



UNICAMP

Número 306/2003

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
INSTITUTO DE GEOCIÊNCIAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM GEOCIÊNCIAS
ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICA DOS RECURSOS MINERAIS

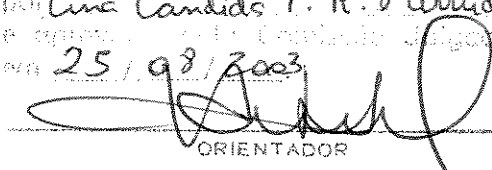
ANA CÂNDIDA DE PAULA RIBEIRO E ARRUDA CAMPOS

**COMPENSAÇÃO FINANCEIRA POR EXPLORAÇÃO MINERAL: CONSIDERAÇÕES
ACERCA DA SUA NATUREZA JURÍDICA**

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

Orientador: Prof. Dr. Hildebrando Herrmann

Este exemplar corresponde à
redação final da tese defendida
por Ana Cândida P. R. e Arruda Campos
e aprovada pelo Conselho Julgadora
em 25/08/2003



ORIENTADOR

CAMPINAS – SÃO PAULO

Agosto – 2003

UNICAMP
BIBLIOTECA CENTRAL
SEÇÃO CIRCULANTE

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

Campos, Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda

C157c Compensação financeira por exploração mineral: considerações acerca da sua natureza jurídica / Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda Campos – Campinas, SP: [s.n.], 2003.

Orientador: Hildebrando Herrmann

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

I. Direito minerário - Brasil. 2. Direito financeiro. 3. Economia mineral. 4. Minas e recursos minerais. I. Herrmann, Hildebrando. II. Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências. III. Título.

UNIDADE	BC
Nº CHAMADA	T/UNICAMP
	C157c
V	EX
TOMBO BC	56.790
PROC.	16/21404
C	☐
D	☒
PREÇO	21,00
DATA	19/01/2004
Nº CPD	

CMD0193898-1

5.14 id 302138



UNICAMP

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
INSTITUTO DE GEOCIÊNCIAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM GEOCIÊNCIAS
ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICA DOS RECURSOS MINERAIS**

ANA CÂNDIDA DE PAULA RIBEIRO E ARRUDA CAMPOS

ORIENTADOR: Prof. Dr. Hildebrando Herrmann

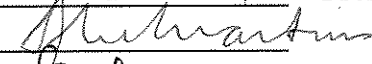
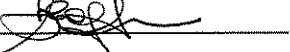
Aprovada em: 25 / 08 / 03

EXAMINADORES:

Prof. Dr. Hildebrando Herrmann

Prof. Dr. Luiz Augusto Milani Martins

Profa. Dra. Suzy Gomes Hoffmann

 - Presidente



Campinas, 25 de agosto de 2003

*Dedico este trabalho à Bibi e à Verônica.
Bibi, minha amiga, mentora, uma verdadeira mestra.
Verônica, minha Tia, incentivadora na busca do conhecimento.
Sem vocês, esta dissertação não existiria.*

AGRADECIMENTOS

Ao Gabriel, meu amor, pela precisa e fundamental colaboração. Mas, principalmente, por ter me tornado uma pessoa melhor;

Ao meu orientador Professor Herrmann, pela presteza em compartilhar parte de seus conhecimentos ao longo de todo o período de preparação e principalmente durante a elaboração desta dissertação;

Aos Professores Milani e Rachel pela oportunidade de discussões e troca de informações em suas respectivas disciplinas;

À Val, Edinalva e Helena pelo carinho e eficiência profissional prestados durante toda a convivência no Instituto de Geociências. Também ao amigo Mário pelo verdadeiro companheirismo.

Ao Professor Eduardo Bottallo e à Professora Susy Hoffmann, pelas valiosas e imprescindíveis colocações feitas no exame de qualificação;

Aos amigos e advogados da HENARES ADVOGADOS, em especial ao Ariovaldo Pires, Fabiana Carpi, Halley Henares, Luiz Fittipaldi, Luciana Zechin, Marcelo Panzardi, Mônica Cancherini, Rodrigo Camperlingo e Roxeli Franco de Barros, pelo apoio e oportunidade de aprimoramento profissional que, indubitavelmente, se reflete nesta dissertação;

À toda a minha família, em especial, à minha irmã Júlia e à minha Tia Kauê. Vocês sabem o quanto me ajudaram!

Às amigas Juliana Tannous, Mariana Migliori, Mariana Tannous, Marina Borsatto e Rafaela Trajano pelo acolhimento e pela nossa ótima convivência.

SIGLAS

AMS – Apelação em Mandado de Segurança

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CFEM – Compensação Financeira por Exploração Mineral

COFINS – Contribuição destinada ao Financiamento da Seguridade Social

CTN – Código Tributário Nacional

DF – Distrito Federal

DNPM – Departamento Nacional de Produção Mineral

FNDCT – Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte e de Comunicação

IUM – Imposto Único sobre Minerais

MC-OCDE – Convenção Modelo de Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico

MME – Ministério de Minas e Energia

PAE – Plano de Aproveitamento Econômico

PIS – Programa de Integração Social

RE – Recurso Extraordinário

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA.....	iv
AGRADECIMENTOS.....	v
SIGLAS.....	vi
SUMÁRIO.....	vii
RESUMO.....	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I. DA INDÚSTRIA MINERAL: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS BÁSICAS.....	5
CAPÍTULO II. DOS SISTEMAS JURÍDICOS DE EXPLORAÇÃO E APROVEITAMENTO MINERAL.....	10
2.1. Evolução histórica dos sistemas jurídicos de exploração e aproveitamento mineral.....	10
2.2. Do sistema jurídico de exploração e aproveitamento mineral vigente no Brasil.....	14
2.2.1. Da exploração mineral.....	16
2.2.2. Do aproveitamento mineral.....	22
2.2.2.1. Da concessão de lavra – conceito e natureza jurídica.....	23
2.2.2.2. Do licenciamento mineral – conceito e natureza jurídica.....	27
2.2.2.3. Da permissão de lavra garimpeira – conceito e natureza jurídica.....	31
2.2.2.4. Da permissão de extração.....	34
2.2.2.5. Dos regimes especiais.....	37
2.2.2.6. Do manifesto de minas.....	38

CAPÍTULO III. DA NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA POR EXPLORAÇÃO MINERAL.....	40
3.1. Generalidades.....	40
3.2. CFEM: Natureza Jurídica.....	43
3.2.1. Da natureza tributária da CFEM.....	62
3.2.1.1. Das espécies tributárias.....	72
3.2.1.2. A CFEM e seu confrontos com as contribuições.....	79
3.2.1.3. A CFEM e seu confronto com as taxas.....	84
1.4. A CFEM e seu confronto com os impostos.....	88
 CAPÍTULO IV. DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA E DO DECRETO REGULAMENTADOR DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA POR EXPLORAÇÃO MINERAL.....	 91
4.1. Introdução.....	91
4.2. Da ilegalidade e inconstitucionalidade das Leis n.ºs 7.990/89 e 8.001/90 e do Decreto n.º 1/91.....	93
4.2.1. Da violação do Princípio da Reserva de Lei Complementar.....	93
4.2.2 A hipótese de incidência incompleta da CFEM – Violação a princípios inafastáveis atinentes à tributação.....	97
4.3. A CFEM e o Princípio do Exclusivismo.....	105
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 109
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 111
 ANEXO 1.....	 118
ANEXO 2.....	124
ANEXO 3.....	129
ANEXO 4.....	150



UNICAMP

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
INSTITUTO DE GEOCIÊNCIAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM GEOCIÊNCIAS
ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICA DOS RECURSOS MINERAIS**

**COMPENSAÇÃO FINANCEIRA POR EXPLORAÇÃO MINERAL: CONSIDERAÇÕES
ACERCA DA SUA NATUREZA JURÍDICA**

RESUMO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda Campos

O Constituinte de 1.988, ao dispor sobre a propriedade dos bens minerais, determinou que estes são de propriedade da União. Outrossim, no parágrafo 1º do artigo 20 do Texto Magno, determinou, ainda, a participação dos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União nos resultados da exploração dos recursos minerais ou uma compensação financeira por essa exploração. O legislador infraconstitucional, fazendo *jus* da faculdade que lhe foi outorgada constitucionalmente, instituiu, por meio da Lei n.º 7.990 de 28 de dezembro de 1989 e da Lei n.º 8.001 de 13 de março de 1.990, a Compensação Financeira por Exploração Mineral – CFEM, encargo financeiro que, desde sua gênese, despertou enorme controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência, principalmente no que toca à determinação de sua natureza jurídica. Dentro deste contexto, esta dissertação busca analisar, de maneira crítica, a verdadeira natureza da Compensação Financeira por Exploração Mineral, fazendo, para tanto, uma ampla pesquisa na literatura especializada, na legislação pertinente e na jurisprudência. Nela são analisados, também, os sistemas jurídicos de exploração e aproveitamento mineral, na tentativa de enquadrar o encargo no ordenamento jurídico tocante ao setor enfocado. Ao final, esta dissertação sustenta a idéia de que se trata, a referida exação, de verdadeiro tributo, da espécie imposto, mostrando as conseqüentes ilegalidades e inconstitucionalidades havidas na legislação que a instituiu, que não respeitou os rígidos princípios constitucionais tributários.



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS
INSTITUTO DE GEOCIÊNCIAS
PÓS-GRADUAÇÃO EM GEOCIÊNCIAS
ÁREA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICA DOS RECURSOS MINERAIS

**FINANCIAL COMPENSATION DUE MINERAL EXPLORATION: AN ANALYSIS
ABOUT ITS JURISDICTIONAL CONCEPTION**

ABSTRACT

MASTER DISSERTATION

Ana Cândida de Paula Ribeiro e Arruda Campos

The 1988 Brazilian National Congress established that mineral properties belong solely to the Union. The first paragraph of article 20 of the Federal Constitution assures to the Union one of the following: a financial participation in the gross revenue of mineral production, or a share of the mineral production. In agreement with the constitution, National congressmen and congresswomen decided to write the law number 7.990 in February 28th (1989) and the law number 8.001 of March 13th (1990) establishing the Financial Compensation For Mineral Exploration (the CFEM Act – Portuguese Abbreviation). These acts, caused significant confusion on the Jurisdictional Doctrine and also Jurisprudence. The present dissertation is aimed at comprehensively analyzing the true nature of the CFEM Act through a comprehensive literature research, including books, legal articles and personal discussions with legal experts. In addition, the present work examines the jurisdictional system of mineral exploration and its rational application in order to provide a sound understanding of the CFEM Act under the current regulatory framework. Preliminary results reinforce that the CFEM Act is indeed a form of taxation. Some illegalities regarding constitutional disagreements are also discussed.

INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de considerável capacidade de produção de minerais mundialmente importantes, tais como, ferro, manganês, alumínio, estanho, cobre, ouro, caulim, calcário, sal-gema, fosfato, entre tantos outros de enorme valorização econômica.

De fato, as riquezas provenientes do subsolo representam no conjunto da economia do Estado um dos fatores de maior relevância. Afinal de contas, não há como promover um “artificial” enriquecimento do subsolo.

Além disso, ressalte-se, a mineração é base da indústria de transformação, como a siderurgia, metalurgia em geral, fabricação de cimento, indústria química, cerâmica e indústria de vidro. E é esse processo de industrialização que agrega valor à matéria prima.

Em razão disso, é natural que o setor desperte o interesse do Estado, quer no que tocante ao regime jurídico das minas propriamente dito, quer no que diz respeito à arrecadação tributária que dele advém.

Neste contexto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, restou estabelecido, no inciso IX de seu artigo 20, que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, se tornassem bens da União Federal.

Paralelamente, no parágrafo 1º também do artigo 20 do Texto Magno, assegurou-se aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, nos termos da lei, ou uma participação no resultado da exploração do 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.

Fazendo uso da competência que lhe foi conferida constitucionalmente, o legislador infraconstitucional elegeu a compensação financeira como forma de atender a determinação da Lei Maior, instituindo a Compensação Financeira por Exploração Mineral, por meio da Lei n.º 7.990/89 de 29.12.89 e da Lei n.º 8.001 de 13 de março de 1.990.

