculação dos 70% da arrecadação que cabiam ao Estado a aplicações relacionadas com a mineração.

Tinham, dessa forma, uma fonte garantida de receita que lhes permitiu crescer e manter-se sem a necessidade de comprovação de eficiência na aplicação dos recursos originados do imposto e de adequação dos programas desenvolvidos às necessidades e prioridades do Estado. Essa vinculação, no entanto, não interessava aos governos estaduais. Ela retirava autonomia na aplicação da arrecadação obtida, tendo havido casos de Estados que deram outra destinação a sua quota do IUM. A própria fiscalização do IUM era deficiente, pois, embora o imposto fosse federal, cabia à União apenas 10% do total arrecadado, o que era insignificante no total de suas retiradas. Para o Estado, a vinculação da aplicação do IUM reduzia o interesse na sua fiscalização pelas Secretarias de Fazenda pois os valores obtidos não se ajustavam às demais receitas disponíveis. Além disso, havia necessidade de manutenção de um sistema de fiscalização individualizado por conta das diferenças entre o IUM e o ICM, principal imposto estadual. Nesse confronto de interesses entre os setores ligados à mineração e os demais segmentos da sociedade, prevaleceu o ponto de vista de que a mineração deveria receber o mesmo tratamento dado às demais atividades econômicas.”

---

\* <sup>48</sup> *Aplicação do Conceito de Renda Econômica na Tributação da Mineração no Brasil*, Tese de Doutorado apresentada à Universidade da Paraíba, Campina Grande, 1992, pág. 59

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, o IUM foi extinto do nosso ordenamento jurídico. A partir de então, as operações com minerais passaram a ser tributadas pelo ICMS (Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal, e de Comunicações), que é um imposto de competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal, tipificado inicialmente no artigo 155, I, *b*, da Magna Carta, e agora no artigo 155, II, por força da Emenda Constitucional nº 3, de 1993.

Ao contrário do que ocorria com o IUM - que incidia uma única vez sobre a extração e saída do minério da jazida - o valor do ICMS já está incluído (embutido) no preço de venda do minério, por isso que o mesmo é compensável e não cumulativo (§ 2º, inciso I, do art. 155 da Carta), sendo que a sua incidência ocorre no momento da saída (circulação) do minério do estabelecimento vendedor.

Da mesma forma que existia, no regime constitucional anterior, o impedimento da incidência de qualquer outro tributo sobre a extração do minério, a Carta Política de 1988 manteve a não incidência de qualquer outro tributo sobre as “operações relativas ... a minerais do País”, conforme se colhe no § 3º do artigo 155 da Carta, que foi mantida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, *in verbis*:

“Art. 155 - (omissis)

.....  
§ 3º - À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.” (os grifos são nossos)

Verifica-se, pois, que a intenção dos Constituintes foi excepcionar a incidência de qualquer exação às operações relativas a minerais. O termo operações deverá ser

interpretado de forma ampla, face não ter sido especificada, pelos nossos Constituintes, qualquer restrição com a imposição dessa regra, que é uma exceção.

Logo, se é uma exceção, deverá ser entendida e interpretada da forma correta, pois as operações são relativas a minerais. Estes necessitam estar na condição de bens ou produtos, para que possam estar sujeitos à incidência do ICMS, que é um imposto de competência estadual.

Note-se, destarte, que as atividades extrativas encerram uma atividade específica atribuída, pela Constituição (CF, 176, § 1º), somente ao concessionário legalmente habilitado, que terá *de jure* o privilégio de pesquisar e lavrar uma jazida mineral.

Neste contexto, é imperioso distinguir alguns pontos básicos inseridos na atual Carta Magna, em confronto com o sistema anterior. O primeiro é relativo ao § 1º do artigo 20, que instituiu a CFEM; o segundo é quanto ao § 3º do artigo 155, que excepciona a incidência de qualquer tributo sobre as operações com minerais; e o terceiro refere-se aos artigos 20, IX, e 176 que fixam que os recursos minerais são propriedades da União e o produto da lavra pertence ao concessionário.

A CFEM é devida sobre a exploração dos recursos minerais, *ex vi* § 1º do artigo 20. Enquanto o minério estiver contido na jazida (*in situ*), permanece ele como bem imóvel (artigo 84 do Código de Mineração) e pertencente à União Federal (art. 20, IX, c/c art. 176), na qualidade de bem público.

No exato momento em que o minério é retirado da jazida, incidem três fatos jurídicos importantíssimos:

- primeiro, traduz-se na desaccessão do recurso mineral da jazida pela exploração e na transferência irrevogável da propriedade desse bem mineral ao concessionário, que adquire o *status* constitucional (176) de produto da lavra;

- segundo, diz respeito ao nascimento do direito que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos da administração direta da União terão quanto à participação no resultado da exploração dos recursos minerais, ou uma compensação por essa exploração;
- terceiro, é a incidência da tributação do ICMS daí para frente, conforme previsto no inciso II do artigo 155 da Carta Magna, ou seja toda operação que vier a se consumir com este produto mineral será da competência exclusiva do Estado.

Visto desse ângulo, há uma área onde gravitam as sutís diferenças entre os recursos minerais e os produtos minerais.

Apesar das condições acima expostas, alguns doutrinadores têm assentado que a CFEM é na verdade um tributo, do tipo imposto. Um desses defensores é Alberto Xavier<sup>49</sup> que assevera:

“ ... a figura jurídica em causa vem já desenhada no próprio § 1º do artigo 20 como um verdadeiro imposto, vez que se trata de “tributo cuja obrigação tributária tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte (Código Tributário Nacional, artigo 16).

Que se trata de tributo, vi-mo-lo já; trata-se, repetimos, de prestação pecuniária compulsória, que não constitui sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. E que tal tributo independe de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte resulta de o seu fundamento não consistir na remuneração da atividade de polícia consistente na concessão de lavra, mas sim na exploração dos recursos minerais, em si mesma considerada, que prescinde em absoluto de uma atividade de

---

• <sup>49</sup> Ob. cit. págs. 15/16

Administração e que é manifestação de capacidade contributiva perfeitamente adequada à instituição de um imposto.

Concluimos assim que a natureza de imposto da prestação prevista no § 1º do artigo 20 da Constituição já se encontrava predeterminada nesse mesmo preceito para qualquer das suas modalidades alternativas, deixada à escolha da lei federal – a participação nos resultados da exploração ou a compensação financeira.

O Código Tributário Nacional (CTN), instituído pela Lei nº 5.172, de 1966, é enfático ao prescrever que:

“Art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa expressar, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Art. 4º - A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevante para qualificá-la: I - a denominação e demais características formais adotadas pela lei; II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.” (grifos nossos)

Aliomar Baleeiro<sup>50</sup>, do alto de sua sabedoria, fez a seguinte ressalva:

“O CTN adotou a teoria segundo a qual os tributos se caracterizam pelo caráter compulsório, e, para distinguí-los das multas e penalidades inseriu a cláusula *que não constitua sanção de ato ilícito*.”

---

• <sup>50</sup> *Direito Tributário Brasileiro*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1973, pág. 66

Deste posicionamento legal, claro fica que a natureza jurídica do tributo tem como elemento delimitador a prestação pecuniária, que por sua vez tem que ser compulsória, visto que o Estado, na qualidade de sujeito ativo, exerce o seu poder imperial de coação sobre o contribuinte, sujeito passivo, a pagar a exação correspondente, desde que a mesma não constitua sanção de ato ilícito, sendo que o mais importante é que a exação seja (i) instituída por lei, em homenagem ao princípio da legalidade, e (ii) cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, ou seja deverá a receita ser destinada à realização das atividades públicas.

A CFEM é uma prestação pecuniária compulsória, porque advém de um comando constitucional que determinou fosse ela instituída por lei, logo não constitui sanção de ato ilícito.

No que pertine a tese que defende ser ela cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º do CTN) e o fato gerador independer de qualquer atividade estatal específica (art. 16 do CTN), cabe fazer uma breve explanação a esse respeito.

Pelo que se verifica, o concessionário, ao extrair o recurso mineral, que é um bem da União Federal, estará na verdade se apropriando legalmente deste bem e nada mais razoável que pague um preço. Este fato por si só descaracteriza a natureza tributária (receita derivada) e fortalece o entendimento de que se trata de uma receita originária, resultante do aproveitamento de um bem público.

Ao promover o aproveitamento do bem público, recurso mineral, pela desacessão do mesmo da jazida, o concessionário o transforma em produto mineral cuja operação estará sujeita, a partir daí, à exação incidente e regulada pela legislação do ICMS, que é estadual, cuja atividade plenamente vinculada estará administrativamente adstrita às operações com minerais, conforme manda aliás a Constituição Federal.

Entendemos, entretanto, que a simples separação física do recurso mineral do subsolo não assegura ao concessionário a propriedade sobre o mesmo. Para tanto necessitará ele pagar um preço por este recurso mineral, visto que o *caput* do artigo 176, *in fine*, não poderá ser interpretado isoladamente.

Não é factível, ou razoável, aceitar que o concessionário se torne titular do recurso mineral de forma gratuita. No caso haveria, no mínimo, um enriquecimento sem causa do concessionário, de um lado, e o empobrecimento dos entes federados do outro, o que não se pode admitir.

Por isso, os Constituintes de 1988 estabeleceram que a União, e os demais entes federados, teriam assegurado uma participação no resultado da exploração dos recursos minerais ou uma compensação por essa exploração, visto que a perda dessa propriedade é irreversível em favor do concessionário, por isso foi instituída a CFEM.

Neste caso, a atividade administrativa plenamente vinculada está ligada àquela determinação constitucional que assegura ao concessionário a propriedade do produto da lavra desde que ele tenha obtido a autorização e a concessão da União, que é a titular do recurso mineral e tenha pago a CFEM. A partir do momento que o concessionário se torne dono do produto da lavra - pela desafetação constitucional do bem da União - é que a atividade vinculada estabelecida no CTN (art. 3º) se consolida nas operações com os produtos minerais, cuja competência exclusiva é dos Estados, jamais da União e muito menos dos Municípios, visto que no caso a receita – auferida autonomamente por cada ente federado (art. 8º da Lei nº 7.990, de 1989) - não se destina à realização de atividades públicas.

Em outro ponto, Alberto Xavier<sup>51</sup> declara que:

---

\* <sup>51</sup> Ob. cit. págs. 19/20

“Importa agora examinar como conciliar a natureza tributária (e mais especificamente de imposto) da figura prevista no § 1º do artigo 20 da Constituição com a regra constante do § 3º do artigo 155 da Constituição ...

Muito embora a atual Constituição tenha abandonado o *princípio da unicidade* (que vigorava na Constituição anterior, pela adoção do imposto único sobre minerais) consagrou, no entanto, o *princípio do exclusivismo*, procedendo a uma enumeração taxativa, um “*numerus clausus*” de tributos que podem incidir sobre operações relativas a minerais no País. São eles o ICMS, o imposto sobre importação de produtos estrangeiros e o imposto de exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados.

Em face deste dispositivo já se sustentou, entre nós, a inconstitucionalidade da Lei nº 7.990/89, pelo fato de ter criado um verdadeiro imposto, para além da enumeração taxativa dos únicos tributos que podem incidir sobre a atividade de mineração (17 – Cfr. William Freire, *Comentários ao Código de Mineração*, Rio de Janeiro, 1995, 222).

Muito embora aceitemos as premissas de parte desta opinião – a de que a compensação financeira é um imposto – já não aceitamos as conclusões que delas se pretendem extrair.

Em primeiro lugar, porque a configuração da compensação financeira como imposto já vem delineada no próprio § 1º do artigo 20 da Constituição, não tendo sido inovadoramente construída pela Lei nº 7.990/89, que se limitou a explicitar os contornos da nova figura constitucional, dentro dos limites, embora amplos, traçados pela Constituição. Ora, não podendo existir, a este nível, “normas constitucionais inconstitucionais”, a melhor interpretação seria a de que o tributo previsto no § 1º do artigo 20 estaria implicitamente acrescido à lista taxativa do § 3º do artigo 155, não tendo o legislador constituinte procedido à sua expressa

inclusão, apenas por não ter pretendido tomar posição quanto à qualificação técnico-jurídico do novo instituto. (grifamos)

Acresce, porém, que o alcance do § 3º do artigo 155 da Constituição não está em esgotar a lista dos tributos que podem incidir sobre a “atividade de mineração”, como parece sustentar a tese que criticamos, mas tão somente dos tributos que podem incidir sobre “operações relativas a minerais do País”. Refere-se assim apenas a tributos que tenham por fato gerador atos isolados (como é o ICMS, o imposto de importação e de exportação) e não aos resultados globais ou ao faturamento global da atividade de mineração (como é o caso do imposto de renda, da contribuição social sobre o lucro líquido, do Pis/Pasep, do Cofins, etc). Ora, a participação nos resultados de exploração de recursos minerais ou a sua compensação financeira não são tributos sobre operações isoladas, mas sobre um parâmetro global, pelo que não teriam que estar, como não estão, submetidos à enumeração taxativa do § 3º do artigo 155.

Não apoiamos, pois, a tese da inconstitucionalidade da Lei nº 7.990/89 por pretensa violação ao princípio do exclusivismo.”

Constata-se que Alberto Xavier, apesar de aceitar que a CFEM é um imposto, tipificado no § 1º do artigo 20 da Carta, não concorda com a tese, apoiada no § 3º do artigo 155 da Constituição, de que a CFEM não é tributo sobre operações isoladas, mas sobre um parâmetro global, pelo que não teria que estar, como não está, submetida à enumeração taxativa do § 3º do artigo 155.

Ainda, acerca do § 3º do art. 155, João Luiz de Souza Pereira<sup>52</sup> teceu alguns comentários interessantes sobre essa perspectiva:

---

• <sup>52</sup> *A Não Incidência das Contribuições para o Pis/Pasep e da Cofins sobre as Operações com Minerais no País*, São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário nº 12, págs. 39/40

“Ressalte-se, desde já, que o tratamento tributário dos minerais possui diferenças daquele previsto na Constituição de 1967/69. Esta última previa a incidência do IUM, cujas hipóteses de incidência eram taxativamente enunciadas (extração, circulação, distribuição e consumo), enquanto que, hoje, todas as operações relativas a minerais encontram-se submetidas aos impostos expressamente previstos. Equivale dizer que o constituinte de 1988 pretendeu afastar a incidência de quaisquer tributos além dos previstos sobre toda e qualquer operação que envolva minerais do País.

A melhor interpretação da regra constante do art. 155, § 3º, da Carta Política é trazida pelo próprio legislador constituinte, numa interpretação autêntica. Com efeito, o Deputado Francisco Dornelles, autor da emenda ES 31.314-8, que originou o referido dispositivo, apresentou para o mesmo a seguinte justificativa:

O projeto de Constituição eliminou da competência federal os impostos únicos (...) A incidência de um único imposto sobre os referidos produtos é da tradição brasileira, preocupada com uma política transparente e simples em campos de fundamental interesse para setores estratégicos da economia.

Ora, no momento em que a tributação das operações realizadas com ... minerais do País é transferida da União para os Estados, é imprescindível assegurar a exclusividade da imposição estadual, a fim de que a transferência se processe em toda a sua extensão, eliminando sobre esses produtos a disputa de receita por outra entidade política.” (grifamos)

Apesar das considerações formuladas pelos doutos de que a “compensação financeira pela exploração mineral” é um imposto, ousamos discordar desse entendimento, visto que a origem e aplicabilidade da CFEM não se fundamenta sobre as

operações com produtos minerais, cuja exação só pode ser da competência dos Estados e nunca da União. Além do mais, não incide as condicionantes do § 3º do art. 153 da Carta como abordaremos na Seção II adiante.

Até porque o que fundamenta a CFEM não são as operações com minerais tipificadas nos artigo 155, II, da Carta, mas a exploração de um bem da União (art. 20, IX, e § 1º, CF/88), que é executada pelo concessionário expressamente autorizado pela União, *ex vi* do artigo 176, § 1º do Estatuto Constitucional.

A jurisprudência dominante do Tribunal Regional Federal - TRF (1ª e 5ª Regiões) tem decidido da seguinte forma:

AC nº 93.01.22293-0 – DF - 1ª Região

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS-CFEM. LEI 7.990, DE 28.12.89, ART. 6º. CONSTITUCIONALIDADE.

1 – A Constituição Federal, em seu art. 20 § 1º, assegurou aos Estados, Distrito Federal e Municípios, uma compensação financeira pela exploração de recursos minerais, nos seus territórios.

2 – A Lei 7.990, de 1989, cumpriu o mandamento constitucional estabelecido no artigo 20, § 1º.

3 – Não há, na hipótese, que se discutir cumulatividade, pois foi a própria Constituição que criou o CFEM.

4 – Inexistência de identidade de base de cálculo com o ICMS, com o IPI e com as contribuições sociais.

5 – Inocorrência de inconstitucionalidade.

6 – Apelação improvida.

AMS nº 92.01.31250-4 – DF - 1ª Região

CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. COMPENSAÇÃO PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. CONSTITUCIONALIDADE.

1 - A compensação financeira pela exploração de recursos minerais, criada pela Lei n. 7.990, de 1989, com fundamento no art. 20, § 1º, da CF/88, é receita patrimonial e não tributária dos estados, Distrito Federal e municípios, e a ela não se aplicam os princípios constitucionais tributários. Precedentes desta Corte.

2 - Apelação improvida.

AC nº 93.01.28881-8/DF e AC nº 94.01.28781-3/DF – 1ª Região

TRIBUTÁRIO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE.

1 - A compensação financeira paga pela exploração de recursos minerais, prevista na Lei nº 7.990, de 28/12/89, não é ilegal nem inconstitucional. Sua cobrança representa apenas o cumprimento de um mandamento constitucional (art. 20, § 1º).

- 2 - Não se trata de receita tributária, senão de uma receita patrimonial originária do Estado, como ressarcimento pela exploração mineral no seu território.
- 3 - Improvimento da apelação.

AMS nº 94.01.33936-8 – DF - 1ª Região

TRIBUTÁRIO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. COMPENSAÇÃO. LEIS 7.990/89 E 8.001/90. CONSTITUCIONALIDADE.

- 1 - A Constituição remeteu à lei ordinária a instituição da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, não à lei complementar. Não caba falar-se, portanto, em inconstitucionalidade, por impropriedade formal, das Leis 7.990/89 e 8.001/90.
- 2 - A alegada identidade de base de cálculo com o ICMS, o PIS e o FINSOCIAL inexistente na espécie. Precedentes da Corte.
- 3 - Recurso improvido.

AC nº 94.01.298505 – DF

DIREITO FINANCEIRO – COMPENSAÇÃO PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 20, § 1º - LEIS 7.990/89 E 8.001/90 – RECEITA PATRIMONIAL E NÃO TRIBUTÁRIA.

1 - Os recursos minerais constituem patrimônio da União Federal (Constituição Federal, art. 20, inciso IX) e sua exploração por terceiros depende de autorização ou concessão federal (art. 176, § 1º).

2 - A compensação financeira assegurada pelo § 1º do art. 20 da Constituição pela exploração dos recursos minerais constitui receita patrimonial, e não tributária, a ela não se aplicando, pois, os princípios constitucionais pertinentes aos tributos.

3 - Assim, impertinentes as alegações de ofensa ao princípio da não cumulatividade tributária e à exigência de lei complementar para sua instituição, do mesmo modo que válidos os critérios adotados pelo legislador – Leis 7.990/89 e 8.001/90 – para cálculo e distribuição da receita, ainda que merecedores de críticas.

4 - Apelação a que se nega provimento.

AMS nº 0550298

- 5ª Região

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ART. 20, PAR. PRIMEIRO. EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA DA UNIÃO.

Inexiste inconstitucionalidade na cobrança, pela União, de compensação financeira pela exploração de recursos minerais, prevista no art. 20, par. Primeiro, da Carta Magna, nos termos das leis nº 7.990/89 e 8.001/90.

FINANCEIRO E TRIBUTÁRIO, COMPENSAÇÃO PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS, ARTIGO 20, PARÁGRAFO 1º, CF/88, RECEITA PATRIMONIAL ORIGINÁRIA.

A compensação financeira em questão consubstancia-se em típica receita patrimonial originária do Estado, decorrente do ressarcimento pela exploração dos recursos minerais do seu território, não possuindo natureza jurídica tributária.

Conclui-se, assim, que a jurisprudência vem firmando posição no sentido de determinar que a CFEM não é um tributo.

Passados mais de dez anos da promulgação da Lei nº 7.990, de 1989, a Justiça Brasileira ainda não deu a palavra final sobre a natureza jurídica da CFEM. Porém, mantemos nossa posição de que a CFEM não é um tributo, até porque, como se pode inferir, a CFEM foi elencada no Título III (Da Organização do Estado) e não no Título VI (Da Tributação e do Orçamento) da Magna Carta.

Em contraste com as posições doutrinárias acima citadas, preferimos endossar as conclusões a que chegou Fernando Cesar de Souza Aragão<sup>53</sup>, nos seguintes termos:

---

• <sup>53</sup> Ob. cit. págs. 75/76

“Como se vê, se por um lado a CFIn<sup>54</sup> mantém pontos de contato com a espécie tributo, por outro lado diverge deste em vários aspectos. Aproxima-se do tributo por: tratar-se de prestação pecuniária; obedecer ao princípio da legalidade; apresentar, dentre as suas finalidades secundárias, a obtenção de receita para atender certas necessidades públicas, como a fiscalização da exploração das referidas atividades econômicas relacionadas com a Cfin; e por ser exigida de quem tenha realizado o fato gerador descrito em lei elaborada com fundamento na competência discriminada na CF. Em relação aos desencontros, anota-se: situa-se fora do capítulo tributário da CF; não constitui dever fundamental; não é limitada pelas liberdades fundamentais; e não obedece aos princípios da capacidade contributiva ou do custo/benefício.

Nem todos os aspectos acima mencionados são favoráveis ao enquadramento da Cfin como tributo. Como a definição de tributo, no caso, exige a obediência integral aos parâmetros estipulados, sem o que o instituto analisado não pode ser considerado tributo dentro do conceito oferecido, conclui-se pela natureza não-tributária da Cfin.

Em aditamento às considerações acima, julgamos oportuno também asseverar que a base de cálculo da CFEM é diferente daquela aplicável ao ICMS, visto que o artigo 6º da Lei nº 7.990, de 1989, estabelece que a base de cálculo incidirá sobre o faturamento líquido e não sobre o faturamento bruto, que é a base de cálculo do ICMS.

Vale também salientar, que a receita da CFEM é do tipo originária, visto que ela é devida pelo uso do bem público – designado de recurso mineral – já que a União Federal, proprietária exclusiva desse bem, o transfere ao concessionário, por uma imposição jurídica constitucional, no exato momento de sua retirada da jazida, que é um bem imóvel conforme definido no artigo 84 do Código de Mineração.

---

• <sup>54</sup> Termo usado pelo autor e que é idêntico ao termo que utilizamos CFEM

Fazendo-se uma comparação com a sistemática anterior à Constituição de 1988, a tributação que incidia sobre a extração de minério era o imposto único sobre minerais e quanto ao petróleo e gás era o imposto único sobre lubrificantes. Deste modo, o minerador só estava obrigado a pagar o IUM e não pagava nada à União, pois na realidade ela não era a dona dos recursos minerais. Mas no caso do petróleo e gás, além de pagar o imposto único sobre lubrificantes a Petrobras pagava uma indenização aos entes federados, apesar de que a jazida de petróleo e gás era legalmente de propriedade da União, o que representava na verdade um ingresso de receita, do tipo preço público aos cofres dos referidos entes.

Agora, com as novas regras instituídas pela Constituição Federal de 1988, os recursos minerais passaram a integrar o patrimônio da União e os impostos únicos sobre minerais e lubrificantes, que eram da competência da União, foram extintos, cedendo lugar à incidência do ICMS nas operações com estes produtos, que é da competência exclusiva dos Estados.

Hoje o que determina a Constituição Federal é que os concessionários paguem um preço pela utilização de um bem da União, através do instituto da compensação financeira, e o que é mais significativo, diretamente a cada ente federado, como se infere do art. 8º da Lei nº 7.990, de 1989.

Salvo melhor juízo, entendemos que a compensação pela exploração dos recursos minerais, mais conhecida como CFEM, não tem a natureza jurídica específica de imposto, a despeito da corrente doutrinária existente.

## Seção II

### As Contribuições Sociais

Durante a vigência da Constituição anterior existiam dúvidas quanto a natureza tributária das contribuições sociais.

O Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que é tributária a natureza jurídica das contribuições sociais (RE 177.137-2/RS; RE 141.715-2/PE; RE 146.733/SP; RE 138.284-8/CE).

Neste passo vamos nos ater precisamente sobre aquelas contribuições constantes da Carta Magna de 1988, *in verbis*:

“Art. 149 – Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

Mizabel de Abreu Machado Derzi<sup>55</sup>, com muita propriedade nos deu o seguinte magistério:

“Este dispositivo usou da seguinte técnica para definitivamente encerrar a polêmica e deixar claro insofismável o caráter tributário dessas contribuições: ao invés de simplesmente inseri-las no Capítulo do Sistema Tributário Nacional, expediente de que já se utilizara a Constituição de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda 1, de 1969, expediente que não foi suficiente e que não logrou êxito absoluto, como já referimos, a Constituição de 1988, no art. 149, manda de forma literal e expressa que se apliquem às contribuições os mais importantes princípios constitucionais tributários – da legalidade da irretroatividade – além de todas as normas gerais em matéria de Direito Tributário.”

Na regra do artigo 61 da atual Carta, cabe ao Presidente da República a iniciativa das leis que disponham sobre matéria tributária (§1º). Além disso, é da competência exclusiva da União instituir a contribuição de intervenção no domínio econômico.

---

• <sup>55</sup> *Contribuições*, Revista de Direito Tributário - 48, pág. 223

Ora, a iniciativa da Lei nº 7.990, de 1989, foi do então Senador Ronan Tito (PL nº 45), para atender mandamento constitucional e não há portanto qualquer base para que se possa equipar a instituição da CFEM com a instituição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico, porque não foi isso que os Constituintes pretenderam.

O magistério de Diógenes Gasparini<sup>56</sup> é esclarecedor a respeito de tal exação, senão vejamos:

“As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa ordem, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações dessa natureza que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de poucos.

Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento. Em suma, desafiam o próprio Estado, que se vê obrigado a intervir para proteger aqueles valores, consubstanciados nos regimes da livre empresa, da livre concorrência e do livre embate dos mercados, e para manter constante a compatibilização, característica da economia atual, da liberdade de iniciativa e do ganho ou lucro com o interesse social.

A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. Nesse sentido ensina Duciran Van Marsen Farena (*RPGE*, 32:71), ao enfatizar que: “O instituto da intervenção, em todas suas modalidades, encontra previsão abstrada nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando

---

\* <sup>56</sup> *Direito Administrativo*, 4ª ed, São Paulo, Saraiva, 1995, pág. 429

necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado.”

Para concluir seu raciocínio, Diógenes Gasparini<sup>57</sup> define a intervenção do Estado no domínio econômico como sendo “todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais”.

Paulo de Bessa Antunes<sup>58</sup> dá a sua visão sobre o que entende ser uma intervenção econômica, a saber:

“O Estado sempre se fez presente na economia, e o seu afastamento total da vida econômica é uma utopia despropositada. As teses neoliberais do Estado mínimo ... são falácias cujo sentido ideológico é o de retirar do Estado as suas responsabilidades sociais fundamentais. O que se deve fazer, hoje em dia, é estabelecer mecanismos de intervenção que respeitem realidades existentes no mercado, sem que isso implique que o mercado reine soberano sobre as angústias e necessidades sociais ... A intervenção econômica é uma atividade do próprio Estado, é um comportamento positivo, ou a determinação de que o particular aja em certo sentido.”

Alguns eminentes juristas brasileiros adotaram a posição de que a Compensação Financeira pela Exploração Mineral – CFEM é uma autêntica contribuição de

---

• <sup>57</sup> Ob. cit. pág. 430

• <sup>58</sup> *Direito Ambiental*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1999, pág. 11

intervenção no domínio econômico. Eles defendem essa tese de forma bastante contundente e, escorados num arrazoado fértil em idéias, propugnam pela natureza tributária da CFEM.

Um deles é Dítimar Sousa Britto<sup>59</sup>, ilustre Procurador da Fazenda Nacional, calcado na argumentação básica seguinte:

“17. A norma do art. 20, § 1º, da Carta, assecuratória da participação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na exploração dos recursos ali citados, não apenas antecipa as disposições do art. 21, XII, b, e do art. 23, XI, quanto à extensão dos benefícios dessa exploração àqueles entes públicos, como inova ao oferecer sede constitucional às disposições anteriores da Lei nº 2.004/53, no que respeita à exploração do petróleo, do gás natural e do xisto betuminoso.

18. Ora, quando a norma constitucional dispõe que essa participação pode ser consumada, de modo alternativo, pelo pagamento de um valor monetário, que a lei fixou em termos percentuais sobre o valor da exploração dos bens, ou sobre tarifas fixadas a partir desse valor, está, apenas, efetivando a intervenção no domínio econômico pela via dos direitos de exploração dos bens aos beneficiários necessários dos resultados daquela exploração. Tal contribuição assume, assim, a natureza daquelas previstas no art. 149, da Constituição.”

Continuando na vertiginosa inclinação para qualificar a CFEM como uma contribuição de intervenção no domínio econômico, Dítimar Souza Brito<sup>60</sup> teceu ainda as seguintes observações:

---

• <sup>59</sup> \_\_\_\_\_ Processo 10168.003634/93-47, *apud* Fernando Cesar de Souza Aragão, ob. cit. pág. 162

• <sup>60</sup> IDEM referência 59, ob. cit. pág. 163/170

“24. A toda evidência, não se trata de preço nem de taxa, pois não há contraprestação individualizada por parte do Poder Público. Não se trata, também, de imposto, pois que, não se identificando com qualquer das figuras mencionadas nos arts. 153, 155 e 156, da Constituição, não se ajusta, por igual, com as hipóteses previstas na competência residual constante do art. 154. Mesmo porque a instituição da compensação financeira decorre de norma específica autônoma, que se insere em contexto distinto daquele no qual vicejam os impostos.