O referido encargo, no entanto, desde sua previsão constitucional, suscita na Doutrina e na Jurisprudência extensa discussão, quer no que toca à sua base de cálculo (faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes da sua transformação industrial), quer no que toca à aferição de sua natureza jurídica.

Neste contexto, muito embora sejam muitos os questionamentos que envolvem o encargo financeiro sob análise, esta dissertação limitar-se-á a verificar a natureza jurídica da Compensação Financeira por Exploração Mineral – CFEM.

A motivação para este trabalho decorre da controvérsia havida tanto na doutrina como na jurisprudência acerca da natureza jurídica da CFEM, bem como da importância de sua precisa determinação.

De fato, a natureza jurídica de uma entidade, em termos gerais, constitui sua própria essência, visto que, tem estrito relacionamento com o regime jurídico a ela aplicado.

Desta forma, se a conclusão for no sentido de a CFEM ser espécie de receita patrimonial originária, de indenização, de royalty ou de preço público, o instituto sob comento ficará livre das severas regras atinentes à tributação.

Por outro lado, se a conclusão for no sentido de que a CFEM configura espécie tributária, automaticamente ela se sujeitará a todos os princípios tributários como, por exemplo, os da reserva de lei complementar e da legalidade.

Assim, tendo em vista a celeuma existente no tocante à determinação da natureza jurídica da CFEM, uma vez que, reitere-se, inexistente consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito, o sentido prático deste trabalho é tentar buscar a identificação desse instituto jurídico, de modo que fiquem definidas as normas a serem efetivamente aplicáveis.

Além disso, a determinação de sua natureza jurídica visa a impor maior rigor na aplicação da lei, oferecendo, conseqüentemente segurança jurídica aos cidadãos que se vêem compelidos ao seu pagamento.

O presente estudo, em suma, originou-se a partir das preocupações com os seguintes questionamentos:

- Constitui a CFEM mero ingresso pecuniário aos cofres estatais ou receita pública propriamente dita?
- Constitui a CFEM espécie de receita originária ou derivada?
- A CFEM caracteriza-se como royalty?
- A CFEM caracteriza-se como indenização devida ao ente estatal?
- Constitui a CFEM espécie tributária?
- Trata-se, a CFEM, de contribuição de intervenção no domínio econômico?
- Reveste-se a CFEM da natureza jurídica de taxa?
- Reveste-se a CFEM da natureza jurídica de imposto?

Para a execução da pesquisa foram levadas em consideração as variáveis citadas, pretendendo demonstrar que a CFEM constitui receita derivada, revestindo-se da natureza jurídica tributária da espécie imposto.

Para tanto, foi resgatado um considerável material composto de livros referentes ao estudo da mineração e do Direito Tributário, artigos de periódicos especializados nos referidos assuntos, de jurisprudência e de toda a legislação pertinente.

O método sistemático utilizado na pesquisa consistiu na análise dialética da doutrina e da jurisprudência, consistente na verificação das teses desenvolvidas por muitos autores, como é o caso de Roque Antonio Carrazza, Alberto Xavier, Ana Maria Scartezzinni e Arnold Wald que pugnam pela idéia de que a CFEM se reveste de natureza tributária. Foram estudadas, também, suas antíteses, sustentadas pela jurisprudência, por Carlos Lacerda, por Hildebrando Herrmann, dentre outros, que atribuem ao instituto a natureza de royalty, preço público ou indenização.

Assim, este trabalho, que muito embora se aproxima da tese que determina a natureza tributária à CFEM, procurou operar a síntese entre as posições analisadas.

O trabalho foi dividido em quatro capítulos tratando o primeiro de trazer, de maneira sucinta os conceitos e características básicas da indústria mineral de maneira a posicionar o leitor sobre o funcionamento e a importância do setor econômico sobre o qual incide a CFEM.

No segundo capítulo destacam-se os sistemas jurídicos de exploração e aproveitamento mineral, fazendo-se um apanhado de sua evolução histórica até se chegar no arcabouço legal vigente no País.

O terceiro capítulo, cerne da presente dissertação, aborda a natureza jurídica da CFEM, enfocando a controvérsia havida sobre ela. Para tanto, resgataram-se as principais correntes doutrinárias e jurisprudenciais que atribuem ao encargo enfocado as mais diversas roupagens como royalty, preço público, indenização ou tributo.

Partindo da premissa de que constitui a CFEM verdadeiro tributo da espécie imposto, volta-se o quarto capítulo à aferição das ilegalidades e inconstitucionalidades das leis e do decreto que a instituíram e regulamentaram, visto que violaram princípios fundamentais atinentes à tributação.

CAPÍTULO I

DA INDÚSTRIA MINERAL: CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS BÁSICAS

Os recursos minerais, desde a era pré-histórica, representam fundamental importância ao homem, isto porque sempre foram utilizados como insumos indispensáveis à sua sobrevivência, como era o caso da pedra lascada e do sílex, que lhe era útil como fonte de calor. Com o passar do tempo e o desenvolvimento industrial, além de sua função essencial, os recursos minerais passaram a representar importância nas economias nacional e mundial, na medida em que foram sendo utilizados como insumos na indústria de bens e consumo.

Além disso, a atividade minerária fornece insumos que são usados como fonte de energia, como é o caso do petróleo, do carvão, do urânio; para construir abrigos, como é o caso da argila, da areia, da brita; para a obtenção de produtos medicinais, como é o caso da areia monazítica e na produção de alimentos, como é o caso da calcita, do ferro e do níquel.

Desta maneira, em função da crescente demanda industrial por estes bens naturais, a atividade extrativa mineral foi obrigada a incrementar-se tecnicamente, desenvolvendo métodos de lavra cada vez mais eficientes.

Cumprе ressaltar, ainda, que a indústria mineral possui características muito distintas das demais, quais sejam a não-renovabilidade do patrimônio mineral, o que implica sua utilização de modo a gerar o máximo de benefício para a sociedade, e o fato de que a localização das acumulações minerais é regida por leis naturais, não sendo, desta maneira, influenciadas pelo homem. Neste tocante, algumas empresas mineradoras são forçadas a exercer suas atividades em áreas remotas em relação ao mercado consumidor.

Assim, para que haja um entendimento dos próximos capítulos, necessário se faz traçar uma síntese do funcionamento da indústria sob comento, trazendo, para tanto, alguns conceitos fundamentais.

A mineração, segundo MAIA (1.972), pode ser conceituada como sendo a ciência de descobrir, avaliar, desenvolver e extrair as substâncias metálicas, não-metálicas e energéticas, dentre outras existentes na superfície ou no interior do planeta Terra, bem como a atividade de transportá-las até a usina de processamento ou ao consumidor final.

A atividade minerária pode ser dividida em duas grandes fases, quais sejam, a de procura dos recursos minerais, conhecida como pesquisa mineral ou exploração dos recursos minerais¹, e a de aproveitamento, conhecida como lavra ou exploração mineral.

A exploração mineral é a fase responsável pelo planejamento dos trabalhos para a descoberta dos depósitos minerais, bem como sua quantificação e classificação. Uma campanha exploratória compreende as seguintes etapas, dentre outras: seleção de áreas alvo para a pesquisa; elaboração, execução e acompanhamento do plano de pesquisa (equipe técnica, equipamentos usados, etc); realização de trabalhos exploratórios geológicos, geoquímicos e geofísicos como forma de acessar indiretamente o corpo mineralizado; realização de trabalhos de acesso direto ao corpo, tais como execução de trincheiras, poços e sondagens; estimativas de reservas e estudos de viabilidade econômica.

Os trabalhos realizados na fase de exploração mineral obedecem à uma seqüência lógica. Assim, por exemplo, somente são realizados estudos para estimar volumes, tonelagens e teores após a delimitação da mineralização pelos trabalhos geológicos, geofísicos e geoquímicos. Do mesmo modo, não se podem realizar estudos de viabilidade econômica sem a prévia estimativa das reservas.

¹ Muito embora estas terminologias sejam utilizadas como sendo sinônimas, elas não o são. A exploração mineral se refere à fase preliminar de investigação de um depósito mineral, compreendendo, geralmente, métodos de acesso indireto ao depósito (métodos geofísicos e geoquímicos e outros como imagens de satélite, por exemplo). A pesquisa mineral, por sua vez, compreende os trabalhos de delimitação do corpo geológico (trincheiras, poços, travessas, etc.).

Após o fim dos estudos de exploração, caso seja descoberta uma jazida –assim definida *toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico*² - iniciam-se os trabalhos de aproveitamento do depósito mineral, trabalhos estes que, reitere-se, são conhecidos como lavra ou exploração mineral.

Antes, porém, de explicitar essa fase da atividade minerária, torna-se fundamental o esclarecimento de alguns conceitos que ajudarão no seu entendimento, tais como: jazida, mina, minério, mineral-minério e ganga.

A jazida, como anteriormente explicitado, é um depósito mineral que possui valor econômico, ou seja, apresenta condições favoráveis de comercialidade. A mina, por seu turno, é *uma jazida em lavra, ainda que suspensa*³.

O minério é a substância a partir da qual se pode extrair um ou mais minerais ou metais de valor. O mineral-minério é aquele mineral que contém a substância de valor econômico (por exemplo, a hematita é chamada de mineral-minério de ferro, pois é um mineral que contém o metal Fe). A ganga é constituída pelos minerais sem valor comercial que ocorrem juntamente com o mineral-minério e formam o minério.

A lavra⁴ ou exploração, pelas lições de MAIA (1.972), é a sistematização e coordenação dos trabalhos desenvolvidos para o aproveitamento mais completo, seguro e econômico da substância valiosa. Pode ser realizada a céu aberto ou subterraneamente, decisão que será tomada levando-se em conta o menor custo de extração. No entanto, deve-se considerar outros determinantes, tais como forma do corpo geológico, sua localização, seu ambiente antrópico, etc.

A lavra a céu aberto caracteriza-se como um conjunto de operações coordenadas

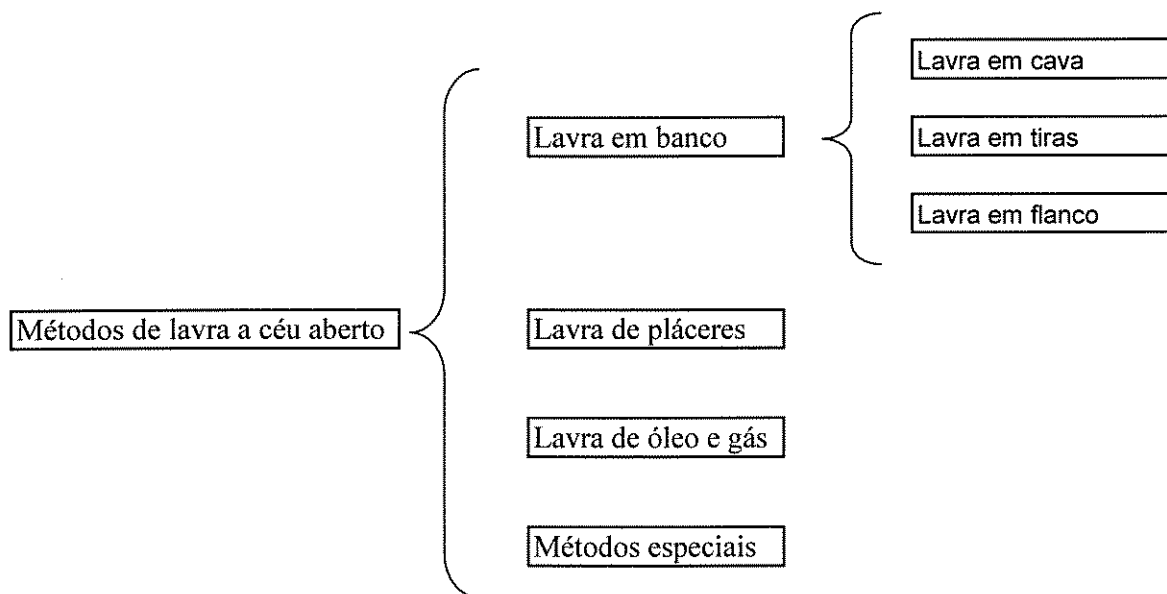
² Artigo 4º do Código de Mineração

³ Artigo 4º do Código de Mineração

⁴ O artigo 36 do Código de Mineração define lavra como *sendo o conjunto de operações objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas*.