25. Restaria, assim, a grande família das contribuições especiais nascidas sob a titulação histórica de parafiscais, o qual, conforme está, agora, explícito no art. 149, da Carta, divide-se em três ramos: contribuições sociais, contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas, e as contribuições de intervenção no domínio econômico.

26. Quanto aos dois primeiros ramos dessa difusa família (contribuições sociais e contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas), dúvida não pode haver de que não albergam a compensação financeira em comento, do que resultaria, como corolário, a sua inserção no multiforme grupo das contribuições de intervenção no domínio econômico.

E, para finalizar, concluiu Ditimar Sousa Britto<sup>61</sup>:

“96 .....  
(a) a compensação financeira de que trata o art. 20, § 1º, da Constituição, instituída pela Lei nº 7.990/89, é uma contribuição de intervenção no domínio econômico e, como tal, tem natureza tributária, estando sujeita às normas do art. 145, da Carta, e, em especial, ao disposto nos arts. 146, III e 150, I e II.”

---

• <sup>61</sup> IDEM referência 59, ob. cit. pág. 190

Quem também advoga a tese que a CFEM é uma típica contribuição de intervenção no domínio econômico é Roque Antônio Carraza<sup>62</sup>, que fez as seguintes considerações para firmar o seu ponto de vista:

“Evidentemente, as *contribuições de intervenção no domínio econômico* só poderão ser exigidas de quem efetivamente vier a se beneficiar atuando num dado setor econômico ou de quem, ao assim proceder, causar especial detrimento à coletividade. Noutras palavras, o legislador federal, só poderá eleger o sujeito passivo de tais *contribuições* dentre os que estiverem diretamente envolvidos com a exploração da atividade econômica que se pretende disciplinar.

Portanto, no caso de exploração de recursos minerais, só poderão ser obrigadas a pagar tais contribuições, as pessoas ou empresas que, mediante concessão ou autorização, a realizarem.

O *quantum* da *contribuição de intervenção no domínio econômico*, na hipótese, deverá, de algum modo, corresponder à indenização a que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios teriam jus, pelos danos sofridos em decorrência da exploração, em seus territórios, dos recursos minerais. (grifamos)

A lei federal, portanto, ao disciplinar o aspecto quantitativo (base de cálculo e alíquota) desta *contribuição de intervenção no domínio econômico*, deverá garantir esta correlação lógica entre o valor do tributo e a dimensão econômica dos prejuízos que a exploração dos recursos minerais causar aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal. (grifamos)

Trata-se de um imposto sobre o resultado da comercialização dos recursos minerais (ele nasce no momento da venda da substância mineral). Imposto que, não

---

• <sup>62</sup> Ob. cit. págs. 19/36/41

estando arrolado no art. 153 da CF, só pode buscar seu fundamento de validade no art. 154, I, do mesmo Diploma Magno. (grifos nossos)

Portanto, a *compensação financeira sobre a exploração de recursos minerais* foi criada dentro da chamada *competência residual* da União. É um imposto, que, por sua finalidade (compensar os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM), pode ser havido por contribuição de intervenção no domínio econômico.

Um imposto, acrescentamos, que, infelizmente, não passa pelo teste da constitucionalidade, já que cumulativo e criado por meio de lei ordinária (e, não, de lei complementar). Queremos deixar patenteado que, se, ao invés disso, a União tivesse criado esta “compensação financeira” dentro da área de sua “competência impositiva explícita” (o que, como vimos, seria perfeitamente possível), tais reparos não caberiam, já que a lei ordinária seria de rigor e o princípio da não cumulatividade não o alcançaria.

A *compensação financeira* em tela foi criada por lei ordinária, não obedece ao princípio da não-cumulatividade e, o que é pior, tem hipótese de incidência e base de cálculo idênticas ao ICMS (imposto de competência estadual).

.....  
Ora, a União, usando o *nome iuris* “compensação financeira”, criou, na verdade, um novo imposto sobre operações relativas a minerais. Malferiu, igualmente, o § 3º, do art. 155, da CF.

O que a União nunca poderia ter feito era criar – como criou – um imposto sobre o *resultado* da comercialização de minerais. Imposto que, por se confundir com o ICMS, está fora do campo tributário (explícito ou residual) da União.”

Pedimos venia para discordar das fundamentações acima expostas e, principalmente, não concordar com a colocação feita por Roque Antonio Carraza de que “*A lei federal ... deverá garantir esta correlação lógica entre o valor do tributo e a dimensão econômica do prejuízo ...*”.

E por que? Simplesmente, porque a contribuição de intervenção no domínio econômico não se presta para garantir qualquer dimensão econômica de prejuízo, ao contrário, a intervenção da União tem como fundamento constitucional assegurar sua atuação de forma a restringir, condicionar ou suprimir a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, como bem asseverou Diógenes Gasparini<sup>63</sup>.

No que pertine à exceção prevista no § 3º do art. 155 do Texto Supremo, tal fato se refere somente às operações com minerais, o que importa reconhecer que o produto mineral já tenha sido transferido da União para o concessionário, passando a partir daí a estar sujeito à legislação estadual do ICMS, isto porque, por uma concepção jurídica, os recursos minerais se transformaram em produtos minerais.

De forma análoga, renomados tributaristas defendiam a tese de que não haveria a incidência da COFINS<sup>64</sup> sobre as operações com minerais por força do § 3º do art. 155 da Estatuto Constitucional. Um deles foi Ives Gandra da Silva Martins<sup>65</sup> cujo ponto de vista era o seguinte:

“O que determina o dispositivo é que o ICMS, o IVVC, o II e o IE são os únicos incidentes sobre as referidas operações, nenhum outro imposto ou espécie tributária podendo sobre elas recair.

---

• <sup>63</sup> Ob cit. pág. 430

• <sup>64</sup> *Contribuição para Financiamento da Seguridade Social*, Lei Complementar nº 70, de 1991

• <sup>65</sup> *Comentários à Constituição do Brasil*, 6º volume, tomo I, São Paulo, Editora Saraiva, 1990, pág. 517

À evidência, a restrição material aos quatro impostos não implica restrição a uma única operação, visto que, pela teoria da não cumulatividade o ICMS poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, combustíveis líquidos e gasosos, lubrificantes e minerais, tantas vezes quantas forem as operações. A explicitação complementar não deixa de hospedar a exclusão de todos os tributos, entre eles taxas, contribuições sociais sobre o faturamento.”

Para um aprofundamento dos aspectos relacionados com o § 3º do artigo 155 da Carta, cabe trazer à colação parte do voto do Relator do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Carlos Velloso<sup>66</sup>, a cerca da constitucionalidade da incidência do COFINS sobre as operações relativas a minerais após a Carta de 1988, *in verbis*:

“I - Legítima a incidência da COFINS sobre o faturamento da empresa. Inteligência do disposto no § 3º do art. 155, C.F., em harmonia com a disposição do art. 195, caput, da mesma Carta. Precedente do STF: RE 144.971-DF, Velloso, 2ª T. RTJ 162/1075.

II – R.E. conhecido e provido.”

.....

## II

O que precisa ser salientado é que o § 3º do art. 155, CF, há de ser interpretado em consonância com princípios constitucionais outros, principalmente com o que está disposto no art. 195, caput, da mesma Carta, que estabelece que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei”. Ora, no raciocínio das recorridas, as empresas de mineração ... estariam isentas da obrigação de contribuir para a seguridade social, assim com aplicação de tratos mortais no princípio isonômico – geral e tributário – que a Constituição consagra: C.F, art. 5º; art. 150, II.

---

\* <sup>66</sup> \_\_\_\_\_ Recurso Extraordinário nº 230.337-RN, conforme publicado no Diário Oficial Estado Rio Janeiro,

### III

Cumpra registrar, ademais, que a Constituição, quando desejou conceder imunidade no tocante às contribuições sociais, foi expressa: § 7º do art. 195: “São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.”

Bem por isso, leciona Lúcia Valle Figueiredo, dissertando sobre o tema:

“Como se verifica no capítulo referente à seguridade social, financiada por toda sociedade, há expressa referência à *imunidade*, chamada de *isenção* das entidades beneficentes de assistência social, entidades essas já liberadas de impostos *ex vi* do art. 150, letra b, da Constituição da República. Depois, porque, *a seguridade social será financiada por toda a sociedade*. A exceção, enfatize-se, está no próprio Capítulo II, do Título VIII, da Seguridade Social, no § 7º do art. 195, já analisado. Todas as imunidades, se verificadas uma a uma, guardam pertinência lógica, com as situações ou pessoas nelas abrangidas, quer sejam subjetivas ou objetivas. Os princípios de igualdade, de capacidade contributiva, repelem interpretação que conduza ao desrespeito desses vetores básicos. Impende perquirir: por que as produtoras de álcool ficariam imunes às contribuições financiadas por toda a sociedade? Ficariam imunes ao imposto de renda, à contribuição sobre a folha de salários? Parece-nos claro que não. Assinale-se que as contribuições para seguridade social integram orçamento separado, embora integrem a lei orçamentária (art. 165, § 5º) da Constituição da República” (Lúcia Valle Figueiredo, *Produtores de Álcool – Imunidade da COFINS – Ausência*, em Revista da AMB, nº 2, agosto-outubro/97).

Ora, a interpretação puramente literal e isolada do § 3º do art. 153 da Constituição levaria ao absurdo, conforme linhas atrás registramos, de ficarem excepcionadas do

princípio inscrito no art. 195, caput, da mesma Carta – “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei ...” – empresas de grande porte, as empresas de mineração ... o que não se coaduna com o sistema da Constituição, e ofensiva, tal modo de interpretar isoladamente o § 3º do art. 155, a princípios constitucionais outros, como o da igualdade (C.F. art. 5º, art. 150, II) e da capacidade contributiva. Não custa reiterar a afirmativa de que a Constituição, quando quis excepcionar o princípio inscrito no art. 195, fê-lo de forma expressa, no § 7º do mesmo art. 195. É oportuna a invocação, novamente, da lição da professora Lúcia Valle Figueiredo:

“Não há dúvida que a Constituição referiu-se, no mencionado § 3º do art. 155, mas, como antes frisado, e, ademais, remarcado em muitos votos proferidos no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, muita vez não há técnica do legislador constituinte, como se verifica quando se referiu à isenção ao invés de imunidade subjetiva (hipótese do § 7º do art. 195). Assim como, ao se detectar inconstitucionalidade, deve-se trazê-la a lume dentro de seu contexto sistemático, por maioria de razão, deve-se exaurir as possibilidades de interpretação para se entender a norma não destoante do texto constitucional, dado que a presunção *juris tantum*, na verdade, é de constitucionalidade. Portanto, se capazes somos de detectar inconstitucionalidades verificando-se contradições, técnicas do legislador, também o esforço interpretativo deve ser na mesma linha, sobretudo quando se afigurar ao intérprete como atentatória a princípios constitucionais tão importantes como os da igualdade e capacidade contributiva (Lúcia Valle Figueiredo, ob. cit.).

Esclareça-se, ao fim e ao cabo, que, no citado RE 144.971-DF, por mim relatado, o objeto da discussão era o PIS. Aqui, trata-se da COFINS, que incide, também, sobre o faturamento (Lei Complementar nº 70, de 30.12.91).”

Neste particular, o STF decidiu afinal pela constitucionalidade da COFINS e que não havia qualquer afronta ao § 3º do artigo 155, visto que os mineradores estavam obrigados a financiar a seguridade social por força do *caput* do art. 195 e somente estavam isentos àquelas entidades tipificadas no § 7º daquele artigo.

No caso da CFEM, é patente e inconteste que se trata de uma prestação pecuniária e jamais poderá ter sua natureza jurídica tipificada como uma contribuição de intervenção no domínio econômico, em razão de a origem da receita vir do patrimônio público e não das operações com minerais.

Além do mais, a CFEM não é instrumento de atuação da União na área da mineração, *ex vi* art. 149 da Magna Carta. Até porque, a própria Carta estabelece a seguinte regra:

“Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Não foi por isso que os Constituintes pátrios criaram a CFEM, nem tão-pouco os legisladores infraconstitucionais elaboraram a Lei nº 7.990. A fundamentação da CFEM foi garantir aos entes federados uma recompensa, pecuniária, pela transferência do recurso mineral para o concessionário. Aí sim reside a mola mestre que impulsiona a engenharia jurídica da CFEM.

Apesar das ponderações dos doutos acima expostas, não advogamos a tese de que a CFEM é uma contribuição de intervenção no domínio econômico. Preferimos concordar com o escólio de Fernando Cesar de Souza Aragão<sup>67</sup>, quando afirma que:

---

• <sup>67</sup> Ob. cit. págs. 81/83

“A contribuição de intervenção no domínio econômico consiste numa prestação devida pelo contribuinte que integra determinado grupo, setor ou atividade econômica, tendo em vista a formação de fundos destinados a beneficiar os contribuintes integrantes do próprio grupo, setor ou atividade econômica. Referida contribuição tem a finalidade de intervir no mercado de determinado produto de interesse do Estado e é criada com base em dispositivo constitucional que autoriza a intervenção do Estado na Economia (*Sistemas Constitucionais Tributários. Tratado de Direito Tributário Brasileiro*, Ricardo Lobo Torres, vol. 2, Tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1986, pág. 640).

A característica principal da contribuição de intervenção no domínio econômico é que a sua receita não se destina a atender às necessidades públicas, nem acessoriamente (*apud* Ricardo Lobo Torres, ob. cit, pág. 638).

A finalidade organizativa em relação aos setores econômicos em questão também não transparece da análise do instituto da Cfin. O instrumento que serviu para dar o impulso inicial nas áreas referidas (energia elétrica, petróleo e minerais) foi a intervenção do Estado como empresário, às vezes monopolisticamente, principalmente nas décadas de 30, 40 e 50. A justificativa de **organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de liberdade de iniciativa** não se aplica à instituição da Cfin, pois esta não foi criada sob referida inspiração. Apesar de certos órgãos da administração direta, envolvidos na fiscalização e incentivo ao desenvolvimento tecnológico dessas áreas, serem aquinhoados com um parcela da receita arrecadada com a Cfin, e a destinação desta ser parcialmente vinculada a atividades relacionadas com os respectivos setores econômicos envolvidos, tais fatos não constituem o *leit motiv* da instituição dessa exação.

De fato, procede o entendimento esposado por Fernando Aragão de que a função principal da CFEM não é promover o desenvolvimento da mineração no Brasil. Até porque este setor já está consolidado a muito tempo.

Por ser um dever constitucional, somente à União é dado o direito de instituir contribuições sociais (art. 149), ficando-lhe reservado só intervir na atividade econômica quando necessária à segurança nacional ou à relevante interesse coletivo (173, CF/88).