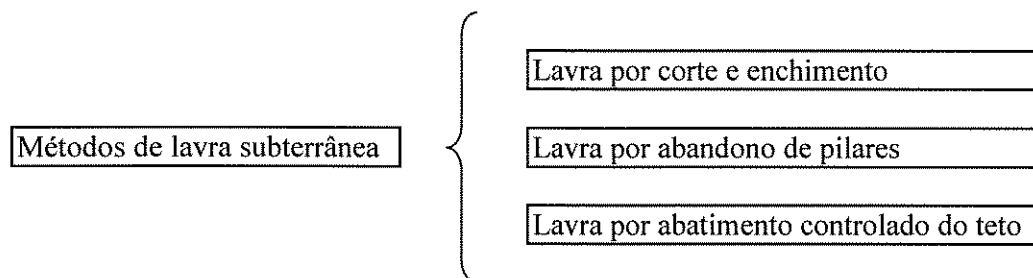
executadas para a extração de uma ou mais substâncias minerais e realizadas por meio de escavações superficiais. Sua profundidade geralmente não ultrapassa 500 metros (caso de grandes minas de ferro ou cobre). As principais vantagens da lavra a céu aberto são a possibilidade de mecanização e a alta produtividade. As principais desvantagens são a poluição (visual, atmosférica, sonora, etc) e a exposição dos equipamentos e dos trabalhadores às adversidades climáticas, etc.

De uma maneira geral, HARTMAN e MUTMANSKY (2000) classificam os métodos de lavra a céu aberto como os mostrados no quadro abaixo:



A lavra subterrânea caracteriza-se como um conjunto de operações coordenadas executadas para a extração de uma ou mais substâncias minerais e realizadas por meio de escavações subterrâneas. A lavra subterrânea ocorre em situações em que é necessário evitar poluição atmosférica ou em hipóteses em que não se pode usar o solo para as atividades de lavra, como nos casos de lavra sob cidades, rios, lagos, parques ecológicos, etc.

Resumidamente, pode-se dizer que os principais métodos de lavra subterrânea, ainda de acordo com HARTMAN e MUTMANSKY (2000), estão disciplinados como demonstra o quadro abaixo:



Feitas essas considerações sobre a indústria mineral, bem como suas características fundamentais, passa-se, no tópico seguinte, ao estudo de como o Direito regulamenta esta atividade. Vale salientar, que maiores considerações de ordem técnica serão feitas quando do estudo da Compensação Financeira por Exploração Mineral.

CAPÍTULO II

DOS SISTEMAS JURÍDICOS DE EXPLORAÇÃO E APROVEITAMENTO MINERAL

2.1. Evolução histórica dos sistemas jurídicos de exploração e aproveitamento mineral

Os recursos minerais, por sua inexorável importância no cenário econômico de uma Nação, sempre despertaram, na doutrina jurídica, uma ânsia de elaboração de teorias, cujo fim é o de zelar pela prosperidade das minas, de modo a direcionar seu aproveitamento, como bem coloca NOGUEIRA (1.997), *“ao gozo da sociedade, para constituir um dos pilares do desenvolvimento econômico e da estrutura política”*.

Desta maneira torna-se vital traçar uma síntese dos diversos regimes jurídicos de exploração e aproveitamento dos recursos minerais, pois, dos sistemas adotados, derivam as características e modalidades da legislação mineral, que, em seu bojo, trazem instrumentos para a fixação do desenvolvimento econômico e conseqüentemente tendem a direcionar o sistema tributário nele incidente.

Vale dizer que o que se constata, ao analisar os caracteres destes sistemas, é que eles variam, basicamente, de acordo com a maior ou menor intervenção do Estado no setor, ora deixando as jazidas sob a propriedade de particulares ora reservando-as ao ente estatal.

Neste contexto, pode-se afirmar, sob o enfoque de uma visão globalizada, que os sistemas de regência das minas são dois: o que considera o subsolo acessório do solo, acarretando o acompanhamento da jazida no destino que for dado ao solo, e o que considera a jazida como sendo bem distinto do solo em que se encontra, pertencendo ou ao Senhor Feudal, ou à Coroa ou ao Domínio Nacional.

Esta visão generalizada, no entanto, foi dissecada por vários autores, que trouxeram concepções diversas quanto à classificação em função das influências políticas e econômicas que receberam.

VIVACQUA (1.942), por exemplo, classificou estes sistemas como sendo: dominial, regaliano, res nullius, res omnium, inapropriabilidade do ignoto, ocupação ou liberdade industrial ou mineira, mina aos mineiros, reserva estatal, adjudicação em hasta pública, acessão ou fundiário e fundiário concessional.

HERRMANN (1.980), seguido por BARBOSA (1.994), propõe a divisão dos sistemas de pesquisa e aproveitamento mineral em: sistema regaliano ou regalengo, sistema dominial, sistema fundiário ou de acessão e sistema de autorização e concessão. Vale ressaltar, que esta classificação é a que mais coincide com a evolução da legislação mineral brasileira.

Contudo, a classificação mais aceita¹ e que, por tal razão, será adotada como parâmetro, já que elenca um maior número de modelos de aproveitamento mineral, sugere a divisão dos sistemas nos cinco regimes que se seguem:

¹ Esta classificação é proposta por Elias Bedran *in Mineração à Luz do Direito Brasileiro*, pp. 37 e 38, por Themistocles Brandão Cavalcanti, *in Curso de Direito Administrativo*, p. 472 e por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in Direito Administrativo*, p. 485.

Regime	Características
Fundiário ou de Acessão ²	O proprietário do solo é também proprietário do subsolo, ou seja, ao proprietário do solo é também dada a propriedade das minas que nele se encontram encravadas.
Dominial ou Regaliano ³	Distingue a propriedade superficial da do subsolo, que passa a integrar o patrimônio do Estado, que pode explorá-lo diretamente ou por meio de concessionário.
Res Nullius	Considera a jazida mineral coisa sem dono até o Estado, representando os interesses da sociedade, a conceder a um particular.
Ocupação ou liberdade industrial ⁴	As substâncias subterrâneas não pertencem a ninguém até que o subsolo seja lavrado. Quem as extrai, delas se apropria a título de seu trabalho, como primeiro ocupante.
Concessional ⁵	Considera o subsolo propriedade distinta do solo, pertencendo este ao Estado que concede sua exploração por meio de atos de concessão.

No Brasil, dos sistemas de aproveitamento mineral apresentados, tiveram lugar, ao longo de seus períodos históricos, apenas os regimes regaliano, dominial, de acessão ou fundiário e o de autorização e concessão.

O Regime Regaliano vigeu durante todo o período colonial, em função da detenção, pela Coroa Portuguesa, dos “*veeiros de ouro ou prata ou qualquer outro metal*”, conforme determinado pelas ordenações Manuelinas em seu título 25, parágrafo 15, livro II, que já regiam o Brasil à época de sua colonização.

²Muitos autores ao expor sobre o regime acessionista afirmam que ele decorre da fórmula *usque ad coelum et usque ad inferos*. Atílio Vivacqua adverte para a correta interpretação do brocardo romano sob comento. O eminente estudioso, citando Vittorio Scialoja, sustenta que no próprio direito romano não existia a referida fórmula, que é considerada uma pura metáfora introduzida pelo glosadores. Argumenta, ainda que estes “vincularam infundadamente ao direito romano, em cujas fontes não se encontram, segundo a conclusão de eminentes romanistas, vestígios desta hipérbole”. in *A nova Política do Sub-solo e o Regime Legal das Minas*. Rio de Janeiro, Editora Panamericana, 1.942, p. 405.

³Cumpra-se atentar que não é pacífica a idéia de que estes regimes sejam sinônimos. Os autores que sustentam a diferença havida entre eles o fazem fundando-se na distinção havida entre as pessoas detentoras da propriedade do subsolo. Esta posição é defendida por Herrmann para quem “*embora as conseqüências sejam as mesmas, há uma diferença muito sutil entre um e outro. Enquanto o Regaliano ligava-se diretamente à figura do monarca, portanto de natureza mais pessoal, o regime posterior era mais impessoal, pois ligava-se ao Estado*”. in *Política de aproveitamento de areia no Estado de São Paulo: dos conflitos existentes às compatibilizações possíveis*. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq, 1.992, p. 48.

⁴Este modelo tem como vantagem o incentivar o particular à realização de pesquisas minerais. Por outro lado comporta críticas como o risco excessivo que acarreta entregar à particular inidôneo o domínio de riquezas de interesse coletivo, a dificuldade de se identificar, com precisão, o verdadeiro momento de ocupação da mina e conseqüentemente, o momento de aquisição da propriedade da mina.

⁵Nos regimes dominial e regaliano também se percebe a figura da concessão para a viabilização da lavra do recurso mineral, o que torna tais regimes muito semelhantes. No entanto, as concessões havidas num e noutro regime são concebidas de maneira diversa, o que justifica a diferença de terminologia.

Após a independência do Brasil, em 1.822, as jazidas, que anteriormente eram de propriedade da Coroa Portuguesa, passaram à propriedade da Nação Brasileira, configurando o Regime Dominial. Esta sistemática foi ratificada pela Lei de 20 de outubro de 1.823, que determinava a aplicação das Leis Portuguesas no País. Naquele momento, houve a transferência da titularidade dos referidos bens minerais, que, das mãos do Rei, passaram às mãos do Estado-coletividade.

Com a promulgação da Constituição de 1.891, determinou-se, pela primeira vez na história brasileira, o Regime Fundiário ou de Acessão, pondo termo à dupla propriedade.⁶

Esta sistemática, no entanto, foi repelida pela Constituição de 1.934⁷, quando ela impôs o Regime Concessional, novamente separando as propriedades do solo e subsolo para fins de exploração mineral.

⁶Interessante trazer à colação a intenção de alguns legisladores de temperar o princípio constitucional accessionista, procurando-se estabelecer casos e condições em que a mina poderia ser explorada por terceiros. Foi o que propôs João Pandiá Calógeras, no Decreto n.º 2.933, de 06.01.1.915, instrumento normativo este que ficou conhecido como Lei Calógeras e não chegou a entrar em vigor em virtude da ausência de regulamentação. Com a promulgação do Código Civil de 1.916, no entanto, frustraram-se os esforços em dirimir a rigidez imposta à extração mineral, já que o referido Estatuto, em seu artigo 526, reafirmou o princípio da propriedade absoluta.

⁷Há entendimentos de que a Constituição de 1.934, o regime instituído foi o da “*res nullius*”, entendimentos estes que buscaram fundamento nos dizeres de Juarez Távora, contidos na exposição de motivos da codificação mineral de 1.934, quais sejam: “*Na realidade por estas circunstâncias, o regime jurídico instituído para as minas no Brasil é o das autorizações e concessões do poderes públicos, como meros administradores, não sendo, em suma, senão o da res nullius em sua mais pura acepção. A ninguém pertencem de fato as minas: como detentores as terão aqueles que as lavrarem enquanto mantiverem a lavra em plena atividade*”.

Cumpra ressaltar, que, com a entrada em vigor do Código de Minas de 10 de julho de 1.934, foram ratificados os ditames da Carta Magna estabelecendo que as jazidas conhecidas pertenciam aos proprietários do solo, enquanto as desconhecidas, quando descobertas, seriam incorporadas ao patrimônio da Nação. Esta forma de exploração mineral ficou conhecida como “manifesto de mina”.⁸

As Constituições de 1.937, 1.946 e 1.967/69, por seu turno, não trouxeram mudanças substanciais no regime de exploração e aproveitamento mineral, dispondo, tão somente, sobre a entrada do capital estrangeiro no País e sobre o direito de preferência de exploração do superficiário.⁹

Com a promulgação da Constituição Federal de 1.988, introduziu-se, no ordenamento jurídico, tratamento mais extenso e detalhado do setor mineral. O regime de exploração continuou sendo o concessional, consagrando-se, respectivamente, no inciso IX do seu artigo 20 e no *caput* do artigo 176, de maneira expressa, a propriedade da União sobre os recursos minerais e a separação destes do solo onde se encontram cravados.

2.2. Do sistema jurídico de exploração e aproveitamento mineral vigente no Brasil

Antes de adentrar no estudo do sistema jurídico de exploração e aproveitamento mineral previsto na legislação vigente, faz-se necessário prestar esclarecimentos acerca das terminologias *exploração* e *aproveitamento* mineral, muito utilizadas nesta dissertação, pois elas são de fundamental importância para a perfeita compreensão das questões que nela são debatidas.

⁸ Vale mencionar que ao lado do manifesto de minas, existia o manifesto de pesquisa, consistente na manifestação por pesquisar determinado terreno quando houvesse suspeita de jazida. Uma vez manifestada a pesquisa, seu titular tinha o prazo de 5 anos para provar a existência da jazida, quando, em caso positivo, lhe era conferida a concessão de lavra. O manifesto de pesquisa, ao contrário do manifesto de minas, não outorgava a propriedade, na medida em que, no máximo, determinava a concessão de lavra.

Sobre o manifesto de minas, vide o item 2.2.2.6

⁹A Constituição de 1.937 exigia a nacionalidade brasileira para os acionistas das empresas de mineração. A Carta de 1.946 abre as fronteiras do país ao capital estrangeiro e institui o regime de preferência em favor do superficiário para a exploração dos recursos minerais. A Constituição de 1.967/69 substitui o regime de preferência pela participação do superficiário no resultado da lavra, passando a vigor a regra da prioridade determinada pela precedência da entrada no protocolo do DNPM.

Com efeito, a indústria mineral deve ser concebida por meio de sua divisão em dois grandes momentos: a exploração e o aproveitamento dos recursos minerais. A fase exploratória é compreendida pela pesquisa mineral, que tem por fim a constatação da existência econômica de recursos minerais passíveis de extração. O aproveitamento mineral, por sua vez, diz respeito à extração propriamente dita, ou seja, à lavrança, à exploração mineral.

Os regimes de exploração e aproveitamento mineral, hoje em vigor, além das disposições constitucionais já explicitadas, estão disciplinados pelo Decreto-Lei n.º 227/67 – atual Código de Mineração – com a redação que lhe foi dada pelas Leis n.º 6.403/76, 6.567/78, 8.982/95 e 9.314/96.

O referido Código de Mineração, em seu artigo 2º, os elenca como sendo: regime de autorização, regime de concessão, regime de licenciamento, regime de permissão de lavra garimpeira e regime de monopólio. Ademais, é pertinente elencar, ao lado dos regimes trazidos no Digesto Mineral, o Regime de Permissão de Extração Mineral, instituído pela Lei n.º 9.827/99 e que será tratado no item n.º 2.2.2.4.

Neste tocante é importante salientar que, muito embora o Código de Mineração tenha arrolado a pesquisa mineral como sendo espécie de regime de aproveitamento, do ponto de vista técnico esta classificação resta equivocada, já que a pesquisa pertence à fase exploratória, não devendo ser confundida com aproveitamento mineral.

No entanto, muito embora a codificação mineral tenha classificado os regimes de aproveitamento nos cinco citados, será utilizada a classificação proposta por SERRA (2000), que ao fazê-lo diverge da classificação extraída do Código de Mineração em razão de entender que *“além das substâncias objeto de monopólio possuem um regime específico, há outras substâncias, quer pela localização, quer pela natureza, ou quer pelo interesse que despertam, que também são objeto de legislação especial”*.

Assim, segundo SERRA (2000), o aproveitamento dos recursos minerais, quanto aos regimes de pesquisa e aproveitamento, é classificado como sendo: regime de autorização de pesquisa, regime de concessão de lavra, regime de licenciamento mineral, regime de lavra garimpeira, regime de permissão de extração mineral e regime especial.

Data maxima venia, na classificação acima, incluir-se-á o manifesto de minas como um regime à parte, pois, muito embora as minas manifestadas devam se sujeitar às condições do Código de Mineração, tais quais as minas concedidas, elas carregam, em sua definição, peculiaridades que merecem ser ventiladas em tópico separado.

2.2.1. Da exploração mineral

A exploração mineral, reitere-se, também conhecida como pesquisa, é a fase responsável pelo planejamento dos trabalhos para descoberta dos depósitos minerais, bem como sua quantificação.

Sob o ponto de vista jurídico, ela viabiliza-se por meio da outorga de documento conhecido como autorização de pesquisa, que pode ser definido, em linhas gerais, como sendo o título minerário que confere ao pesquisador a realização dos trabalhos preliminares do empreendimento mineiro, a fim de conhecer o subsolo e constatar se nele existe minério e, se existente, auferir sua exeqüibilidade técnico-econômica. Confirmam-se suas particularidades:

O Código de Mineração entende ser a exploração mineral a execução de trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exeqüibilidade de seu aproveitamento econômico¹⁰.

Ela compreende, entre outros, os seguintes trabalhos de campo e de laboratório: levantamentos geológicos pormenorizados da área a pesquisar, em escala

¹⁰ *Caput* do art. 14 do Código de Mineração.

conveniente; estudos dos afloramentos e suas correlações; levantamentos geofísicos e geoquímicos; abertura de escavações visitáveis e execução de sondagem no corpo mineral; amostragens sistemáticas; análises físicas e químicas das amostras e dos minérios ou das substâncias minerais úteis, para obtenção de concentrados de acordo com as especificações do mercado ou aproveitamento industrial¹¹.

A definição da jazida resultará da coordenação, correlação e interpretação dos dados colhidos nos trabalhos executados e conduzirá a uma medida das reservas e teores. A exequibilidade do aproveitamento econômico resultará da análise preliminar dos custos de produção, dos fretes e do mercado¹².

A autorização será outorgada pelo Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM – mediante requerimento do interessado, a brasileiro, pessoa natural, firma individual ou empresas legalmente habilitadas¹³.

Os trabalhos necessários à pesquisa serão executados sob a responsabilidade profissional de engenheiro de minas, ou geólogo, habilitado ao exercício da profissão¹⁴.

A autorização de pesquisa não terá prazo de validade inferior a 1 (um) ano nem superior a 3 (três) anos, prazo este que ficará a critério do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM – que deverá levar em consideração as características especiais da situação da área e da pesquisa que se objetiva. Admite-se, no entanto, a prorrogação deste prazo tendo por base a avaliação do desenvolvimento dos trabalhos e desde que requerida até 60 (sessenta) dias antes de expirar-se o prazo da autorização vigente¹⁵.

¹¹ Parágrafo 1º do art. 14 do Código de Mineração.

¹² Parágrafo 3º do art. 14 do Código de Mineração.

¹³ Caput do art. 15 do Código de Mineração, com redação dada pela Lei n.º 9.314/96.

¹⁴ Parágrafo único do art. 15 do Código de Mineração, com redação dada pela Lei n.º 9.314/96.

¹⁵ Alíneas “a” e “b” do inciso III do art. 22 do Código de Mineração c/c item I da Portaria DNPM n.º 23/97.

Para as substâncias aproveitadas sob o regime de licenciamento¹⁶, as águas minerais e potáveis de mesa, areia quando aproveitada ao uso na indústria de transformação, feldspato, gemas (exceto diamante), pedras decorativas de coleção e para confecção de artesanato mineral, mica e rochas para revestimento, a autorização terá o prazo de 2 (dois) anos¹⁷. Para as demais substâncias, o prazo será de 3 (três) anos.

No tocante à área a ser pesquisada, a autorização de pesquisa deverá ficar adstrita às seguintes limitações:

- 2000 (dois mil) hectares – substâncias minerais metálicas, substâncias minerais fertilizantes, carvão, diamante, rochas betuminosas e pirobetuminosas, turfa e sal gema¹⁸.
- 10.000 (dez mil) hectares – se as substâncias supracitadas estiverem localizadas na Amazônia Legal¹⁹.
- 50 (cinquenta) hectares – substâncias aproveitadas sob o regime de licenciamento mineral e para as águas minerais e potáveis de mesa e, ainda, para areia quando aproveitada ao uso pela indústria de transformação, feldspato, gemas (exceto diamante), pedras decorativas de coleção e para confecção de artesanato mineral, mica e rochas para revestimento²⁰.
- 1.000 (hum mil) hectares – para as demais substâncias minerais e para as rochas de revestimento²¹.

¹⁶ Ressalte-se que após o advento da Lei n.º 8.982/95, as substâncias aproveitadas diretamente na construção civil, poderão ser exploradas quer pelo Regime de Licenciamento, quer pelo Regime de Concessão.

¹⁷ Inciso I do art. 3º da Portaria DNPM n.º 40/2000.

¹⁸ Inciso I do art. 1º, da Portaria DNPM n.º 40/2000.

¹⁹ Parágrafo 2º do art. 1º da Portaria DNPM n.º 40/2000.

²⁰ Inciso II do art. 1º da Portaria DNPM n.º 40/2000.

²¹ Inciso III do art 1º e art. 2º da Portaria DNPM n.º 40/2000.

Vale ressaltar que, muito embora a função da pesquisa não seja a extração mineral propriamente dita, existe previsão legal excepcionando a exploração antes da outorga da concessão de lavra. Esta extração, em caráter excepcional, será feita por meio de documento denominado Guia de Utilização, que será expedido *mediante prévia autorização do Diretor Geral do DNPM*²².

Ao fim da pesquisa mineral realizada, o pesquisador deverá apresentar ao DNPM relatório a ela referente, cujos estudos deverão concluir ou pela exeqüibilidade técnico-econômica da jazida, ou pela sua inexistência ou inexeqüibilidade técnico-econômica da lavra em face da presença de fatores conjunturais adversos, tais como: inexistência de tecnologia adequada ao aproveitamento econômico da substância mineral ou inexistência de mercado interno ou externo para a substância mineral²³.

Uma vez aprovado o relatório, o titular terá o prazo de 1 (um) ano para requerer a concessão de lavra e, dentro deste prazo, poderá negociar seu direito a essa concessão²⁴.

Merecem, atenção, além das características e requisitos impostos pela legislação no que se refere à pesquisa mineral, as discussões que cercam a natureza jurídica do instituto sob comento.

Sustenta FREIRE (1.996), que se trata a autorização de pesquisa de ato administrativo vinculado, para o qual não está reservada qualquer discricionariedade. Para esse autor,

“firmada a prioridade pela precedência do protocolo do requerimento, sem indeferimento de plano, o minerador adquire o direito à obtenção do título minerário, desde que cumpra as

²² Art. 1º da Instrução Normativa DNPM n.º 1/2000.

²³ Alíneas “a” e “b” dos incisos I, II e III do art. 23 do Código de Mineração, com redação dada pela Lei n.º 9.314/96.

²⁴ Art. 31 do Código de Mineração.

determinações legais. Forma-se um conjunto de atos administrativos sucessivos, relacionados e dependentes entre si, objetivando uma finalidade única, que é possibilitar a transformação do depósito mineral inerte em riqueza, trazendo para a sociedade todos os benefícios conseqüentes. Não há margem de opção do DNPM, cuja atuação se resume no estrito cumprimento do Código de Mineração”. (grifo nosso)

O mesmo entendimento tem GODINHO (1.980), para quem:

“as autorizações de pesquisa e concessões de lavra contempladas na Constituição e no direito minerário são de outra natureza, são próprias, não se confundem com as autorizações e concessões ordinárias. (...) Atos administrativos unilaterais negociais, que perfazem tão só com o alvará ministerial ou com o decreto presidencial que as outorga, atendidos os requisitos constitucionais, legais e regulamentares que regem a mineração no País, a autorização de pesquisa e a concessão de lavra são, no entanto, vinculantes para as partes, gerando direitos e obrigações recíprocas, oponíveis a terceiros que pretendem desconhecer-los ou negociá-los. Não são, portanto, atos discricionários nem precários, revogáveis ao nuto do governo. São atos definitivos de outorga de direitos, exercitáveis sob o amparo do Código de Mineração e seu Regulamento e só cassáveis pela União nos casos previstos em lei” (grifo nosso)

Para os autores citados, uma vez cumpridas as exigências constitucionais, legais e normativas e, portanto, inexistindo razões para indeferimento de plano, a pesquisa deverá ser deferida, por não existir espaço para deliberações de ordem subjetiva. Para eles, ressalte-se, o ato de outorga da autorização de pesquisa mineral é vinculado.