Deste modo, não aceitamos a tese de que a CFEM tenha a natureza jurídica de tributo, sob a indumentária de uma contribuição de intervenção no domínio econômico, já que a origem e aplicabilidade da CFEM não se fundamentam sobre operações com minerais, mas sim sobre a desafetação da propriedade dos recursos minerais, que são bens patrimoniais da União Federal, além do que não há a supressão da iniciativa privada nesse setor, como bem frisou acima Diógene Gasparini.

### Capítulo III

## ASPECTOS DO DIREITO FINANCEIRO

### Seção I

#### Os Entes Estatais

A Nação Brasileira está organizada de conformidade com a Carta Magna, a saber:

“Art. 18 – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

A autonomia, a que alude o artigo 18 da Magna Carta, foi muito bem caracterizada por Raul Machado Horta<sup>68</sup> como sendo:

“... a revelação de capacidade para expedir normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos.”

Considerando que os nossos Constituintes decidiram agraciar à União a titularidade (art. 20) dos potenciais de energia hidráulica (VIII) e dos recursos minerais, inclusive os do subsolo (IX), os mesmos Constituintes asseguraram aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos da administração direta da União, uma participação no resultado da exploração de tais bens, inclusive de petróleo e gás ou uma compensação por essa exploração (§ 1º).

E caberá a cada ente da federação aplicar autonomamente os recursos que vierem a arrecadar, salvo no que pertine a restrição imposta na Lei nº 7.990, de 1989, com a redação dada pelo artigo 3º da Lei nº 8.001, de 1990, in verbis:

“Art. 8º - O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei ... será efetuado mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União ... vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal.” (grifos nossos)

Curioso notar, que cada ente federado terá autonomia própria para receber diretamente a parte que lhe cabe no resultado financeiro da compensação financeira devida, fato esse que está ensejando a determinados Municípios pleitearem ações de cobrança da CFEM em face de concessionários de lavra, independentemente da anuência ou autorização prévia da União (DNPM) e dos Estados.

---

\* <sup>68</sup> *Estudo de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995, pág. 426

Na verdade, a Constituição Federal define com muita clareza a competência de cada ente federado. E quando houver conflitos entre eles, caberá à Lei Complementar dirimir tais dúvidas, nos precisos e claros termos do artigo 146, I, do Estatuto Maior. Além disso, a própria Constituição veda aos entes federados a instituição de impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros (letra "a", VI, art. 150).

## Seção II

### Finanças Públicas

A reforma do Estado Brasileiro, que vem sendo implantada na atualidade, busca diminuir o seu tamanho e evitar que se gaste mais do que se arrecada.

Para que haja uma efetiva sintonia entre as receitas, as despesas e os investimentos públicos, haverá que existir um planejamento muito bem elaborado para que os entes federados possam, de forma segura, administrar corretamente os seus direitos, de um lado, e as suas obrigações, do outro.

É bem verdade que as finanças públicas necessitam ter regras claras e bem definidas para que os chefes dos entes federados possam se orientar de forma uniforme e cumprir o que tais normas determinam. E a base desse princípio está insculpida no artigo 163 da Constituição Federal, que exige para a sua fundamentação a existência de uma Lei Complementar.

Passados mais de 12 (doze) anos da promulgação da Carta, o Congresso Nacional ainda não promulgou a referida lei complementar. Para suprir essa lacuna, a Lei nº 4.320, de 1964, vem sendo utilizado pelos entes federados como o arcabouço legal vigente.

Valemo-nos dos ensinamentos de Ricardo Lobo Torres<sup>69</sup>, nos seguintes termos:

“A Constituição Orçamentária carece de complementação legislativa para que possa se concretizar. A lei complementar orçamentária não chega a constituir novidade, pois já existia no regime anterior, embutida na idéia de normas gerais de direito financeiro, que se consubstanciavam na Lei nº 4.320, de 17.3.64, até hoje vigente. A edição de normas orçamentárias por lei complementar, como determina a CF, tem a vantagem de torná-las irrevogáveis por lei ordinária, o que não acontece no direito estrangeiro.”

José Cretella Junior<sup>70</sup> tem a seguinte opinião:

“Cabe à lei complementar dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual (art. 165, § 9º, I). Classifica-se esta lei como lei federal nacional, que revoga a Lei nº 4.320/64, que dispõe sobre normas gerais de Direito Financeiro.”

A existência de orçamentos públicos, tanto para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios é de fundamental importância para facilitar o levantamento de dados e informações próprias de tais entidades federadas, com o que se permitirá propor a realização de programas nacionais, regionais e locais mediante a consolidação dos orçamentos e balanços do setor público brasileiro. Vale dizer, deverão ser equalizadas as receitas frente aos investimentos e despesas.

---

• <sup>69</sup> Ob. cit. págs. 41/42

• <sup>70</sup> *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2ª ed. vol. VII, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1990, pág. 3.798

A Administração Pública necessita de recursos financeiros para realizar os gastos públicos. Dá-se o nome a esses recursos financeiros de receitas públicas. Como nos ensina Aliomar Baleeiro<sup>71</sup>, são derivadas as receitas:

“... caracterizadas pelo constrangimento legal para sua arrecadação, contam-se os tributos e as penas pecuniárias, em resumo, rendas que o Estado colhe no setor privado, por ato de autoridade ...”

Isto porque, o artigo 9º da Lei nº 4.320, de 1964, reza que:

“Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da Constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinando-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.” (nós grifamos)

Em outro ponto, nos revela Aliomar Baleeiro<sup>72</sup> que são originárias as receitas:

“... provenientes dos bens e empresas comerciais ou industriais do Estado, que os explora à semelhança de particulares, sem exercer os seus poderes de autoridade, nem imprimir coercitividade à exigência de pagamentos ou à utilização dos serviços que o justificam, embora, não raro, os institua em monopólios. A essas receitas originárias corresponderia a noção de preços ...” (grifamos)

Na concepção de J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis<sup>73</sup>:

- 
- <sup>71</sup> *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, pág. 127
  - <sup>72</sup> IDEM ob. cit., 1998, pág. 127
  - <sup>73</sup> *A Lei 4.320 Comentada*, 28ª ed, Rio de Janeiro, IBAM, 1998, pág. 27

“A lei não define *receita*, limitando-se a determinar e estabelecer uma classificação econômica ...

A *receita*, na Administração Pública se origina tanto em decorrência do poder de império da entidade de direito público interno, como do poder de gerir seu patrimônio econômico-administrativo.”

Diante das condicionantes acima, fica patente a necessidade de se delimitar a natureza jurídica da CFEM, para que se possa classificar corretamente a receita arrecadada sob esta rubrica pelas entidades de direito público interno, levando-se em conta que não se trata de receita derivada, como já tivemos a oportunidade de abordar em linhas passadas.

### Seção III

#### Preço Público

Dentre as receitas que ingressam nos cofres das entidades de direito público, temos aquela denominada de preço público.

O escólio de Ricardo Lobo Torres<sup>74</sup> nos dá uma idéia de como é complexo tal assunto, na hipótese de prestação de serviço público, senão vejamos:

“Os termos preço público e tarifa usam-nos a doutrina e jurisprudência como sinônimos, para significar o ingresso não-tributário devido ao Estado Administrativo Intervencionista como contraprestação por benefício recebido.

---

\* <sup>74</sup> Ob. cit. pág. 160

O conceito de preço público, embora muito complexo, pode ser sintetizado como a prestação pecuniária, que, não sendo dever fundamental nem se vinculando às liberdades fundamentais, é exigida sob a diretiva do princípio constitucional do benefício, como remuneração de serviços públicos inessenciais, com base no dispositivo constitucional que autoriza a intervenção no domínio econômico.”

Verifica-se, pois, que no caso a inessencialidade do serviço público é o fundamento sob o qual se consolida o preço público.

Diogenes Gasparini<sup>75</sup> afirma que não é fácil oferecer a noção exata do significado de serviço público, fazendo as seguintes ilações:

“A locução em apreço comporta, pelo menos, três sentidos: o orgânico, o material e o formal. Em sentido orgânico, também chamado subjetivo, o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública. Equivale, pois, a um organismo ou parte do aparelho estatal. Em sentido material, também designado objetivo, o serviço público é uma função, uma tarefa, uma atividade da Administração Pública, destinada a satisfazer necessidades de interesse geral. Em sentido formal, serviço público é a atividade desempenhada por alguém (Poder Público ou seus delegados) sob regras exorbitantes do Direito Comum. É a submissão de certa atividade a um regime de Direito Público.”

Pondera Luiz Emydgio F. da Rosa Jr.<sup>76</sup>, que preço de serviço público:

---

\* <sup>75</sup> Ob. cit. pág. 209

\* <sup>76</sup> *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*, 11ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pág. 56

“É aquele que o Estado estabelece para remuneração de certos serviços seus, individualizáveis e divisíveis, que não devem constituir objeto de exploração particular, mediante critérios que tornem os seus preços sempre mais baixos que os da economia privada.”

Também oportunas são as palavras de Roy Reis Friede<sup>77</sup>, a respeito da conceituação de serviço público:

“A doutrina nos oferece uma série de definições para serviço público, que variam conforme o critério em que estão baseadas. Assim, segundo a noção *orgânica*, o serviço público é somente aquele prestado por órgãos públicos. Essa definição não parece razoável, na medida em que não avalia o grau de essencialidade do serviço, tornando irrelevante qualquer tentativa de distinguir serviço público, em sentido estrito, de serviço de utilidade pública. A esse entendimento, filia-se Gaston Jezé quando conceitua: “serviço público é a única atividade prestada pelo Estado.”

.....  
Por fim, há que ser citado o Prof. Heij Lopes Meirelles, autor da definição que melhor parece esclarecer o termo: “Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.

Pelo que se depreende, por estarem tais serviços à disposição do cidadão, necessariamente esse preço deverá representar um valor coerente e suficientemente correto para restituir à Administração Pública os valores gastos para colocar aquele serviço à disposição do cidadão. Se o valor do preço exorbitar esse custo, julgamos que ocorrerá um enriquecimento sem causa da Administração Pública, posto que a ninguém é dado o direito de se locupletar com o dinheiro alheio.

---

• <sup>77</sup> 1.000 Perguntas de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, págs. 305/306

Como se sabe, existem alguns pontos de contato entre o preço público e a taxa. Tem-se entendido que se o serviço, em razão do poder de polícia, for essencial e posto à disposição do contribuinte haverá taxa (art. 145, II, CF 88). Mas se o serviço é voluntário e não compulsório será preço. Até porque a taxa:

“... é tributo cobrado de quem se utiliza de serviço público especial e divisível, ou de quem tem à sua disposição tal serviço. O fato gerador da taxa é o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível (CTN, art. 77)”, *ex vi* TRF, 1ª Região, 3ª Turma, Decisão Unânime. (Apelação em Mandado de Segurança nº 91.01.130285/MG. Relator: Juiz Vicente Leal. DJU, pág. 947, em 7 nov 1991).

Enquanto que o preço público:

“... é tipo de receita originária, sem qualquer coação, e que tem por fonte de recurso o próprio setor público”, *ex vi* TRF, 1ª Região, 3ª Turma (Decisão Unânime. Apelação Cível nº 93.37098-0/DF. Relator: Juiz Tourinho Neto. DJU, pág. 9.313, 14 mar 1994).

Diante das substantivas contribuições lançadas tanto pela doutrina como pela jurisprudência pátria, podemos considerar que preço público é facultativo, podendo ser fixado pela autoridade administrativa competente, devendo representar a retribuição de um valor em relação à utilização de serviços públicos, por isso a receita gerada jamais será tributária.

Apesar das considerações acima, algumas decisões judiciais têm entendido que a CFEM é um típico preço público. Examinemos, pois, a fundamentação utilizada pelo Juiz Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária de Santa Catarina, Dr. Otávio Roberto Pamplona<sup>78</sup>, a saber:

---

\* <sup>78</sup> \_\_\_\_\_ Processo nº 95.0002755-0/SC

“.....  
Dessume-se das disposições constitucionais suso referenciadas, que os recursos minerais são bens da União, permitindo-se a ela deferir a concessão ou autorização para particulares os explorarem, garantido-se, entretanto, uma remuneração por essa exploração, que se dará, nos termos do § 1º, do artigo 20, pela participação no resultado dessa exploração ou mediante **compensação financeira por essa exploração.**

Essa participação no resultado da exploração ou compensação financeira, portanto, nada mais são que fórmulas constitucionalmente previstas para a remuneração do uso do bem público, uso esse permitido por meio de concessão ou autorização, nos termos do artigo 176, § 1º, CF.

E, como tal, caracteriza-se como preço público, e não como tributo, quer da espécie imposto, como afirmam as impetrantes, quer da espécie taxa, como poderiam outros sustentarem.

.....  
No mesmo sentido o escólio do festejado mestre Zelmo Denari (A Utilização Privativa dos Bens Públicos, publicado em Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, RT vol 8 jul/set 994, pag 230/239), após longa e percuciente análise sobre vários aspectos do tema, entre eles o da natureza jurídica da remuneração pelo uso de bem público, conclui:

“Por todo o exposto, aplicando-se essas idéias ao tema em debate, a conclusão que se impõe é a de que, no Direito Brasileiro, o uso privativo do bem público deve ser remunerado através de preços, ou seja, uma receita originária, **DE NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA**, resultante da exploração econômica do patrimônio público.”

Inegável, pois, a natureza não tributária da remuneração pela utilização de bens públicos, que é paga mediante preço.

Ora, a compensação financeira instituída pela Lei 7.990/89, nada mais é do que a contraprestação devida pelo concessionário ou autorizatário que se utiliza do bem público, compensação essa a que se refere expressamente a Constituição Federal. Se assim é - remuneração pelo uso de bem público - é patente a sua natureza não tributária, caracterizando-se como preço. (grifamos)

.....  
Destarte, sendo a CFEM preço, e não tributo, a ela não se aplicam as limitações constitucionais ao poder de tributar, de modo que todas as alegadas inconstitucionalidades suscitadas pelas impetrantes não têm o mínimo de amparo jurídico, pois que partiram elas de uma premissa falsa, qual seja, de que a CFEM era tributo, de modo que a sua conclusão – inconstitucionalidade – também só pode ser falsa.”

Analisemos, também, as palavras da Juíza Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dra. Vera Carla Nelson de Oliveira Cruz<sup>79</sup>, *in verbis*:

“No mérito, o Mandamus carrega a invocação de inconstitucionalidade da exigência consagrada na lei 7990/89 à consideração de que, sendo tributo, impõe-se-lhe a aplicação dos artigos 154, I, e 155, § 3º, da Constituição da República.

Data máxima venia, não antevejo natureza tributária na exação disciplinada nas Leis nºs 7.790/89 e 8.001/90.

• <sup>79</sup> \_\_\_\_\_ Processo nº 92.13441-6, sentença confirmada pelo TRF – 1ª Região (processo nº 94.01.005770/DF)

A compensação pecuniária, normatizada nessas leis, tem assento constitucional no artigo 20 do Estatuto Fundamental, o qual versa sobre os bens da União, prescrevendo em seu § 1º regra de atenuação em favor dos demais entes federados e órgãos da Administração Direta da União, já que em seus incisos VIII e IX insere os potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais, inclusive os do subsolo, no domínio da União Federal.