SERRA (2000), contrariando o pensamento dos autores acima mencionados, defende a tese de que a autorização de pesquisa deve ser conceituada como sendo “ato administrativo discricionário, estável, pelo qual se faculta a pesquisa mineral para fins de verificação da exequibilidade técnico-econômica do recurso mineral”.

Funda sua idéia citando SUNDFELD (2000), que se insurge contra o argumento de que a discricionariedade está relacionada com a liberdade de escolha, pela Administração, da conveniência e oportunidade do ato. Aduz o renomado administrativista o que entende por discricionariedade:

“o poder que a Administração pode ter de, no caso, concreto, apreciar subjetivamente se estão presentes os pressupostos fixados pela lei como autorizadores da emanção do ato (...) É o poder-dever de o administrador, após um trabalho de interpretação de confronto da norma com os fatos e, restando ainda alguma indeterminação quanto à hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende à vontade da lei.” (grifo nosso)

Ato vinculado, para SERRA (2000), será aquele onde “o legislador não previu, em hipótese alguma, a possibilidade de o administrador apreciar subjetivamente a conveniência e oportunidade do ato no momento ou de sua expedição ou de sua supressão. Será discricionário na hipótese diversa”.

Argumenta ainda a referida autora:

“a Constituição da República, em seu art. 176, § 1º, dispôs que a pesquisa e a lavra dos recursos minerais somente poderão ser efetuadas mediante autorização ou concessão da União no interesse nacional, abrindo, assim, a possibilidade do uso do poder discricionário do administrador, já que o legislador não

elencou objetivamente quais os casos de atendimento do interesse nacional ou quais os casos em que o interesse não é atendido”. (grifo nosso)

A atribuição como ato administrativo discricionário à autorização de pesquisa também é defendida por BEDRAN (1.957), para quem,

“o fato de serem preenchidos os requisitos capitulados em o Código de Minas ou decorrentes de normas administrativas, como vimos em o n.º 110, isso não assegura ao requerente, mesmo que este seja o proprietário do solo, o direito líquido e certo de obter o respectivo decreto de autorização ou concessão. Essa possível recusa, por parte da União, quando ocorre, nada contém de absurdo nem arbitrário, ao ponderarmos que, sendo a Nação proprietária das jazidas e minas, é justo que ela prefira exercitar a própria pesquisa ou lavra. Não está, pois, nessa circunstância, obrigada a atender ao requerente. Pode, de plano, indeferir-lhe o pedido. O seu ato é de império. É discricionário (...)”²⁵

Assim, uma vez que a autorização de pesquisa é um ato administrativo que será outorgado a um particular em nome do *interesse nacional*, cujo conceito, por sua vez, está sujeito à apreciação do administrador, que se utilizará de seu poder discricionário para determinar se há, ou não, naquele pedido, prejudicialidade ao bem público, resta claro, pois, o caráter discricionário que o permeia.

2.2.2. Do aproveitamento mineral

Uma vez findados os trabalhos de exploração, caso seja descoberta e delimitada uma concentração em condições de comercialidade, tem-se uma jazida mineral,

²⁵ Vide artigo 42 do Código de Mineração.

que posta em trabalhos de lavra se torna uma mina, momento em que se inicia a fase de aproveitamento mineral, que, segundo a legislação vigente, pode se dar por meio dos regimes jurídicos a seguir:

2.2.2.1. Da concessão de lavra – conceito e natureza jurídica

Lavra, segundo o Código de Mineração, é o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver até o beneficiamento delas²⁶.

A concessão de lavra, por sua vez, em um sentido lato, pode ser entendida como sendo o consentimento da União dado ao particular para exploração de suas reservas minerais. Depende de portaria de concessão do Ministério de Minas e Energia²⁷.

A concessão de lavra será outorgada tão somente a sociedades legalmente habilitadas²⁸, ou seja, somente empresas de mineração poderão se habilitar ao direito de lavra, não havendo restrições ao número de concessões outorgadas a uma mesma empresa²⁹.

Para que a concessão seja obtida é necessário que a jazida esteja devidamente pesquisada, com relatório aprovado pelo DNPM³⁰, que haja a licença prévia do órgão ambiental competente³¹ e que seja feito plano de aproveitamento econômico da jazida, com descrição das instalações de beneficiamento³².

²⁶ Art. 36 do Código de Mineração.

²⁷ Art. 43 do Código de Mineração, com redação dada pela Lei n.º 9.314/96.

²⁸ Art. 38, inc I do Código de Mineração, com redação dada pela Lei n.º 9.314/96.

²⁹ Parágrafo único do artigo 37 do Código de Mineração, com redação dada pela Lei n.º 9.314/96.

³⁰ Inciso II do art. 38 do Código de Mineração.

³¹ Art. 16 da Lei n.º 7.805/89.

³² Inciso VI do art. 38 do Código de Mineração.

Assim como ocorre com a pesquisa mineral, a natureza jurídica da concessão de lavra também acarreta divergências doutrinárias. A primeira delas reside na atribuição, ou não, à concessão de lavra, de caráter contratual.

A doutrina francesa, representada por BARTHÉLEMY (1.993) e LAUBARDÈRE (1.977), reconhece o caráter contratual à concessão de lavra já que esta se dá por meio de caderno de encargos. O mesmo entendimento é extraído da legislação portuguesa, onde tanto para a atividade de prospecção e pesquisa quanto para a concessão de lavra há possibilidades de estipulação, pelas partes, de condições específicas, de acordo com o caso concreto.

No Brasil, entretanto, não há previsão legal de estipulação de cláusulas, estando as condições para o consentimento da administração totalmente na lei, o que retira, inteiramente da concessão de lavra, o caráter contratual. Este entendimento é também sustentado por SERRA (2000).

Outrossim, deve-se proceder à diferenciação havida entre a concessão de lavra e a concessão de serviço público.

A concessão, segundo CRETELLA JUNIOR (1.968), *“é a transferência temporária ou resolúvel por uma pessoa de direito público, de poderes que lhe competem, para outra pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, a fim de que esta preste serviços por sua conta e risco, mas no interesse geral”*.

Para determinar se a concessão de lavra pode ser considerada concessão de serviço público, necessário faz-se proceder ao cotejo entre os referidos institutos. Veja-se:

Na concessão de serviço público estão presentes a temporariedade e a resubilidade, enquanto na concessão de lavra, é bem certo, não há limitação de prazo, exceto nos casos em que o concessionário descumpra as obrigações expressamente descritas em lei, ou, ainda, no caso de revogação por interesse público, em que o minerador

será devidamente indenizado.

Na concessão de serviço público transfere-se a execução de um serviço do Poder Público ao particular. Neste caso, a indústria extrativa mineral reveste-se de cunho eminentemente privado, sendo reservado ao Estado, na concessão de lavra, tão somente a fiscalização da atividade.

Além disso, a concessão de serviço público é outogada “*intuitu personae*”, o que não ocorre na concessão de lavra, em que, muito embora o direito de pesquisa seja de natureza pessoal, ele pode ser cedido ou gravado com ônus reais.

MEIRELLES (1.997), por seu turno, ao falar sobre a concessão de serviço público, assim aduz:

“Contrato de concessão de serviço público, ou, simplesmente, concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários. É comum, ainda, nos contratos de concessão de serviço público a fixação de um preço, devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último”.

Da definição supra, resta claro que na concessão de serviço público há a cobrança, pelo concessionário, de tarifas cobradas aos usuários. Na atividade mineral, não há que se falar em usuário nem tampouco em tarifa, mas, sim, em adquirente do bem mineral e em preços, que, normalmente, são fixados livremente entre vendedor e comprador.

Não há, outrossim, na concessão de lavra, que se falar em preço devido pelo concessionário ao concedente a título de remuneração dos serviços. O que é por ele devido são tributos, exações estas percebidas em toda e qualquer atividade econômica.

Por fim, na concessão de lavra, não há transferência do exercício à exploração, isto é, não há transmissão de um direito público para um particular, como ocorre na concessão de serviço público, mas há, sim, a criação de um direito por meio de um ato administrativo discricionário que gera uma obrigação ao concessionário.

Vale dizer que, assim como ocorre na aferição da natureza jurídica do ato administrativo de outorga da pesquisa mineral, o ato administrativo criador do direito minerário, em favor do minerador que executará a exploração mineral, também é cercado pela mesma controvérsia.

MEIRELLES (1.977), ao falar sobre o ato administrativo que concede a lavra ao particular, o classifica como sendo ato vinculado, entendimento seguido por FREIRE (1.996) e TEIXEIRA (1.980).

Conforme amplamente exposto quando da discussão em torno da natureza jurídica da pesquisa mineral, quando a lei confere ao administrador uma margem para que haja sua apreciação subjetiva, está presente o caráter discricionário.

No caso de concessão da lavra, o artigo 42 do Código de Mineração estabelece que “*a autorização será recusada se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial a juízo do Governo*”. Ora, a definição do que seja prejudicial ao bem público ou do que seja o comprometimento dos interesses que superem a utilidade da exploração industrial, ficarão, inexoravelmente, a cargo do administrador que a fará analisando subjetivamente cada caso concreto.

Desta feita, da mesma maneira que a pesquisa mineral, a concessão de lavra

está revestida, pois, de caráter discricionário, posição também sustentada por SERRA (2000), pois para a sua concessão é necessária, além do cumprimento de todos os requisitos legais, a apreciação subjetiva do Administrador Público.

Assim, diante do exposto, conclui-se que a concessão de lavra não possui caráter contratual, nem de serviço público, sendo, pois, ato administrativo discricionário que constitui direito em favor do minerador.

2.2.2.2. Do licenciamento mineral – conceito e natureza jurídica

O regime de aproveitamento, na modalidade Licenciamento Mineral, está disciplinado pelas Leis n.º 6.403/76, 6.567/78, alterada pela Lei n.º 8.982/95 e pelos artigos 11 e 18 do Código de Mineração.

Poderão ser aproveitados por este regime os minerais que tenham utilização imediata na construção civil, quais sejam: areias, cascalhos e saibros para utilização imediata na construção civil, no preparo de agregados e argamassas, desde que não sejam submetidos a processo industrial de beneficiamento, nem se destinem, como matéria-prima, à indústria de transformação; rochas e outras substâncias minerais, quando aparelhadas para paralelepípedos, guias, sarjetas, mourões e afins; argilas usadas no fabrico de cerâmica vermelha; rochas, quando britadas para uso imediato na construção civil e os calcários empregados como corretivos de solo³³.

Para que tais minerais possam ser aproveitados sob o regime de licenciamento, necessário faz-se que a extração tenha interesse mercantil. Assim, segundo FREIRE (1.996) “*a movimentação de terra, desmonte de material in natura destinado a terraplanagem, aterros, abertura de vias de transporte e portos, também não se sujeitam aos preceitos da Lei n.º 6.567/78*”.

Cumprе ressaltar que, com o advento da Lei n.º 8.982/95, se passou a

³³ Incisos I, II, III e IV do art. 1º da Lei n.º 6.567/78, com redação dada pela Lei n.º 8.982/95.

permitir, no tocante aos recursos minerais de utilização na construção civil, a dualidade de regimes, ficando a cargo do interessado a escolha daquele que melhor se adapte aos seus interesses. Pode assim, optar ou pelo regime de concessão ou pelo regime de licenciamento.

Outrossim, caso a substância que se pretenda utilizar comporte destinação mais nobre que a construção civil, o DNPM poderá indeferir o pedido.