A **ratio** da norma constitucional é insofismável, qual seja, compensar os beneficiários, elencados no dispositivo transcrito, pela exploração mineral e de recursos hídricos, em seus respectivos territórios (plataforma continental, mar territorial e zona econômica exclusiva) posto que a titularidade de tais bens é da União Federal.

Por outro prisma, não se pode olvidar que o Texto Constitucional (art. 145) adota a teoria dos fatos geradores vinculantes, a partir da divisão tripartite das espécies tributárias, a qual permite a identificação destas a partir da respectiva hipótese de incidência. Esta, independente do **nomem iuris** e da destinação da receita (CTN, artigo 4º), define a imposição fiscal, se em caráter vinculado ou não, em função do núcleo relevante (atuação estatal ou do contribuinte).

Portanto, a lume desse regime jurídico, a espécie **sub judice** não assume feição tributária, sendo irrelevante a adoção, em seu regulamento de termos comuns a esse ramo do direito, para a expressão da norma de incidência (fato gerador, contribuinte, alíquota, base de cálculo). Diversamente, sua natureza se conforma, em plenitude, com os preços públicos, já que decorre de **exploração de bem público**. (grifos nossos)

Poder-se-ia, **ad argumentandum**, cogitar sobre a inadequação da classificação, em face do caráter contratual, inerente aos preços. A meu ver, todavia, tal premissa

não invalida a assertiva anterior, em face do objeto constitucional da exigência. O tratamento negocial dos foros, laudêmios e alugueis, de nuance facultativa, não pode guardar semelhança com regime jurídico dos bens em questão, cuja exploração está estritamente disciplinada pela Carta, a qual, dentre outras tutelas sobre os mesmos, estabeleceu a compensação em causa. Esta, nada mais é do que a forma consagrada, pelo legislador constituinte, para ressarcir a exploração de bem público da União Federal, em benefício de entes federados e de órgãos da administração direta da União.” (grifamos)

Como se pode observar, as decisões monocráticas tecem comentários interessantes, que colocam novos argumentos sobre a natureza jurídica da CFEM, visto que a mesma tem sido objeto de várias classificações, pois ora é considerada como imposto, contribuição de intervenção no domínio econômico, *royalty*, indenizações e até há quem identifique que ela tem por finalidade “o fortalecimento do regime federativo, pois ela estimula o equilíbrio e a harmonia entre os três níveis da Federação”.

É muito oportuno trazer à colação as ponderações feitas por Ricardo Lobo Torres<sup>80</sup>, quando aborda a questão da classificação das receitas públicas, nos seguintes termos:

“... a classificação mais utilizada é a que separa as receitas derivadas das originárias. *Derivadas* são as provenientes da econômica privada, representada pelo tributo, pelos ingressos parafiscais e pelas multas. *Originárias* são as que decorrem da exploração do patrimônio do Estado, compreendendo os preços públicos, as compensações financeiras e os ingressos comerciais.” (grifamos)

---

• <sup>80</sup> Ob. cit. pág. 158

Para nós, a questão, em síntese, versa sobre propriedade de bens públicos, *ex vi* do inciso IX do artigo 20, combinado com o *caput* do art. 176, ambos da atual Carta Magna, que de forma indubitável prescrevem que os recursos minerais são patrimônios da União.

Nas regras consagradas nas Cartas anteriores, os recursos minerais eram bens inapropriáveis individualmente, visto que não havia reserva constitucional tipificando o seu titular, o que caracterizava que tais bens (recursos minerais) eram de fruição geral da coletividade (“res nullius”), mais precisamente, eram bens da Nação.

Ao contrário da regra anterior, hoje impera o domínio federal sobre a propriedade dos recursos minerais, não havendo espaço para qualquer outra interpretação. Assim, exterioriza-se o domínio público federal sobre tais bens de tal forma que somente é permitido à União deferir a autorização ou concessão a particulares para explorá-los, porque são seus tais bens.

Em contrapartida, este mesmo particular ficará obrigado, nos termos do § 1º do artigo 20 da Carta Política, a remunerar, através de participação no resultado dessa exploração, ou mediante compensação financeira por essa exploração, os Estados, Distrito Federal e os Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União.

Torna-se, assim, necessário aprofundarmos o estudo sobre o conteúdo jurídico do conceito e classificação dos bens públicos, visto que os recursos minerais ganharam status constitucional e, por tal razão, só poderão vir a perder sua relação jurídica como bens públicos de conformidade com a própria Carta Magna, como tentaremos explicitar no Título III adiante.

## TÍTULO III

### A NORMATIZAÇÃO DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA MINERAL - CFEM

#### Capítulo I

#### A NATUREZA JURÍDICA

#### Seção I

#### Os Fundamentos

O título aquisitivo à lavra mineral nada mais é que um direito pessoal, e como tal é um ato-meio, pois não se encerra quando outorgado, haja visto que o objetivo do concessionário é o ato-fim, ou seja a extração, o beneficiamento e a venda do minério.

A outorga da concessão de lavra é matéria vinculada a critérios e normas legais próprias contidas na Carta Magna e no Código de Mineração. Difere, por isso mesmo, em muitos daqueles conceitos inerentes e próprios do instituto da concessão adotado pelo direito administrativo tradicional. A concessão de lavra é o resultado alcançado pelo minerador, do tipo prêmio, pelo seu esforço em investir recursos, de altíssimos riscos, e tempo na busca, identificação, exploração e transformação de um depósito mineral em jazida mineral, para, somente após anos e anos de trabalho, ser-lhe concedido o direito de promover a exploração e o aproveitamento industrial dos recursos minerais contidos na jazida, os quais, repita-se, são bens da União.

A respeito do binômio exploração e aproveitamento, inseridos no *caput* do artigo 176 da Carta Política, De Plácido e Silva<sup>81</sup> nos ensina o seguinte:

“APROVEITAMENTO - Na terminologia jurídica, o vocábulo tem variadas aplicações, todas elas neste mesmo sentido representativo da *utilização*, do *benefício* ou da *vantagem*. APROVEITAMENTO INDUSTRIAL – Utilização de uma riqueza natural, nativa no solo ou no subsolo, para transformá-la em produtos úteis à coletividade, quer sejam para o consumo geral, quer sejam para o uso privado ou público.

Em análoga circunstância, entende-se a utilização de quedas de água para transformar seu potencial hidráulico em energia elétrica.

Quaisquer dessas utilizações, desde que se refiram às minas de qualquer espécie, jazidas minerais, quedas de águas, mesmo que tais minas, jazidas ou quedas se encontrem em terreno sob domínio privado, para que sejam exploradas, necessitam de autorização ou concessão do governo federal.

Aproveitamento em tal sentido, tem sinonímia com o termo *exploração*. E assim tanto se dirá aproveitamento industrial, como exploração industrial.”

Na verdade, o minerador não atua como agente contratado pela União, pois não há qualquer tipo de prestação de serviço público. Sua atividade tem objetividade bem definida, que é extrair e comercializar o minério encontrado na jazida. E o que é mais significativo, uma vez retirado do patrimônio da União, pois essa lhe autoriza para tanto, o fragmento desse imóvel passa a pertencer ao minerador “*erga omnis*”, por força de comando constitucional e não contratual.

---

• <sup>81</sup> *Vocabulário Jurídico*, volume I, 2ª edição, São Paulo, Forense, 1967, pág. 141

Por isso, o instituto da concessão de lavra, adotado pelo Código de Mineração, é especial e se traduz em uma atividade econômica de cunho extrativista industrial (art. 176, CF 88), cabendo ao Estado o papel de fiscalizador (art. 174, CF 88), pelo exercício do poder de polícia, visto que, na opinião de Caio Tácito<sup>82</sup>:

“A Administração está obrigada, no exercício de suas atividades, a cumprir determinados objetivos sociais e, para alcançá-los, obedece a um princípio de especialização funcional: a cada atribuição corresponde um fim próprio que não deve ser desnaturado.”

Diferentemente, a concessão de serviço público é um instrumento pelo qual o Estado, ou quem por ele estiver autorizado, exerce a atividade de prestador de serviço público em favor e benefício dos seus administrados. O regime de concessão de serviço público, que não pode abranger a concessão de lavra, tem por fundamento o artigo 175 do Estatuto Mor, que delegou à lei dispor sobre: “*I) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II) os direitos dos usuários; III) política tarifária; e IV) a obrigação de manter serviço adequado.*”

Hely Lopes Meirelles<sup>83</sup> sentencia, com maestria, que:

“Pela concessão, o poder Concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega, apenas, a execução do serviço, nos limites e condições legais contratuais, sempre sujeita à regulamentação e fiscalização do concedente.”

---

• <sup>82</sup> *Tema de Direito Público*, 2º volume, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pág. 1.814

• <sup>83</sup> *Ob. cit.* pág. 348

E foi através da Lei nº 8.987, de 1995, que aquele mandamento constitucional foi regulamentado no direito positivo brasileiro. Não pretendo abordar a sistemática adotada pela referida norma, mas vamos, porém, fazer uma pequena incursão para demonstrar algumas diferenças básicas entre a concessão de lavra e a concessão de serviços públicos.

Nesta última, prevalece intrinsecamente a manifestação da vontade das partes, mediante anuência de parte a parte disposta em um contrato. Assim, a primeira grande diferença existente é a forma contratual como se desenvolve a concessão de serviços públicos, que para o art. 2º da Lei nº 8.987, de 1995, considera-se como sendo:

“A delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresa que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.” (grifamos)

Difere em número e grau o conteúdo jurídico das regras da concessão de serviço público, principalmente levando-se em conta a necessidade da existência de licitação, na modalidade de concorrência, para a validade do ato jurídico, fato esse que descaracteriza, de forma substancial, as condicionantes inerentes à concessão de lavra.

Além do que, a concessão de lavra não está submetida a prazo determinado, como é obrigatório para a concessão de serviço público. Ao contrário, a concessão de lavra vigorará por prazo indeterminado, visto que, nos termos do § 1º do artigo 176 do Estatuto Constitucional, somente “a *autorização de pesquisa é que vigorará por prazo determinado*”. Além do mais, o Código de Mineração não determina o prazo de validade da concessão de lavra.

Feitas estas observações, passemos a examinar mais detalhadamente o instituto da concessão de lavra, regulada no Código de Mineração, que foi recepcionado pela Carta Magna.

Claro fica, por linhas transversas, que o concessionário não recebe a propriedade ou o direito correspondente sobre a propriedade da jazida, ou mina. Apenas lhe será permitido extrair, beneficiar e vender o minério existente na jazida, caso as condicionantes técnicas venham a ser consideradas válidas do ponto de visto econômico.

É bem verdade que o Código de Mineração de 1967 (art. 84) declara, textualmente, que a jazida é bem imóvel, distinto do solo onde se encontra. Apesar disso, o título de concessão de lavra não transmite o enfoque de natureza real. Tanto que as dívidas e gravames resolvem-se com a extinção da concessão, cabendo às partes solucionarem, entre si, os seus direitos, nunca sobre a jazida, *vis-à-vis* o § 3º do artigo 55 do Código de Mineração.

Por outro lado, eventuais direitos reais que se acoplam ou se incorporam ao direito pessoal do título da concessão de lavra, não têm o condão de descaracterizar a natureza mobiliária do minério extraído. As regras estatuídas nos artigos 47 e 48, I, do Código Civil, não deixam quaisquer dúvidas de que os bens suscetíveis de movimento ou remoção são tidos como móveis.

Além do mais, ao ser outorgada a concessão de lavra, a União Federal, titular do direito real (jazida), imite o concessionário na posse direta desse direito real, para o fim de tornar possível, ao concessionário, promover o aproveitamento econômico da jazida, mediante a retirada do resultado da fragmentação do direito real, que se resume no produto da lavra, o qual é, por conseguinte, um direito pessoal do concessionário, face a existência de um bem móvel disponível, o qual passou a integrar o seu patrimônio particular.

A União Federal, na verdade, transfere ao concessário de lavra um direito personalíssimo, que se consubstancia na possibilidade única e exclusiva de extrair, como seu, a parte fragmentada dos recursos minerais dispostos na jazida.

Há, realmente, uma obrigação de parte a parte quando do surgimento, no mundo jurídico, do título da concessão de lavra. De um lado, a União Federal, como detentora do domínio sobre a jazida (o principal) se obriga a permitir que o concessionário de lavra extraia todo o minério (o acessório) desse bem imóvel (jazida), que tem um considerável conteúdo econômico.

Do outro, o concessionário, como detentor da posse direta da jazida – que é uma posse de direito e não de fato, esta prevista na lei civil - assume a obrigação personalíssima de extrair o minério da jazida, na forma do plano de aproveitamento econômico aprovado pela própria União Federal. E o que é mais significativo, o concessionário não poderá paralisar a extração do minério (art. 49 do Código de Mineração) até o completo esgotamento do bem imóvel (jazida), sob pena de vir a decair desse direito.

Mas será que existe um instrumento de transferência (cessão) da jazida da União para o concessionário? Apesar de a condição forçada do concessionário de lavrar a jazida até a sua exaustão, com a conseqüente destruição, pelo aproveitamento, dos recursos minerais lá encontrados, não há uma cessão da titularidade da jazida, que é bem imóvel (dominial). E essa afirmação é válida simplesmente porque a União não decai do seu direito de titular da jazida mineral, enquanto esta contiver recursos minerais.

Então, o que há de verdadeiro que assegure ao concessionário exaurir por completo a jazida, que é propriedade da União?

Para que possamos avaliar com acerto o conteúdo jurídico da concessão de lavra, deveremos examinar qual o conceito jurídico do produto da lavra, em confronto com o disposto no inciso IX do artigo 20 e no “*caput*” do artigo 176 (*in fine*) ambos da Constituição Federal em vigor, que é o grande divisor de águas na conceituação da CFEM.

Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira<sup>84</sup> a palavra produto é derivada do latim “*productu*” e tem como conceituação: “*aquilo que é produzido pela natureza*”. Para o mesmo autor<sup>85</sup>, o conteúdo da palavra “lavra”, que deriva do verbo *lavar* (extrair), poderá ser conceituado como terreno de mineração; lugar onde se extrai ouro ou diamante. Logo, é o local onde se operam os trabalhos de extração de minérios.

O Código de Mineração define que lavra (art. 36) é “*o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas*”. E conjugando essa definição com aquela dada por De Plácido e Silva<sup>86</sup> de que o aproveitamento industrial é a “*utilização de uma riqueza natural ... para transformá-la em produtos úteis à coletividade ...*”, podemos afirmar que produto da lavra é o resultado daquilo que se retira da natureza (jazida) com a conotação de minério úteis à coletividade.

Os nossos Constituintes de 1988 inovaram ao trazerem ao texto Constitucional que o concessionário, ao extrair o minério da jazida, se tornará o proprietário do produto da lavra. É evidente que tal peculiaridade, no campo do direito pátrio, induz a seguinte indagação objetiva: por que e como se dá a transferência do minério extraído da propriedade denominada jazida mineral, que é um bem dominial da União Federal, para o concessionário da lavra?

É de fundamental importância essa conotação jurídica que fora assegurada ao concessionário, pois elimina qualquer dúvida sobre o que realmente lhe é garantido e assegurado, quando detiver ele a titularidade da concessão de lavra.

Essa inegável concepção jurídica, constitucional, tem aplicação imediata sobre o relacionamento que passará a existir entre os entes públicos e o concessionário da lavra. Este adquire um *status* que não lhe poderá ser subtraído a não ser que, em nome dos

---

• <sup>84</sup> *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª ed, 14ª impr, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975, pág. 1.141

• <sup>85</sup> *Ob. cit.* pág. 824

• <sup>86</sup> *Ob. cit.* pág. 141

superiores interesses coletivos que invalidam o aproveitamento mineral, a lavra da jazida vier a ser considerada prejudicial ao bem público ou se o concessionário de lavra deixar de honrar com suas obrigações, de acordo com o estabelecido no Código de Mineração e legislação pertinente. Fora desses parâmetros, o concessionário de lavra não perderá jamais o direito que detém sobre a exploração e o aproveitamento da jazida, até a sua completa exaustão.

Até porque, jamais será lícito à União Federal reivindicar a coisa do poder de quem a detenha. Quem detém o poder sobre o "produto da lavra" é o concessionário. Somente a ele é assegurado constitucionalmente esse direito. Diríamos até que é um direito perpétuo, porque uma vez alcançada tal situação, o concessionário ficará a salvo de qualquer reivindicação sobre a titularidade do bem móvel, enquanto produto da lavra, mesmo após a revogação da concessão de lavra, consoante os precisos e claros termos do artigo 5º, LIV, da Carta Constitucional, caso tenha ele pago a CFEM.

Cumprindo, ainda, salientar que em se verificando o exaurimento da jazida, pela sua regular extração, o concessionário de lavra não estará obrigado a recompô-la no *status quo*. E como consequência desse exaurimento, a jazida como sendo bem imóvel distinto do solo, para efeito de seu aproveitamento econômico, na verdade deixará de existir na prática, seja jurídica ou fisicamente, sobrevivendo apenas o solo, cuja competência constitucional para regulá-lo cabe ao Município (CF, 30, VIII).

A jazida é uma concepção técnico-jurídico, definida no artigo 3º, item I, do Código de Mineração. Como unidade corpórea, a jazida vai aos poucos desaparecendo à medida que o concessionário, ou lavrista, promove o aproveitamento do minério lá encontrado. Na verdade, o que está se consumindo é o próprio imóvel que se traduz pela jazida, isso porque, o minério que vai sendo retirado da jazida, adquire a característica de produto, perdendo a condição de bem imóvel, enquanto integrante da jazida, que na verdade é distinta do solo, para efeito desse aproveitamento.

Parece até um contrasenso afirmar que o concessionário de lavra não é titular de um direito real mas sim de um direito pessoal daquele resultante. Ele detém de fato e de direito um privilégio inegável que lhe autoriza, com base na Carta Magna, promover a extração de um bem que constitucionalmente foi tipificado como sendo da União Federal. E a própria União Federal está impedida de promover a extração do minério que é seu, sendo forçada a permitir, ou melhor conceder, esse direito ao concessionário de lavra, para que este o faça em nome daquela.

Mas que direito é esse que a União Federal detem e que basicamente somente interessa ao concessionário de lavra e ao mercado por ele abastecido? Será que os nossos Constituintes não pensaram em alguma forma de recompensa pela perda irrecuperável do minério extraído?

Essa é a questão que salta aos olhos quando se analisa sob o ponto de vista econômico a relação, aparentemente ilógica, existente entre o concessionário de lavra e os entes federados.

Necessariamente, cabe argumentar que o concessionário de lavra ao receber o título herda tudo aquilo que há de mais dinâmico e real sobre a jazida, principalmente a propriedade sobre o minério que vier a ser extraído, durante a vida útil do corpo mineralizado, este de propriedade da União.

Será que essa herança corresponderá também à transmissão da propriedade do produto da lavra? Haverá necessariamente um ato específico de transmissão e transformação do recurso mineral para o produto mineral?

O Código de Mineração não nos dá qualquer pista ou resposta a este questionamento. Muito ao contrário, nele só encontramos as condicionantes que elucidam e corporificam à titulação da concessão de lavra.

As outras leis infraconstitucionais também não nos asseguram qualquer identidade nesse sentido, muito ao contrário, não fazem qualquer referência à própria natureza jurídica da mutação, do recurso mineral, de titularidade da União, para o produto mineral, de titularidade do concessionário de lavra.

Mesmo assim, consideramos que essa mudança só poderá ser uma conceituação jurídica, não resta outro entendimento.

Enquanto inertes na terra, tais recursos *in natura* não revelam qualquer identidade ou mesmo existência legal ou econômica. É como se fosse um nascituro que está aguardando que alguém faça o papel da “cegonha” e traga para o mundo real aqueles recursos minerais. Essa radical alteração jurídica acarreta mudanças na estrutura de tais bens, seja a nível fiscal, tributário e patrimonial.

Do ponto de vista conceitual, o ato de extrair dá o tom da mudança de bem imóvel para móvel, pois ao serem arrancados do seio da terra os recursos minerais perdem a condição de bens imóveis integrantes da jazida e adquirem a feição de bens corpóreos, logo produtos minerais.

A única resposta plausível que encontramos aos questionamentos acima está contida na própria da Magna Carta, cuja fundamentação consiste na desafetação dos recursos minerais, consubstanciado pela interpretação conjunta do § 1º do artigo 20 com princípios constitucionais outros, principalmente com o que está disposto no inciso IX do artigo 20, combinado com o *caput* do artigo 176 (*in fine*), da mesma Carta, que estabelece que “*São bens da União, os recursos minerais*” e “*As jazidas ... e demais recursos minerais ... pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra*”, respectivamente.

Logo, a regra, que define a *ratio* da questão, passa necessariamente por uma condição financeira que deverá existir para dar respaldo jurídico e legal à desafetação dos recursos minerais. Assim, salvo melhor juízo, entendemos que o pagamento da compensação

financeira pela exploração de recursos minerais é o pagamento por esta desafetação, a justificar a mutação dos recursos minerais, que é bem patrimonial da União Federal, em produtos minerais, que é bem patrimonial do Concessionário da Lavra.

## Seção II

### A Tipificação

Como vimos na Seção I, deste Capítulo, a desafetação dos recursos minerais, em favor do concessionário, gera uma receita para os entes federados, que não é tributária como demonstrado anteriormente. Dentre as várias tipologias aplicáveis vamos tentar estabelecer qual é a natureza jurídica dessa receita.

Trata-se de recurso financeiro que deverá atender às regras impostas na Lei nº 4.320, de 1964, a qual não dá a definição exata do termo receita. É a doutrina que vem fixando o conceito de receita pública. J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis<sup>87</sup> a subdivide em 2 grupos:

*em sentido lato*, como um conjunto de entradas financeiras, oriundas de fontes diversificadas, que integram o Patrimônio, conquanto possam existir reivindicações de terceiros sobre alguns desses valores;

*em sentido restrito*, como um conjunto de recursos financeiros obtidos de fontes próprias e permanentes, que integram o Patrimônio na qualidade de elemento novo, que produzem-lhe acréscimos financeiros, sem contudo gerar obrigações, reservas ou reivindicações de terceiros. Essas receitas resultam de leis, contratos, convênios, de tributos de lançamento direto e outros.

---

\* <sup>87</sup> Ob. cit. pág. 27

Eduardo Marcial Ferreira Jardim<sup>88</sup> nos dá uma aula quanto às classificações doutrinárias a respeito:

“A teoria de Seligman tomou como premissa a existência de um conflito entre o interesse público e o particular, e nesse sentido procurou compatibilizar as diferentes gradações desses interesses, compondo cinco modalidades de receitas públicas. São elas:

I – preços quase privados: caracterizada pela exclusiva vantagem ou interesse particular, ladeado por interesse público apenas eventual;

II – preços públicos: assinalada por interesse particular preponderante, conquanto menor, ao lado de interesse público de alguma importância;

III – taxas: interesse particular considerável, enlaçado a interesse público ainda mais importante;

IV – contribuições especiais (de melhoria): algum interesse ou vantagem particular conjugado com interesse público preponderante; e

V – impostos: interesse público dominante e exclusivo, convivendo com vantagem particular meramente casual.

(E.R. Seligman, *Essais sur l'impôt*, trad. fr. Suret, Paris, M. Giard & Brière, 1914, t. 2, p. 123 e s., especialmente p. 174)

Luigi Einaudi, por sua vez, reelaborou a classificação de Seligman, substituindo o vocábulo “taxa” por “preço político”, objetivando evitar os possíveis equívocos que poderiam ser suscitados no idioma inglês, porquanto o termo “tax” significa

---

\* <sup>88</sup> *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 1996, págs. 48/49

imposto e não *taxa*, como poderia parecer diante da estrutura das línguas latinas. Sobremais, Einaudi adotou as mesmas denominações que Seligman, modificando sutilmente a respectiva fundamentação. Vejamos a sua classificação:

I – preço quase privado: é aquele estatuído pelo Estado, quando age em regime de direito privado, embora perseguindo, secundariamente, uma finalidade de interesse público;

II – preço público: é a remuneração de serviço praticado pelo Estado, por importâncias inferiores aos de economia privada;

III – preço político: é a remuneração de serviços praticados pelo Estado, por importâncias inferiores ao custo de serviço, o que se justifica por atender a situações de interesse público;

IV – contribuição: é o pagamento de caráter compulsório pago pelo particular ao Estado, à guisa de compensação por obra pública realizada; e

V – imposto: é o pagamento compulsório efetivado pelo particular ao Estado para atender ao custo geral dos serviços públicos.

A terceira teoria clássica é aquela designada como *alemã*, que distingue as receitas em dois grupos: receitas originárias ou de economia privada e receitas derivadas ou de economia pública. As primeiras compreendem as receitas auferidas pelo Estado mediante a exploração de seus bens ou atividades comerciais, industriais ou de serviços, tudo sob o regime de direito privado. (grifamos)

As segundas alojam as receitas que o Estado auferem em virtude do seu poder de império.

Walter Paldes Valério<sup>89</sup> tece alguns comentários interessantes sobre a evolução das receita pública, nos seguintes termos:

“O *parasitário*: Este tipo era aquele dos Estados antigos, formados quase sempre pela conquista e submissão dos mais fracos; os meios indispensáveis para a satisfação de suas necessidades eram obtidos pelos *tributos de guerra*, sem menção a nenhum princípio de justiça. Roma e Grécia conheceram esse modo de captação de receita pública.

O *dominial*: Este tipo surgiu no período feudal, em que a receita era realizada pelo Príncipe, através da exploração direta ou indireta de seus domínios, equivalendo-se hoje à organização financeira privada, uma vez que o Estado não empregava a sua autoridade, como nos arrendamentos e aforamentos de seus patrimoniais.

O *regalista*: Com a queda do feudalismo, surgiram as grandes monarquias, iniciando-se o período absolutista. Apareceram então os chamados direitos regalista ou regalianos, como prerrogativas dos soberanos para obtenção de receitas, por exemplo, o direito de cunhar moeda, o direito de cobrar passagem por uma ponte, etc. Por vezes, esses direitos eram concedidos a terceiros, mediante o pagamento de um determinado montante ao Estado.

O *tributário*: Com a formação dos Estados Representativos da Idade Moderna, a receita pública passou a reclamar um princípio jurídico a lhe informar a existência, não mais ficando ao arbítrio do soberano. Para ser cobrada uma contribuição ao indivíduo a fim de cobrir os gastos do Estado, tornou-se indispensável uma lei autorizando-a, lei essa baseada na moral e na justiça. Estabeleceu-se, também, a reciprocidade, de modo que ao pagamento obrigatório por parte dos cidadãos, deveria corresponder a prestação de serviços públicos, gerais ou especiais.

---

• <sup>89</sup> Programa de Direito Financeiro, 5ª ed, Porto Alegre, Sulina, 1995, pág. 88

O *social*: Este tipo surgiu no século passado, representado pela escola socialista alemã, encabeçada por ADOLF WAGNER, procurando fazer do tributo não só o meio de satisfazer as necessidades do Estado, mas também um instrumento para corrigir as desigualdades sociais, isto é, dando-se ao tributo uma função extrafiscal, procurando-se, com impostos justos, tributar os ricos para auxiliar, com essas receitas, os menos favorecidos da fortuna, anulando-se as diferenças de classes e as rivalidades delas decorrentes.”

E, conclui Walter Paldes Valério que:

“Não se deve, entretanto, concluir pelo exposto, que esses tipos na evolução da receita pública se apresentaram rigorosamente na mesma ordem nos diversos países, como se fossem fases sucessivas de um processo evolutivo inflexível. Assim, por exemplo, a receita parasitária, característica dos tempos antigos, ressurgiu mais recentemente, em plenos Tempos Contemporâneos, após duas guerras mundiais, de 1914-18 e 1939-45, onde foram exigidas pesadas reparações ou tributos de guerra aos vencidos.

Por outro lado, a tendência ao intervencionismo estatal em atividades tipicamente particulares, não deixa de ser uma volta ao tipo de organização financeira dominial. Da mesma sorte, na Antiguidade já existiam, paralelamente à expolição do vencido pelo vencedor (parasitária), a exploração do patrimônio do Estado (dominial) e alguns impostos (tributária).”

Aliomar Baleeiro<sup>90</sup> também deu sua contribuição ao definir que receita pública:

---

• <sup>90</sup> IDEM ob. cit., 1998, pág. 126

“é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo.”

E para classificar as receitas públicas Aliomar Baleeiro<sup>91</sup> faz o seguinte esboço:

ORIGINÁRIAS	DERIVADAS
De economia privada, ou direito privado, ou voluntárias	De economia pública, de direito público ou coativas
Doações	Taxas
Bens Vacantes, prescrições aquisitivas, etc	Contribuições de melhoria
Doações e legados sob condição	Impostos
Preços quase privados	Contribuições parafiscais
Preços públicos	Multas, penalidades e confisco
Preços políticos	Reparações de guerra

As diversas formas de receitas acima especificadas, foram estilizadas por Baleeiro, primeiro para facilitar a definição lógica de cada uma, e depois para buscar a sua identidade jurídica própria, visto que a doutrina clássica não era uniforme. É evidente que todas essas modalidades de receitas são fontes do direito financeiro, que *“é o ramo do direito público composto pelo plexo de normas que disciplinam uma parcela da atividade financeira do Estado, no caso os campos da despesa pública, receita pública e orçamento público, observando que a receita pública retrocitada diz respeito à destinação das receitas tributárias, podendo dispor, outrossim, sobre todos os aspectos no tocante às demais receitas”* (Eduardo Marcial Ferreira Jardim<sup>92</sup>).