O regime de licenciamento impõe área máxima de 50 (cinquenta) hectares³⁴ e cabe exclusivamente ao proprietário do solo ou a quem dele tiver expressa autorização. No entanto, quando houver o cancelamento do registro da licença do proprietário ficará facultada a terceiros a exploração da área independentemente de autorização do proprietário³⁵, salvo se os recursos minerais estiverem situados em imóveis pertencentes à pessoa jurídica de direito público³⁶. Em qualquer caso, o titular deverá ser brasileiro³⁷.

Em tal regime exigem-se licença específica, que é conferida, pela autoridade municipal, no município de localização da jazida, e o subsequente requerimento de aproveitamento mineral sob o regime de licenciamento no DNPM³⁸.

A licença específica a cargo da autoridade tem como pressuposto garantir que não haja exploração que vá de encontro ao ordenamento territorial municipal, cabendo a tal autoridade o exercício de vigilância³⁹.

³⁴ Parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 6.567/78.

³⁵ Art. 2º, c/c. o parágrafo 1º do art. 10 da Lei n.º 6.567/78.

³⁶ Art. 2º da Lei n.º 6.567/78.

³⁷ Art. 5º da Lei n.º 6.567/78.

³⁸ Art. 3º da Lei n.º 6.567/78.

³⁹ Parágrafo único do art. 6º da Lei n.º 6.567/78.

A critério do DNPM poderá ser exigida a apresentação de Plano de Aproveitamento Econômico – PAE, ocasião em que deverão ser observados os requisitos determinados no artigo 39 do Código de Mineração⁴⁰.

Essa forma de exploração exige, pois, dupla manifestação administrativa: do Município e da União, o que faz com que as análises de um e de outro sejam feitas separadamente, uma vez que totalmente diversos.

À administração municipal não cabe qualquer apreciação subjetiva quando da análise do requerimento da “licença específica”. Cabe a ela verificar o memorial descritivo da lavra e a escritura e matrícula do imóvel no Cartório de Registro competente, a fim de verificar se a propriedade é de fato do requerente. Além disso, ela deve levar em consideração, para a outorga da licença, o plano diretor do município e as leis de uso e ocupação do solo.

Esta afirmação leva à conclusão de que este ato se reveste de caráter vinculatório, uma vez que, cumpridos os requisitos legais, a autoridade municipal deve expedir a licença requerida.

SERRA (2000), ainda afirma que o ato de outorga da licença pelas prefeituras, quanto aos seus efeitos, é constitutivo de direito. A propósito, ela argumenta: “*(...) pode a autoridade municipal deixar de outorgar a licença se a atividade mineral for conflitante com o plano diretor do município, que ditará quais os locais que poderão abrigar indústrias. Pode até mesmo ocorrer que, numa determinada época, possua o requerente o direito à obtenção da licença ou não, ainda que de acordo com critérios objetivos, é Administração atribuindo-lhe um direito que antes não lhe pertencia.*”

⁴⁰ Art. 8º da Lei n.º 6.567/78. A Portaria DNPM n.º 148/80 determinava a apresentação PAE, no Regime de Licenciamento, quando a área a ser minerada estivesse situada em região metropolitana, quando a atividade mineral conflitar com outras atividades preexistentes na região e quando os trabalhos de lavra forem considerados contrários ao interesse público. No entanto, com a publicação da Instrução Normativa n.º 001/2001 – que revogou a referida Portaria – a apresentação da exigência passou a ficar sob o critério do DNPM.

Após a obtenção da licença específica – que nada mais é do que um dos requisitos previstos pela lei para que se possa explorar um bem mineral sob a modalidade licenciamento mineral – cabe ao interessado proceder ao subsequente requerimento no DNPM, que, após verificar todos os requisitos, se manifestará sobre o pedido.

SERRA (2000), bem explica que o papel do DNPM deve ir além de um simples registro da licença, pois *“somente após verificar todos os requisitos exigidos pela lei, e um deles é a licença específica, é que o DNPM pode manifestar seu acordo sobre a atividade. E não é só. O DNPM irá analisar também a necessidade da apresentação de Plano de Aproveitamento Econômico da jazida (PAE)”*.

Esse ato administrativo de outorga da atividade mineral, conforme já anteriormente articulado, tem, também natureza discricionária, já que submetido aos ditames do artigo 176, § 1º da Constituição Federal, que submete a pesquisa e a lavra dos recursos minerais aos *interesses nacionais*.

Em virtude da margem de apreciação subjetiva conferida constitucionalmente ao administrador – no que concerne à existência de *“interesses nacionais”*, que será analisada conforme o caso concreto apresentado ao DNPM – o ato administrativo será, indiscutivelmente, discricionário.⁴¹

Por fim, cabe trazer à discussão as especulações que pendem na doutrina acerca da constitucionalidade da licença municipal.

FREIRE (1.996), entende que a Lei n.º 6.567/78 não foi integralmente recepcionada pela Carta Política de 1.988 em função da incompatibilidade havida entre seu artigo 3º e o regime de domínio federal sobre as reservas minerais.

Contrariamente, SERRA (2000) sustenta que o artigo 3º da Lei n.º 6.567/78

⁴¹ Vale argumentar que esta discricionariedade advinda do texto constitucional (§ 1º do art. 176) pode representar um perigo ao minerador, na medida em que, se não for bem conduzida pelo agente administrativo, pode transformar discricionariedade em arbitrariedade.

está em harmonia com o sistema jurídico, já que a Constituição Federal, em seu artigo 30, *caput* e inciso VIII, dispõe ser competência municipal o fomento, no que couber ao adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Assim, na medida em que cabe à autoridade municipal tão somente a expedição de licença específica, após verificar se a atividade mineral está de acordo com seu plano diretor, não há que se falar em inconstitucionalidade ou não recepção do tão mencionado artigo 3º da Lei n.º 6.567/78.

No entanto, se a função do DNPM, no procedimento administrativo de outorga de direito de extração mineral sob a modalidade licenciamento mineral, ficasse adstrita a um simples registro, como já falado anteriormente, estaria, sim, nesta hipótese, configurada a inconstitucionalidade do dispositivo legal sob comento, isto porque somente à União, por determinação da Lei Magna, cabe o consentimento no aproveitamento dos recursos minerais. Contudo, reitere-se, o DNPM é que vai determinar, ou não, a outorga do título mineral pretendido, isto, pois, em total consonância às determinações constitucionais.

2.2.2.3. Da permissão de lavra garimpeira – conceito e natureza jurídica

Constitui lavra garimpeira o aproveitamento dos minerais garimpáveis, que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, podem ser lavrados sem prévia pesquisa, ou seja, relativamente a tais minerais o aproveitamento dos jazimentos minerais é imediato⁴².

Garimpagem é o aproveitamento de substâncias minerais garimpáveis executado no interior de áreas destacadas para este fim, sob regime de permissão de lavra garimpeira⁴³.

São considerados minerais garimpáveis o ouro, o diamante, a cassiterita, a

⁴² Parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 7.805/89.

columbita, a tantalita e a wolframita, nas formas aluvionar, eluvionar e coluvial; a sheelita, as demais gemas, o rutilo, o quartzo, o berilo, a muscovita, o espudomênio, a lipedolita, o feldspato, a mica e outros, em tipos de ocorrência a serem indicados pelo DNPM⁴⁴.

O DNPM estabelecerá as áreas de garimpagem, levando em consideração a ocorrência de bem mineral garimpável, o interesse do setor mineral e as razões de ordem social e ambiental⁴⁵. A criação de áreas de garimpagem fica condicionada à prévia licença do órgão ambiental competente⁴⁶.

A área de garimpagem poderá ser desconstituída por meio de portaria do Diretor-Geral do DNPM, quando comprometer a segurança ou saúde dos garimpeiros ou terceiros, quando estiver causando dano ao meio-ambiente, quando ficar evidenciado malbaratamento da riqueza mineral e quando comprometer a ordem pública⁴⁷. Poderá, outrossim, ser reduzida sempre que o número de garimpeiros não justificar o bloqueio da área originalmente reservada para essa atividade⁴⁸.

Nas áreas estabelecidas para garimpagem, os trabalhos deverão ser realizados preferencialmente em forma associativa, com prioridade para as cooperativas de garimpeiros⁴⁹.

Fica assegurada às cooperativas de garimpeiros prioridade para obtenção de autorização ou concessão para pesquisa e lavra nas áreas onde estejam atuando, desde que a ocupação tenha ocorrido em áreas consideradas livres, áreas requeridas com prioridade e áreas onde sejam titulares de permissão de lavra garimpeira⁵⁰.

⁴³ *Caput* do art. 10 da Lei n.º 7.805/89.

⁴⁴ Parágrafo 1º do artigo 10 da Lei n.º 7.805/89.

⁴⁵ Art. 11 da Lei n.º 7.805/89.

⁴⁶ Art. 13 da Lei n.º 7.805/89.

⁴⁷ Art. 14 do Decreto n.º 98.812/90

⁴⁸ Art. 15 do Decreto n.º 98.812/90

⁴⁹ Art. 12 do Lei n.º 7.805/89.

⁵⁰ Incisos I, II e III do art. 14 da Lei n.º 7.805/89.

Cabe ao Poder Público favorecer a organização de atividade garimpeira em cooperativas, devendo promover o controle, a segurança, a higiene, a proteção ao meio ambiente na área explorada e a prática de melhores processos de extração e tratamento⁵¹.

A permissão de lavra garimpeira em área urbana depende de assentimento da autoridade administrativa local no município de situação do jazimento mineral⁵² e sua outorga depende de prévio licenciamento ambiental concedido pelo órgão ambiental competente⁵³.

A permissão de lavra garimpeira será outorgada a brasileiro e à cooperativa de garimpeiros autorizada a funcionar como empresa de mineração e vigorará no período de cinco anos, podendo, tal permissão, a critério do DNPM ser sucessivamente renovada em área não superior a 50 (cinquenta) hectares, salvo quando outorgada à cooperativa de garimpeiros⁵⁴.

Se julgar necessária a realização de trabalhos de pesquisa, o DNPM, de ofício ou por solicitação do permissionário, procederá à intimação para a apresentação de projeto de pesquisa, no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da publicação da intimação do Diário Oficial da União⁵⁵. Em caso de inobservância, pelo interessado, do prazo referido, o DNPM cancelará a permissão ou reduzir-lhe-á a área⁵⁶.

A critério do DNPM, será admitida a permissão de lavra garimpeira em área de manifesto de mina ou de concessão de lavra, com autorização do titular, quando houver viabilidade técnica e econômica no aproveitamento por ambos os regimes⁵⁷.

⁵¹ Art. 15 da Lei n.º 7.805/89.

⁵² Art. 2º da Lei n.º 7.805/89.

⁵³ Art. 3º da Lei n.º 7.805/89.

⁵⁴ Art. 5º, incs. I e III da Lei n.º 7.805/89.

⁵⁵ Caput do art. 6º da Lei n.º 7.805/89.

⁵⁶ Parágrafo único do Art. 6º da Lei n.º 7.805/89.

⁵⁷ Caput do art. 7º da Lei n.º 7.805/89.

Havendo recusa por parte do titular da concessão ou do manifesto, o DNPM conceder-lhe-á prazo de 90 (noventa) dias para que apresente novo projeto de pesquisa para efeito de futuro aditamento de nova substância ao título original, se for o caso⁵⁸. Decorrido tal prazo sem que o titular apresente o projeto, o DNPM poderá conceder a permissão de lavra garimpeira⁵⁹.

A critério do DNPM será admitida a concessão de lavra em área objeto de permissão de lavra garimpeira, com autorização do titular, quando houver viabilidade técnica e econômica no aproveitamento de ambos os regimes⁶⁰.

A permissão de lavra garimpeira não se aplica a terras indígenas e, quando na faixa de fronteira, fica ainda sujeita aos critérios e condições que venham a ser estabelecidos pelo Conselho de Defesa Nacional⁶¹.