• <sup>91</sup> IDEM ob. cit., 1998, pág. 131

• <sup>92</sup> Ob. cit. pág. 4

Do nosso ponto de vista, julgamos que a CFEM se enquadre dentro da formulação de Aliomar Baleeiro com um preço quase privado, visto que o Estado (entes federados) tem o poder de cobrá-la por força da Carta Suprema e da legislação infraconstitucional, mas cuja atividade é eminentemente de direito privado (aproveitamento dos recursos minerais).

Até a jurisprudência do TRF vem se firmando nas condições acima, consoante as ementas dos seguintes julgados, *in litteris*:

“A Compensação financeira pela exploração de recursos minerais, criada pela Lei n. 7.990, de 1989, com fundamento no art. 20, § 1º, da CF/88, é receita patrimonial e não tributária dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e a ela não se aplicam os princípios constitucionais tributários.” (AMS nº 92.01.31250-4/DF)

“Os recursos minerais constituem patrimônio da União Federal (Constituição Federal, art. 20, inciso IX) e sua exploração por terceiros depende de autorização ou concessão estatal (art. 176, § 1º). A compensação financeira assegurada pelo § 1º do art. 20 da Constituição pela exploração dos recursos minerais constitui receita patrimonial, e não tributária, a ela não se aplicando, pois, os princípios constitucionais pertinentes aos tributos. Assim, impertinentes as alegações de ofensa ao princípio da não cumulatividade tributária e à exigência de lei complementar para sua instituição, do mesmo modo que válidos os critérios adotados pelo legislador – Leis 7.990/89 e 8.001/90 – para cálculo e distribuição da receita, ainda que merecedores de críticas.” (AC nº 94.01.298550-5/DF)

“A Constituição Federal, em seu art. 20, § 1º, assegurou aos Estados, Distrito Federal e Municípios, uma compensação financeira pela exploração de recursos minerais, nos seus territórios. A Lei 7.990, de 1989, cumpriu o mandamento constitucional. Não há, na hipótese, que se discutir cumulatividade, pois foi a própria Constituição que criou o CFEM. Inexistência de identidade de base de

cálculo com o ICMS, com o IPI e com as contribuições sociais.” (AC nº 95.01.27238-9/DF)

Estas decisões justificam que a CFEM não tem natureza jurídica de imposto ou de contribuição de intervenção no domínio econômico, visto que tais exações decorrem de receitas derivadas, cujo fato gerador da obrigação principal é “*a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência*” (art. 114 do Código Tributário Nacional). Por isso, uma vez ocorrida uma obrigação, será necessário que a lei anteveja a incidência desse fato.

Ora, a origem da CFEM é fonte direta da Constituição, restando à lei ordinária apenas disciplinar, materialmente, a forma de como se dará a sua aplicabilidade quanto ao efetivo rompimento, pela desafetação ou desacessão, dos recursos minerais em favor do concessionário, não necessitando de “situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”.

Por todos os motivos já expostos, rui por terra a construção elencada pelos doutos que julgam que a CFEM tem natureza tributária e viola o § 3º do artigo 155 da Carta, até porque o instituto da CFEM não está situado, liminarmente, dentro dos parâmetros tributários próprios e específicos do ICMS.

A vedação acima é quanto a não incidência de outro tributo quanto às operações relativas a minerais, diferentemente do que está insculpido no § 1º do artigo 20, que fixa as condicionantes para a desafetação dos recursos minerais, conjugando-se, nesse sentido, com o *caput* do artigo 176, *in fine*, que autoriza a transferência desses bens minerais em favor do concessionário.

Da mesma forma, não se aplica à CFEM o princípio do resultado, fixado no artigo 187 da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas), cujas deduções, para se alcançar o resultado, são mais amplas do que aquelas estabelecidas no artigo 2º da Lei nº 8.001, de 1990. Isto porque, a base de cálculo da CFEM é o faturamento líquido, que será obtido

excluindo-se das receitas de vendas os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, bem como as despesas de transporte e as de frete.

A propósito, a jurisprudência tem decidido que “inexiste identidade de base de cálculo com o ICMS, com o IPI e com as contribuições sociais (Apelação Cível nº 93.01.22293-0/DF e Agravo Mandado Segurança nº 94.01.33936-8/DF), visto que a base de cálculo de tais exações é o faturamento bruto enquanto que a base de cálculo da CFEM é o faturamento líquido, nos precisos e claros termos do artigo 2º da Lei nº 8.001, de 1990.

Entretanto, parte da jurisprudência já identificou que a CFEM é uma receita do tipo royalty, conforme está sobejamente demonstrado no voto da lavra do Dr. Olindo Menezes, MD. Juiz Relator na Apelação Cível nº 93.01.28881-8/DF, perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *in verbis*:

“.....  
Ao objeto dessa obrigação, criada basicamente pela Constituição, nominou o constituinte de compensação financeira, se recebida em lugar da participação no resultado da exploração, mas, em verdade, não passa de um ressarcimento mais conhecido como “royalty”, pela exploração de recursos minerais ...”

No caso específico da compensação financeira devida pela exploração de petróleo e gás, a Lei nº 9.478, de 1997 - que instituiu a Política Energética Nacional - cunhou de forma especial a titulação do seu pagamento, estatuinto, no inciso II do artigo 45, quais seriam as participações que caberiam aos entes públicos, denominando-as de royalties. Porém o aspecto mais importante está especificado no artigo 48 da referida lei, que determina o seguinte:

“A parcela do valor do *royalty*, previsto no contrato de concessão, que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º

do artigo anterior, será distribuída segundo os critérios estipulados pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.” (grifamos)

Donde se conclui que, para fins da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás, a sua natureza jurídica é tipificada como *royalty*, não cabe outro entendimento.

Outra constatação incontroversa está determinada no § 3º do artigo 1º da Lei nº 8.001, de 1990, ao determinar - da mesma forma como conceituou a compensação financeira do petróleo e gás - que a parcela devida pela Usina de Itaipu é uma receita do tipo *royalty*.

Por tais exemplos, constata-se que as parcelas devidas a título de compensação financeira pela exploração (i) do petróleo e gás e (ii) dos recursos hídricos são tipificadas como royalties, as quais são identificadas pela Lei nº 4.320, de 1964, como receitas correntes.

Porém, não há qualquer menção ou referência legal quanto a natureza jurídica da compensação financeira devida pela exploração dos recursos minerais (CFEM), como está provado existir para as outras modalidades.

Entretanto, o Tribunal de Contas da União<sup>93</sup>, cuja finalidade principal é examinar e aprovar as contas das autoridades públicas, já adotou o entendimento que a CFEM é uma receita do tipo *royalty*, conforme se verifica do parecer da lavra do Ministro-Relator Dr. Benjamin Zynler, *in verbis*:

---

• <sup>93</sup> Decisão nº 575.331/94-1, do Tribunal de Contas da União, publicada Diário Oficial da União, Seção I, nº 199-E, 19-10-98, págs. 56/57

“7. Afastada a hipótese de incidência da Lei nº 9.478/97, *in casu*, verifica-se que o art. 8º da Lei nº 7.990/89, ao instituir a compensação financeira pelo resultado da exploração de recursos minerais, estabeleceu restrições quando à aplicação dos recursos oriundos de royalties, vedando a utilização dos mesmos no pagamento de dívidas e no quadro permanente de pessoal...”

.....

10. No mesmo diapasão, tem-se o Enunciado de Decisão nº 265 (baseado nas Decisões nº 386/94 – Ata 27/94 e 632/94 – Ata 48/94, ambas do Plenário), que uniformizou entendimento pacífico dessa Corte, no que se refere à aplicação dos recursos de royalties, quando da vigência da Lei nº 2.004/53 (alterado pela Lei nº 7.525/86) e da Lei nº 7.990/89. (grifamos)

Cumprе notar que o termo compensação financeira assume uma feição idêntica a de royalty, que é instituto mundialmente aceito para identificar uma forma de exploração de direitos, principalmente na atividade de mineração.

O notável Attilio Vivacqua<sup>94</sup>, sempre à frente de sua época, já dava a seguinte lição:

A renda é um fenômeno típico da mineração. As noções fundamentais da teoria da renda minerária foram na verdade elaboradas por Adam Smith e David Ricardo. Smith, em Riqueza das Nações, assenta a sua teoria em dados objetivos, observados em relação às minas de ouro e prata do Perú, às de carvão, ferro e de outros metais da Grã-Bretanha. Sustenta que a terra sempre produz uma renda, simplesmente *rent*, enquanto as minas podem produzi-la ou não (*rent of mines* ou *royalty*) conforme a sua fertilidade, situação ou preço do minério extraído, influenciando cada uma destas circunstâncias isolada ou conjuntamente. A *rent* constitui a parte mais notável do produto bruto e proporcional à fertilidade

---

\* <sup>94</sup> Ob. cit. págs. 251/263

absoluta do terreno. A *rent of mines* é uma pequena fração do preço e proporcional à fertilidade relativa do depósito mineral.

.....

No Brasil, o fenômeno da renda mineira é, na verdade, ainda pouco sensível. Entretanto merece desde já, a maior reflexão, quer sob o ponto de vista teórico, quer sob o ponto de vista econômico propriamente dito, quando considerada como parte do custo da produção, e ainda especialmente quanto ao marcante papel que a *renda* desempenha como novo e vigoroso instrumento estimulador do interesse privado. É preciso depurar neste terreno falsas noções ou tendências inspiradas nas campanhas e polêmicas do socialismo, do trabalhismo inglês e mesmo de correntes conservadoras que agem sob razões de ordem política ou sem perfeito esclarecimento. A renda mineira há de ser encarada como fator natural e inevitável. “Pode, como disse Robert Smilie, ser modificada, reduzida, *nacionalizada*, mas jamais abolida. Ela tem uma função a cumprir”. E, como verificamos no caso inglês que reveste o cunho mais agudo, a parcela, que a renda acresce ao preço, é diminuta.

A renda *convencional* nasce das múltiplas e contratuais relações do interesse, criadas em torno da mineração. O pesquisador transfere sua autorização de pesquisa, exige do cessionário ou uma soma determinada em dinheiro ou em ações (*renda capitalizada*), ou uma participação nos lucros da empresa ou uma quota sobre as quantidades de minério produzido. Idênticas convenções pactua o concessionário com o objetivo de regular uma situação perante o dono do solo, no que se refere a instituição de servidões e a danos provenientes da lavra (arts. 39 e 40 do Cod.).

A renda mineira rompe os quadros legais, repona espontânea e inevitavelmente dentro do processo produtivo. Erige-se em categoria econômica particular em face da *renda territorial* e das demais espécies de renda.

Por tudo o que já foi dito, ousamos emitir nossa opinião de que o *quantum* devido aos entes públicos pelo concessionário, apesar de a titularidade dos recursos minerais ser da União Federal, se ajusta à figura do conceito de royalty, não só pelos profícuos ensinamentos expostos acima por Atílio Vivácqua, pelo posicionamento já adotado pelo Tribunal de Contas da União e demais considerações expostas.

Deve-se, também, levar em consideração a analogia em relação à natureza jurídica que a legislação ordinária emprestou à compensação financeira devida (i) ao petróleo, gás natural e (ii) aos recursos hídricos, consoante interpretação do artigo 4º da norma de introdução à lei substantiva, até porque “o Constituinte houve por bem centralizar a propriedade do bem e descentralizar o resultado de sua exploração”, como bem assinalou Ives Gandra da Silva Martins.

Salvo melhor juízo, entendemos que a intenção dos Constituintes foi efetivada pelo legislador ordinário, que, atento às questões hodiernas adotadas nos países desenvolvidos, decidiu que a natureza jurídica da receita proveniente da CFEM se consolida em um preço público, na categoria de royalty, instituto esse que encontra respaldo e arrimo na tradição brasileira, até porque como bem assinalou Hugo de Brito Machado<sup>95</sup>:

“Quanto à remuneração pelo uso, ou pela aquisição da propriedade de bens do Estado, é pacífico o entendimento: a receita é um preço.” (grifamos)

---

\* <sup>95</sup> *Curso de Direito Tributário*, 7ª ed, São Paulo, Malheiros, 1993, pág. 324

### Seção III

#### Conclusão

Como assentado em nossa dissertação, o pagamento da CFEM aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e a órgão da administração direta da União é uma fórmula instituída pelos Constituintes de 1988 e coube aos legisladores infraconstitucionais optar pelo princípio da compensação financeira, em vez da participação nos resultados.

E esse sistema tem como fundamento compensar a perda da propriedade dos recursos minerais pela União Federal e assegurar aos outros entes uma participação no resultado desta exploração.

A CFEM, como vimos, não tem a natureza de um tributo e sua essência decorre de uma remuneração devida pelo minerador aos entes federados, em razão da excepcional fruição dos recursos minerais.

Assim, ao tipificarmos que a natureza jurídica da CFEM é financeira, do tipo preço público, na modalidade de *royalty*, e não tributável, é porque o minerador está na verdade pagando um preço pela aquisição proporcional do minério que vier a extrair da jazida, caso contrário haverá um enriquecimento sem causa do minerador e, como consequência, o empobrecimento dos entes federados.

Além do que, se trata de uma receita pública originária e não derivada, visto que a sua constituição é devida em razão da exploração dos recursos minerais e sua transformação em produto da lavra. Por tais razões nada mais justo que os entes públicos sejam compensados pelo minerador.

A propósito, examinemos as palavras de Alberto Xavier<sup>96</sup>:

“No direito interno, os direitos que dão lugar à percepção de *royalties* são o direito de colher ou extrair recursos vegetais, inclusive florestais; *direito de pesquisar e extrair recursos minerais...*”

O impacto que tal encargo exerce sobre as atividades das empresas mineradoras é real, principalmente para aquelas empresas que já estavam extraíndo minério quando foi introduzido na Constituição de 1988 o instituto da CFEM. É que tal ônus não fazia parte dos custos diretos do empreendimento mineiro e, como tal, acarretou alterações no planejamento financeiro, levando-se em conta que o preço público (CFEM) pago pelo minerador é calculado sobre o valor líquido de venda do minério.

Por derradeiro, julgamos que o nosso trabalho abordou de forma objetiva as condicionantes da natureza jurídica da CFEM, porém temos plena consciência de que não foram esgotadas todas as questões inerente ao estudo do instituto da CFEM, visto que a matéria é muito complexa e certamente poderá demandar novos estudos sobre esta exação.