No que toca à natureza do ato de outorga do aproveitamento dos minerais garimpáveis, na medida em que o administrador ao fazê-lo também se utiliza de apreciação subjetiva – já que sujeito aos ditames do parágrafo 1º do artigo 176 da Constituição Federal – dúvidas não há de que se trata de ato discricionário. Esta característica torna-se ainda mais evidente pela determinação advinda do artigo 14 do Decreto n.º 98.802/90 que fala sobre a desconstituição das áreas de garimpagem em casos de comprometimento à ordem pública, malbarateamento da riqueza mineral e quando estiver causando dano ao meio ambiente e comprometer a segurança ou a saúde dos garimpeiros e terceiros.

2.2.2.4. Da permissão de extração

A Lei n.º 9.827, de 27 de agosto de 1.999, ao acrescentar o parágrafo único ao art. 2º do Código de Mineração – Decreto-Lei n.º 227/67, com redação dada pela Lei n.º 9.314/96 – instituiu o regime de aproveitamento mineral consistente na extração, por órgãos

⁵⁸ § 1º do Art. 7º da Lei n.º 7.805/89.

⁵⁹ § 2º do art. 7º da Lei n.º 7.805/89.

⁶⁰ Art. 8º da Lei n.º 7.805/89.

⁶¹ Art. 23 da Lei n.º 7.805/89.

da administração direta e autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil, para uso exclusivo em obras públicas executadas pelos entes estatais referidos, respeitando-se os direitos minerários em vigor nas áreas onde devam ser executadas as obras, sendo vedada a comercialização.

Do dispositivo, pois, podem ser extraídos os requisitos legais para que haja enquadramento no mencionado regime de aproveitamento, que passou a ser conhecido como Permissão de Extração Mineral. São eles:

- extração de substâncias minerais de emprego direto na construção civil;
- a extração deve ser realizada pelos órgãos da administração direta e autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- respeito aos direitos minerários nas áreas onde devam ser executadas as obras;
- uso exclusivo em obras públicas;
- é vedada a comercialização.

As substâncias minerais de emprego imediato na construção civil estão definidas na Portaria MME n.º 23/2000, como sendo: areia, cascalho e saibro, quando utilizados *in natura* na construção civil e no preparo de agregado e argamassas; material sílico-argiloso, cascalho e saibro, empregados como material de empréstimo; rochas, quando aparelhadas para paralelepípedos, guias, sarjetas, moirões ou lajes para calçamento; rochas quando britadas para uso direto imediato na construção civil.

A extração sob comento deve dar-se em área considerada livre, sendo admitido, pois, em caráter excepcional, o registro de extração em área onerada, desde que haja a autorização expressa do titular do direito minerário preexistente, ficando adstrita, em qualquer hipótese, a área máxima de 5 (cinco) hectares⁶².

⁶² Art. 3º, §§ 1º e 2º do Decreto n.º 3.358/00.

O registro de extração será pleiteado em requerimento dirigido ao Diretor Geral do DNPM em cuja circunscrição se localize a área pretendida, que o expedirá uma vez presentes todos os requisitos legais exigidos⁶³ e por prazo determinado a juízo da autarquia competente⁶⁴. Será respeitado, nesta forma de extração, o direito de prioridade à obtenção do registro de extração atribuído ao interessado⁶⁵.

São defesas, no entanto, aos órgãos da administração direta e autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a cessão ou a transferência do registro de extração, bem como do respectivo requerimento, e a contratação de terceiros para a execução das atividades de extração sob exame⁶⁶.

Esse regime, vale ressaltar, é questionado quanto à sua constitucionalidade, isto porque a Carta Magna de 1.988 apenas permite a extração e a lavra de recursos minerais por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras (...). Desta forma o questionamento funda-se na dúvida havida em torno da legitimidade dos entes públicos para a extração mineral, já que a Lei Maior fala em brasileiros e empresas.

Outra questão a ser levantada, diz respeito à incidência, ou não, da CFEM na extração realizada pelos entes estatais referidos na Lei n.º 9.827/99. Para que a dúvida seja respondida, deve-se analisar, primeiramente, a hipótese de incidência do encargo devido em virtude da extração mineral.⁶⁷

Pois bem, segundo deflui da legislação instituidora da CFEM (Leis n.ºs 7.990/89 e 8.001/90 e Decreto n.º 1/91), seu fato gerador constitui-se na *saída por venda do mineral das áreas de jazida, mina, salina, ou de outros depósitos minerais de onde provém, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial*.

⁶³ Arts. 4º e 7º do Decreto n.º 3.358/00.

⁶⁴ Art. 6º do Decreto n.º 3.358/00.

⁶⁵ Art. 12 do Decreto n.º 3.358/00.

⁶⁶ Art. 8º do Decreto n.º 3.358/00.

⁶⁷ A CFEM será pormenorizada nos capítulos III e IV.

Resulta das mencionadas leis e do decreto citado que somente a saída por meio da venda do mineral extraído enseja a cobrança da CFEM. Ora, na medida em que o regime de Permissão de Extração Mineral carrega em seu bojo a vedação expressa da comercialização dos minerais extraídos, não há que se falar em incidência da CFEM.

Noutro falar. No regime estudado jamais haverá a hipótese de incidência da CFEM, haja vista que a extração nele permitida tem por fim o uso exclusivo em obras públicas executadas por órgãos da administração direta e autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Além disso, poder-se-ia admitir a incidência da CFEM, na hipótese, tendo em conta que o consumo da substância mineral em processo de industrialização equipara-se à saída por venda (hipótese de incidência). Ocorre que, também nestes casos não há que se falar em incidência da CFEM em razão da imunidade das pessoas de Direito Público, como é o caso das pessoas públicas na Lei n.º 9.827/99.

2.2.2.5. Dos regimes especiais

Regimes especiais são aqueles que são norteados por leis especiais, estando fora do campo normativo do Código de Mineração, que, nos incisos I a V do seu artigo 10, expressamente determina quais as substâncias se regerão por legislação específica. São eles: as jazidas de substâncias minerais que constituem monopólio estatal, as substâncias minerais ou fósseis de interesse arqueológico, as águas minerais em fase de lavra e as jazidas de águas subterrâneas.

Cumprе ressaltar que, muito embora a exploração de petróleo e gás natural não mais constitua monopólio estatal, a partir da Emenda Constitucional 9/95, tais substâncias passaram a ser regidas por meio de lei especial, mesmo estando fora dos ditames expressos do Código de Mineração, podendo também ser consideradas como incluídas no rol das substâncias que se sujeitam ao regime especial.

2.2.2.6. Do manifesto de minas

No Brasil, até a Constituição de 1.891, vigorava o regime dominial de aproveitamento e exploração mineral, cuja característica maior era a separação havida entre as propriedades do solo e subsolo, pertencendo este último ao Estado.

A partir desta data, contudo, houve mudança brutal nesse regime, passando a vigorar o modelo fundiário ou accessionista, que atribuía ao proprietário do solo a propriedade do subsolo.

Em 1.934, a Constituição e o Código de Minas colocaram termo nesta forma de exploração, passando a vigor o regime concessional, separando-se novamente as propriedades superficial e mineira. Outrossim, outorgou-se ao proprietário do solo a propriedade das minas que nele continham, desde que sua existência fosse manifestada ao Governo Federal. Essa manifestação deveria ser feita por meio de registro no órgão competente, maneira pela qual o proprietário adquiria o título representativo da propriedade: o manifesto de mina.

Por tal razão as minas passaram a ser classificadas em minas manifestadas e minas concedidas quanto à forma de aquisição do título minerário, classificação esta prevista expressamente no artigo 6º do Código de Mineração.

As minas manifestadas, nos termos do parágrafo único do artigo 7º do Código de Mineração, independem de concessão governamental para seu aproveitamento, estando sujeitas, pois, às mesmas condições das minas concedidas no tocante à lavra, à tributação e à fiscalização.

No entanto, não se aplica às minas manifestadas a sanção prevista no inciso III do artigo 63 da Codificação Mineral, qual seja, a caducidade, isto porque no caso destas

minas a propriedade é particular⁶⁸.

⁶⁸ Outra é a tese defendida por Luiz Rafael Mayer, Consultor Geral da República, que acatando o parecer Jurídico do Ministério de Minas e Energia exarado por Alfredo de Almeida Paiva, pugna pela idéia de que as minas manifestadas, na forma da legislação pertinente, estão sujeitas às penalidades aplicadas às minas concedidas de maneira que passíveis de caducidade os manifestos, por motivo de abandono da mina. Além disso, os citados autores ainda defendem a idéia de que desaparece o direito do manifestante sem infração das garantias constitucionais, com a declaração de caducidade do manifesto em virtude da natureza especial da propriedade das minas que a torna resolúvel.

CAPÍTULO III

DA NATUREZA JURÍDICA DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA POR EXPLORAÇÃO MINERAL

3.1 – Generalidades

A Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 20, inciso IX, reitera-se, determinou que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, se tornassem bens da União Federal, e, em seu artigo 176, que as jazidas se constituíssem propriedade distinta do solo para efeitos de exploração ou aproveitamento. Além disso, ratificou o regime jurídico de aproveitamento mineral como sendo o concessional. Veja-se:

“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 e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra”. (grifo nosso)

Simplificando, ficou consignado que os bens minerais são de propriedade da União enquanto não tiverem sido explorados. No momento em que o são, a propriedade passa para as mãos do detentor de título minerário.

Além disso, a Nova Carta no parágrafo 1º do mencionado artigo 20 inovou assegurando *“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 do 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”¹. (grifo nosso)

Por tal razão, o legislador infraconstitucional, fazendo uso da competência que lhe foi conferida constitucionalmente, elegeu a compensação financeira como forma de atender à determinação da Lei Maior, instituindo a Compensação Financeira por Exploração Mineral por meio da Lei n.º 7.990/89 de 29.12.89 que prescreve:

Art. 1º. O aproveitamento de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e dos recursos minerais, por quaisquer regimes previstos em lei, ensejará compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a ser calculada, distribuída e aplicada na forma estabelecida em lei. (grifamos)
(...)

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 da sua transformação industrial.”

Em seguida, foi instituída a **Lei n.º 8.001 de 13.3.90**, que, em seu artigo 2º e respectivos parágrafos 1º e 2º, explicitou a base de cálculo da mencionada compensação, seu percentual de acordo com as classes de substâncias minerais, como também sua distribuição entre as diversas pessoas de direito público. Atente-se aos termos legais:

¹ É importante salientar que muito embora a Constituição Federal, bem como as leis supramencionadas, tenham se utilizado da terminologia *exploração* – que tecnicamente tem por significado a fase preliminar de pesquisa mineral – elas se referem à atividade de extração do bem mineral, de maneira que a nomenclatura correta do encargo sob comento deveria ser, pois, Compensação Financeira por *Exploração* Mineral.

Art. 2º . Para efeitos de cálculo da compensação financeira de que trata o artigo 6º da Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1.989, 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 – 3% (três por cento) ao Ministério do meio Ambiente;

IV – 3% (três por cento) ao Ministério de Minas e Energia;

V – 4% (quatro por cento) ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, criado pelo Decreto-Lei n.º 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei n.º 8.172, de 18 de janeiro de 1991.²

² Redação dada pela Lei n.º 9.993 de 24 de julho de 2000.

Além do mais, o decreto regulamentador da Lei n.º 7.990/89, qual seja Decreto n.º 01, de 11 de janeiro de 1.990, definiu exploração mineral como sendo “*a retirada de substâncias minerais da jazida, mina salina ou outro depósito mineral para fins de aproveitamento econômico*”, ou seja, esse regulamento fala em extração propriamente dita – exploração – e não em pesquisa mineral – exploração.

Esta obrigação de pagar determinado valor a título de compensação financeira tem, no entanto, suscitado enorme controvérsia na doutrina e na jurisprudência quer no que toca à sua base de cálculo (faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes da sua transformação industrial), quer no que toca à aferição de sua natureza jurídica.