---

• <sup>96</sup> *Direito Tributário Internacional do Brasil*, São Paulo, Resenha Tributária, 1997, pág. 282, apud Maria Fernanda Valverde, in *Boletim de Direito Municipal* n° 7, São Paulo, 1993

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, 3ª ed, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1999
- ARAGÃO, Fernando Cesar de Souza. *Compensação Financeira – Dissertação de Mestrado*, Rio de Janeiro, Universidade Gama Filho, Departamento Jurídico, 1994
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1973
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, 15ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998
- BARROSO, Magdaleno Girão. *O Brasil Constituinte e a Constituição de 1988*, Brasília, 1993
- BASAVILBASO, Vellegas. *Derecho Administrativo*, vol. IV, 2ª parte, 1952, pág. 110, *apud* José Cretella Junior, Bens Públicos
- BASTO, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, 3º vol., São Paulo, Editora Saraiva, 1989
- BONFIM, B. Calheiros. *Comentários à Constituição Brasileira*, 2º vol., São Paulo, Ed. Trabalhistas, 1990
- BRITO, Ditamar Souza. *Processo nº 10168.003634/93-47*, *apud* Fernando Cesar de Souza Aragão
- CARRAZA, Roque Antonio. *Natureza Jurídica da Compensação Financeira Pela Exploração de Recursos Minerais. Sua Manifesta Inconstitucionalidade*, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, Ano 20, Vol. 149, São Paulo, Editora Jurid Vellenich, 1996
- CRETELA JUNIOR. *Comentários à Constituição de 1988*, volume I, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989
- CRETELLA JUNIOR. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1989
- CRETELLA JUNIOR. *Bens Públicos*, 2ª ed, São Paulo, Livraria Editora Universitária de Direito, 1975
- CRETELLA JUNIOR. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2ª ed. vol. VII, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1990
- DERZI, Mizabel de Abreu Machado. *Contribuições*, Revista de Direito Tributário - 48

- \_\_\_\_ DECISÃO nº 575.331/94-1, do Tribunal de Contas da União (TCU), publicada no Diário Oficial da União, Seção I, nº 199-E, 19-10-98
- DI PIETRO, Maria Zylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 11ª ed, São Paulo, Atlas, 1999
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª edição, 9º impressão, Rio de Janeiro, Ed. Nova Fronteira, 1975
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990
- FRIEDE, Roy Reis. *100 perguntas de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4ª ed, São Paulo, Saraiva, 1995
- HERRMANN, Hildebrando. *Mineração e meio ambiente: metamorfoses jurídico institucionais*, Rio Claro, Universidade Estadual Paulista, Instituto de Geociência e Ciências Exatas, 1995
- HORTA, Raul Machado. *Estudo de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*, 3ª ed, São Paulo, Saraiva, 1996
- LACERDA, Lauro & LACERDA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Mineração do Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1983
- LIRA, Ricardo Cesar Pereira. *O Moderno Direito de Superfície*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 35:3-98
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 7ª ed, São Paulo, Malheiros, 1993
- MACHADO JUNIOR, J. Teixeira & REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 Comentada*, 28ª ed, Rio de Janeiro, IBAM, 1998
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., Tomo I, São Paulo, Ed. Saraiva, 1992
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, 6º volume, tomo I, São Paulo, Editora Saraiva, 1990
- MARTINS, Luiz Augusto Milani. *Os Recursos Físicos da Terra*, Campinas, Editora da Unicamp, 1994, ao traduzir *The Earth's Physical Resources*, Block 1, Geoff Brown, com autorização da The Open University Education Enterprises Ltd.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 6ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1996
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1997
- MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967*, Tomo II, São Paulo, Editora RT, 1970
- \_\_\_\_\_. PARECER nº 9, Consultoria Jurídica do Ministério da Infra-Estrutura, 1991
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 16ª ed, Rio de Janeiro, Forense, 1994
- PEREIRA, Eliezer Braz. *Aplicação do Conceito de Renda Econômica na Tributação da Mineração no Brasil*, Tese de Doutorado apresentada à Universidade da Paraíba, Campina Grande, 1992
- PEREIRA, João Luiz de Souza. *A Não Incidência das Contribuições para o Pis/Pasep e da Cofins sobre as Operações com Minerais no País*, São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário nº 12
- PASSARINHO, Jarbas. *O Liberal de 24-9-89*, apud Ronan Tito, *A Compensação Financeira pela Mineração e pela Hidreletricidade*, Brasília, Senado, 1990, pág. 17
- \_\_\_\_\_. PROCESSO nº 95.0002755-0, em Ação de Mandado de Segurança perante 5ª Vara da Seção Judiciária Federal de Santa Catarina
- \_\_\_\_\_. PROCESSO nº 92.00.13441-6, em Ação de Mandado de Segurança perante 9ª Vara da Seção Judiciária Federal do Distrito Federal
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1987
- \_\_\_\_\_. RECURSO EXTRAORDINÁRIO (Supremo Tribunal Federal) nº 230.337-RN, *Diário Oficial do Rio de Janeiro*, dia 12-8-99
- ROSA JUNIOR, Luiz Emydgio F. da. *Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário*, 11ª ed, Rio de Janeiro, Renovar, 1997
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992
- SARNEY, José. *O Liberal*, de 24-9-89, pág. 7, apud Ronan Tito - *A Compensação Financeira pela Mineração e pela Hidreletricidade*, Brasília, 1990, pág. 17
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*, volume I, 2ª edição, São Paulo, Forense, 1967

- TÁCITO, Caio. *Tema de Direito Público*, 2º volume, Rio de Janeiro, Renovar, 1997
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 15ª ed, São Paulo, Malheiros Editores, 1999
- TITO, Ronan. Discurso publicado no DCN-II, de 21-9-89
- TITO, Ronan, *Justificativas do Projeto de Lei nº 45*, Diário do Congresso Nacional, Seção II, dia 28-3-89
- TITO, Ronan. *Discurso publicado no Diário do Congresso Nacional*, Seção II, Brasília, 21-9-89
- TORRES, Ricardo Logo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 4ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1997
- VALÉRIO, Walter Paldes. *Programa de Direito Financeiro*, 5ª ed, Porto Alegre, Sulina, 1995
- VIVACQUA, Atilio. *A Nova Política do Sub-solo*, Rio de Janeiro, Editora Panamericana, 1942
- XAVIER, Alberto. *Natureza Jurídica e Âmbito de Incidência da Compensação Financeira por Exploração de Recursos Minerais*, Revista Dialética de Direito Tributário nº 29
- XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*, São Paulo, Resenha Tributária, 1997, pág. 282 *apud* Maria Fernanda Valverde, *in* Boletim de Direito Municipal nº 7, São Paulo, 1993

## ANEXOS

Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989

Institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências.

## O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - O aproveitamento de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica e dos recursos minerais, por quaisquer dos regimes previstos em lei, ensejará compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a ser calculada, distribuída e aplicada na forma estabelecida nesta Lei.

Art. 2º - A compensação pela utilização de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica, será de 6% (seis por cento) sobre o valor da energia produzida, a ser paga pelos concessionários de serviço de energia elétrica aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em cujos territórios se localizarem instalações destinadas à produção de energia elétrica, ou que tenham áreas invadidas por águas dos respectivos reservatórios.

§ 1º - (VETADO).

I - (VETADO).

II - (VETADO).

§ 2º - (VETADO).

Art. 3º - O valor da compensação financeira corresponderá a um fator percentual do valor da energia constante da fatura, excluídos os tributos e empréstimos compulsórios.

§ 1º - A energia de hidrelétrica, de uso privativo do produtor, quando aproveitada para uso externo de serviço público, também será gravada com a aplicação de um fator de 6% (seis por cento) do valor da energia elétrica correspondente ao faturamento calculado nas mesmas condições e preços do concessionário do serviço público local.

§ 2º - Compete ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, fixar, mensalmente, com base nas tarifas de suprimento vigentes, uma tarifa atualizada de referência, para efeito de aplicação das compensações financeiras, de maneira uniforme e equalizada, sobre toda a hidreletricidade produzida no País.

Art. 4º - É isenta do pagamento de compensação financeira a energia elétrica:

I – produzida pelas instalações geradoras com capacidade nominal igual ou inferior a 10.000 KW (dez mil quilo-wats);

II – gerada e consumida para uso privativo de produtor (autoprodutor), no montante correspondente ao seu consumo próprio no processo de transformação industrial; quando suas instalações industriais estiverem em outro Estado da Federação, a compensação será devida ao Estado em que se localizarem as instalações de geração hidrelétrica;

III – gerada e consumida para uso privativo de produtor, quando a instalação consumidora se localizar no Município afetado.

Art. 5º - Quando o aproveitamento do potencial hidráulico atingir mais de um Estado ou Município, a distribuição dos percentuais referidos nesta Lei será feita proporcionalmente, levando-se em consideração as áreas inundadas e outros parâmetros de interesse público regional ou local.

Parágrafo único – O Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, elaborará, anualmente, os estudos necessários à operacionalização dos critérios estabelecidos no *caput* deste artigo.

Art. 6º - A compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.

§ 1º - (VETADO).

§ 2º - (VETADO).

I - (VETADO).

II - (VETADO).

III - (VETADO).

§ 3º - (VETADO).

I - (VETADO).

II - (VETADO).

III - (VETADO).

Art. 7º - O art. 27 e seus §§ 4º e 6º, da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pelas Leis nºs 3.257, de 2 de setembro de 1957, 7.453, de 27 de dezembro de 1985 e 7.525, de 22 de julho de 1986, passam a vigor com a seguinte redação:

“Art. 27 – A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios:

- I - 70% (setenta por cento) aos Estados produtores;
- II - 20% (vinte por cento) aos Municípios produtores;
- III - 10% (dez por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto e/ou gás natural.

.....

§ 4º - É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes, quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás forem extraídos da plataforma continental nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no *caput* deste artigo, sendo 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal e 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios produtores e suas respectivas áreas geoeconômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas e 0,5% (meio por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios.

.....

§ 6º - Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração do petróleo, xisto betuminoso ou gás, farão jus à compensação financeira prevista no *caput* deste artigo.”

Art. 8º - O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da administração direta da União, até o último dia útil do mês subsequente ao do fato gerador, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívidas e no quadro permanente de pessoal.

Parágrafo único – O não cumprimento do prazo estabelecido no *caput* deste artigo implicará correção monetária do débito pela variação diária do Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e multa de 10% (dez por cento) aplicável sobre o montante final apurado.

Art. 9º - Os Estados transferirão aos Municípios 25% (vinte e cinco por cento) da parcela da compensação financeira que lhes é atribuída pelos arts. 2º, § 1º, 6º, § 3º e 7º desta Lei, mediante observância dos mesmos critérios da distribuição de recursos estabelecidos em decorrência do disposto no art. 158, inciso IV e respectivo parágrafo único da Constituição, e dos mesmos prazos fixados para a entrega desses recursos, contados a partir do recebimento da compensação.

Art. 10- O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo máximo de 90 (noventa) dias da data de sua publicação.

Art. 11 - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12- Revogam-se os §§ 1º e 2º do art. 27 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, na redação que lhes foi dada pela Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985 e as demais disposições em contrário.

Brasília, em 28 de dezembro de 1989; 168º da Independência e 101º da República.

JOSÉ SARNEY  
*Vicente Cavalcane Fialho*

Notas:

- a) Esta Lei foi publicada no Diário Oficial da União do dia 29 de Dezembro de 1989 e republicada no Diário Oficial da União (DOU) do dia 18 de Janeiro de 1990.
- b) O texto acima é aquele publicado no DOU do dia 18 de janeiro de 1990.

Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990

Define os percentuais da distribuição da compensação financeira de que trata a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e dá outras providências.

## O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - A distribuição mensal da compensação financeira de que trata o art. 2º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, será feita da seguinte forma:

- I - 45% (quarenta e cinco por cento) aos Estados;
- II - 45% (quarenta e cinco por cento) aos Municípios;
- III - 8% (oito por cento) ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE; e
- IV - 2% (dois por cento) ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

§ 1º - Na distribuição da compensação financeira, o Distrito Federal receberá o montante correspondente às parcelas de Estado e de Município.

§ 2º - Nas usinas hidrelétricas beneficiadas por reservatórios de montante, o acréscimo de energia por eles propiciado será considerado como geração associada a estes reservatórios regularizadores, competindo ao DNAEE efetuar a avaliação correspondente para determinar a proporção da compensação financeira devida aos Estados, Distrito Federal e Municípios afetados por estes reservatórios.

§ 3º - A Usina de Itaipu distribuirá, mensalmente, respeitados os percentuais definidos no *caput* deste artigo, sem prejuízo das parcelas devidas ao DNAEE e ao Ministério da Ciência e Tecnologia, ao Estado do Paraná e aos Municípios por ela diretamente afetados, 85 % (oitenta e cinco por cento) dos *royalties* devidos por Itaipu Binacional ao Brasil, previstos no Anexo C, item III, do Tratado de Itaipu, assinado em 26 de março de 1973, entre a República Federativa do Brasil e a República do Paraguai, bem como nos documentos interpretativos subseqüentes, e 15% (quinze por cento) aos Estados e Municípios afetados por reservatórios a montante da Usina de Itaipu, que contribuem para o incremento de energia nela produzida.

§ 4º - A cota destinada ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE será empregada:

a) 40% (quarenta por cento) na operação e na expansão da rede hidrometeorológica nacional, no estudo de recursos hídricos e na fiscalização dos serviços de eletricidade do País;

b) 35% (trinta e cinco por cento) na instituição, gerenciamento e suporte do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

c) 25% (vinte e cinco por cento) em políticas de proteção ambiental, por intermédio do órgão federal competente.

Art. 2º - Para efeito do cálculo de compensação financeira de que trata o art. 6º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, entende-se por faturamento líquido o total das receitas de vendas, excluídos os tributos incidentes sobre a comercialização do produto mineral, as despesas de transporte e as de seguro.

§ 1º - O percentual da compensação financeira, de acordo com as classes de substâncias minerais, será de:

I - minério de alumínio, manganês, sal-gema e potássio: 3% (três por cento);

II - ferro, fertilizante, carvão e demais substâncias minerais: 2% (dois por cento), ressalvado o disposto no inciso IV deste artigo;

III - pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis, carbonados e metais nobres: 0,2% (dois décimos por cento);

IV - ouro: 1% (um por cento), quando extraído por empresas mineradoras, isentos os garimpeiros.

§ 2º - A distribuição da compensação financeira de que trata este artigo será feita da seguinte forma:

I - 23% (vinte e três por cento) para os Estados e o Distrito Federal;

II - 65% (sessenta e cinco por cento) para os Municípios;

III - 12% (doze por cento) para o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, que destinará 2% (dois por cento) à proteção ambiental nas regiões mineradoras, por intermédio do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, ou de outro órgão federal competente, que o substituir.

§ 3º - O valor resultante da aplicação do percentual, a título de compensação financeira, em função da classe e substância mineral, será considerado na estrutura de custos, sempre que os preços forem administrados pelo Governo.

§ 4º - No caso das substâncias minerais extraídas sob o regime de permissão de lavra garimpeira, o valor da compensação será pago pelo primeiro adquirente, conforme dispuser o regulamento.

Art. 3º - O art. 8º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, passa ter a seguinte redação:

“Art. 8º - O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do xisto betuminoso e do gás natural, será efetuado mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívidas e no quadro permanente de pessoal.”

Art. 4º - O Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica adotará providências no sentido de que, na aplicação desta Lei, não sejam afetadas as contas de consumo mensal equivalente ao valor de até 30 kWh, inclusive, quer o fornecimento seja feito sob a forma medida, quer sob a forma de estimativa.

Art. 5º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º - Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 13 de março de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

JOSÉ SARNEY  
*Vicente Cavalcante Fialho*

Nota: Esta Lei foi publicada no Diário Oficial da União do dia 14 de Março de 1990.