3.2 – CFEM: Natureza Jurídica

A natureza jurídica de uma entidade, em termos gerais, constitui sua própria essência, na medida em que tem estrito relacionamento com o regime jurídico a ela aplicado. No que toca à CFEM, em função da complexidade dos contornos traçados pelo texto constitucional ao instituir a referida exação, sua aferição terminou por gerar enorme controvérsia tanto na doutrina como na jurisprudência.

Com efeito, parte da doutrina especializada, ao abordar o tema *sub examine*, procura qualificá-la como sendo **espécie de royalty**, na modalidade preço público. É o que sustenta HERRMANN (2000), que utiliza como argumento o fato de a CFEM ter sido instituída “*para compensar perda dominial da União sobre os recursos minerais e a perda de receita pelos municípios mineradores, tendo em vista a inexorável cessação desta atividade econômica quando exaurida a jazida mineral concedida*”.

A mesma tese, qual seja, de que a CFEM é espécie de royalty devido em função das supostas perdas do ente estatal é defendida por LACERDA (2000) para quem:

“a natureza jurídica da CFEM é financeira, do tipo preço público, na modalidade de royalty, e não tributável em função do minerador estar, 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 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”. (grifos nossos e do original)

Atente-se, a propósito, ao voto de autoria do Exmo. Sr. Dr. Juiz Olinto Menezes, do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, exarado nos autos da Apelação Cível n.º 93.01.28881-8/DF:

“(…)

O termo compensação aí não tem o significado técnico de forma de extinção das obrigações sem pagamento, através do desconto recíproco de crédito e débito entre credor e devedor comum. Tem sim, o sentido de acesso a uma atribuição patrimonial em vez de outra, que também poderia ser devida.

Trata-se de uma receita originária do Estado que, sendo titular do domínio dos recursos minerais (art. 20, IX – CF), permite ao particular a sua exploração, recebendo por isso uma contrapartida, deferida à entidade política em cujo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva se situa a atividade exploratória.

Não cabe aqui nenhuma consideração de ordem tributária, pois a CFEM não é tributo. Pode a sua cobrança perfeitamente conviver com os três impostos pagos em razão da exploração dos minerais – o ICMS, o imposto de importação e o imposto de exportação (art. 155, § 3º CF).

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, como bem situa a contestação.

(...)” (grifamos)

Com a devida vênia, discorda-se do entendimento exarado que se funda, basicamente, na interpretação histórica da natureza jurídica da CFEM, ou seja, levando-se em conta, na aferição da natureza jurídica do instituto, os fatos históricos que antecederam sua instituição.

De fato, o nascimento da CFEM teve como pano de fundo as propostas do CONAGE (Coordenadoria Nacional dos Geólogos Brasileiros) fundadas na necessidade de compensação aos municípios em função da exaustão da atividade mineral (cota de exaustão). Daí a atribuição do caráter de royalty ao encargo *sub examine*.

Entretanto, frise-se, a vontade do legislador, para fins de hermenêutica, não pode ser levada em conta, devendo o intérprete pautar-se somente na norma jurídica posta em análise, na medida em que os fatos extrajurídicos não se prestam para guiá-lo. Tais fatos podem ser de grande utilidade para a ciência das finanças, sociais, para a história, etc., mas não para a ciência jurídica cujo objeto não é outro que não a norma jurídica.

Além do mais, o termo royalty – que traduzido para a língua portuguesa possui o significado de regalia – nos exatos termos do parágrafo 2º do artigo 12 da Convenção Modelo da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (MC-OCDE) possui o seguinte conceito:

“O pagamento de qualquer natureza recebido como contraprestação pelo uso, ou pelo direito de uso, de qualquer direito autoral sobre obra literária, artística ou científica, incluindo filmes cinematográficos, qualquer marca, desenho ou modelo, plano qualquer fórmula ou processo secreto ou por informações relativas a experiência industrial, comercial ou científica”.

Assim, analisando-se o conceito de royalty adotado pela CM-OCDE, a legislação brasileira, ao trazer a definição do vocábulo no artigo 22 da Lei n.º 4.506 de 30.11.64, passou a abranger, também, *“a remuneração devida pela pesquisa e exploração de jazidas minerais, fontes e outras riquezas do solo ou florestas”.*

Cumprе ressaltar que à época da edição da referida lei, em função da tendência então vigente, também denominou-se royalty a indenização prevista no Tratado de Itaipu, de 26.03.73, destinada ao Estado do Paraná e aos municípios afetados por aquela grandiosa usina.

Ademais, esclarece-se que a origem da Compensação Financeira, ora em debate, está relacionada com aqueles royalties, haja vista grande parte das emendas à instituição da CFEM terem sido propostas por parlamentares do Estado do Paraná.

Assim, muito embora a legislação brasileira tenha expressamente incluído como espécie de royalty a quantia paga em decorrência da exploração mineral, tal inclusão não pode ser considerada juridicamente correta.

Ora, o royalty é um instituto intimamente relacionado às indenizações no campo das marcas, patentes e direitos autorais, não se coadunando com espécie de ingresso público decorrente de exploração de um bem indubitavelmente corpóreo.

Refere-se o royalty à exploração de bens incorpóreos, ligados, em suma, à propriedade intelectual, como bem argumenta ARAGÃO (1.994) para quem “*o termo royalty deve-se referir à exploração de marcas, patentes ou outros bens incorpóreos, sem referir a exploração de direitos relacionados a bens materiais em geral, recursos vegetais ou hídricos*”.

Desta feita, reitere-se, a utilização da denominação royalty para identificar a quantia devida em função da exploração mineral é deveras incabida, haja vista o royalty constituir indenização no campo das marcas, patentes e direitos autorais, não se confundindo, de maneira alguma, com receita pública, da qual a CFEM é espécie. Desta maneira o royalty é inequivocadamente distinto do instituto que ora se estuda.

Paralelamente a esta posição doutrinária e jurisprudencial, há autores que sustentam a idéia de que a CFEM se reveste, sim, de caráter de preço público, uma vez decorrente do uso de bens públicos.

Esta tese é defendida na sentença exarada pela Exa. Juíza Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, Dra. Vera Carla Nelson de Oliveira Cruz, nos autos do Processo n.º 92.13441-6 cujos exatos termos ora se transcrevem:

“ (...)

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

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 nomen 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 bens públicos. (...)” (grifamos)*

No mesmo sentido manifesta-se o Dr. Juiz Federal da 5ª Vara Federal de Santa Catarina, Dr. Otávio Roberto Pamplona, nos autos do processo de n.º 95.0002755-0/SC *in verbis*:

“ (...)”

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, garantindo-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, que da espécie imposto, como afirmam as impetrantes, quer da espécie taxa, como poderiam outros sustentar.

(...)”

Esta classificação em preço público, resulta, pois, do entendimento que considera a extração mineral como a retirada pelo particular do produto da lavra do bem imóvel (jazida) pertencente à União. Ou seja, considera que esta operação representa ganho do particular e conseqüente perda do ente estatal, de maneira que a compensação em contrapartida a essa extração estaria a ser classificada como receita patrimonial.

Com a devida vênia, este estudo discorda da idéia supra-referida, pugnando, sim, pela noção de que a CFEM constitui **verdadeiro tributo**, na medida em que o regime jurídico a ela aplicável não é outro senão aquele atinente às espécies tributárias.

Contudo, antes de adentrar na questão central, qual seja, a demonstração da natureza tributária da CFEM, faz-se necessário proceder a uma análise crítica das teorias que divergem desta linha de raciocínio, de maneira a explicitar a razão da discordância havida.

Os autores que sustentam a tese de que a CFEM constitui preço público o fazem, reiterar-se, escorando-se na idéia de que, em havendo o título minerário e a conseqüente extração dos bens minerais pelo particular, este estaria a adquirir bem de propriedade da União, o que representaria para o ente estatal perda patrimonial.

Antes de se abordar o conceito de preço público propriamente dito, e o conseqüente cotejo de suas características com a Compensação Financeira enfocada, cabe realizar uma pequena abordagem acerca das receitas públicas.

No dizer de BALEEIRO (1.992), *“receita pública 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”*

Da definição supra extrai-se que a receita é constituída pela entrada pecuniária nos cofres estatais, de maneira a aumentar seu patrimônio e tendo por fim o atendimento das despesas públicas. Ela subdivide-se em Receita Originária e Receita Derivada.

A receita originária, segundo o magistério de OLIVEIRA e HORVATH (2002), *“decorre da exploração, pelo Estado, de seus próprios bens. Tem esta denominação por decorrer da exploração ou uso de bens pelo Estado”*.

HARADA (2001), por seu turno, leciona que as receitas originárias:

“são aquelas que resultam da atuação do Estado sob o regime de Direito Privado, na exploração de atividade econômica. São as resultantes do domínio privado do Estado. De fato, possui o Estado, ao lado dos bens públicos (art. 66 do CC), os chamados bens

dominiais, constituídos por terras, prédios, empresas, direitos etc. que são passíveis de alienação, bem como de administração pelo regime de direito privado tal qual faria um particular. O que fundamentalmente caracteriza a receita originária é sua percepção pelo Estado, absolutamente despido de caráter coercitivo próprio porque atua sob regime de direito privado” (grifamos)

As receitas originárias subdividem-se, ainda, em receitas patrimoniais e receitas industriais, comerciais e de serviços. As primeiras advêm do patrimônio estatal, seja mobiliário, composto por títulos representativos de crédito e de ações, seja imobiliário composto pelos seus bens dominiais. As segundas advêm do exercício da atividade empresarial pelo Estado.

As receitas derivadas, porém, são geradas pelo constrangimento sobre o patrimônio particular. No dizer de HARADA (2001), em se tratando de receita derivada “*o Estado, em virtude de seu poder de autoridade, pode retirar de seus súditos parcelas de suas riquezas para a consecução de seus fins, visando ao bem geral*”. É constituída pelo tributo, pela cobrança de sanções, apreensão de armas de criminosos, etc.

No âmbito das receitas originárias encontra-se o preço público, também conhecido como tarifa ou simplesmente preço, definido por DEODATO (1969), como sendo “*a contraprestação paga pelos serviços pedidos aos Estados ou pelos bens por eles vendidos e que constitui receita originária*”.

Para TORRES (1999)

“o preço público se refere às coisas, e, às vezes, a serviços de caráter comercial ou industrial (transportes, comunicações, etc.). Por isso, o Estado quando cobra preços o faz porque efetua a venda de coisas, entrega unidade de seu patrimônio ou os frutos desse patrimônio. Quando presta serviços mediante preços, o Estado fornece transportes, transmite comunicações, distribui água, etc.”

O referido autor ainda completa seu raciocínio definindo os preços:

“como sendo uma prestação pecuniária, exigida segundo os princípios da proporcionalidade e da consensualidade, com base no dispositivo constitucional que autoriza a intervenção do Estado no domínio econômico, o monopólio ou a concessão ou permissão de serviço público que não seja remunerável por taxa”. (grifamos)

Dos trechos transcritos extrai-se que os preços possuem como elementos nucleares a consensualidade e a proporcionalidade. Tomando-se como referência a consensualidade não há como conceber a CFEM como sendo preço, na medida em que sua cobrança é feita compulsoriamente, ou seja, não é facultado ao minerador discuti-la, restando-lhe, tão somente, seu pagamento para que a atividade minerária permaneça regular.

Ainda TORRES (1.999) reforça o alegado ao dispor que

“pelo princípio da consensualidade só poderíamos admitir ser a compensação financeira uma espécie de preço público se a contraprestação proporcional pelo uso de patrimônio público, com base nos resultados da exploração, fosse devida ex voluntate pelos concessionários, por força do contrato de concessão, à União, a quem os bens pertencem. Mas não é isso o que ocorre”.

Além disso, vale reiterar que não se pode conceber o contrato de concessão como sendo um contrato, visto que não há autonomia de vontade entre as partes envolvidas no negócio. A empresa que pretender extrair bens minerais deverá se sujeitar integralmente às regras impostas pelo Estado, inclusive ao pagamento da CFEM que, também por isso, não deve ser considerada como sendo preço público.

Por outro lado, não se percebe na CFEM o caráter de proporcionalidade também inerente aos preços públicos, pelo qual o cidadão deve despende quantia correspondente ao benefício que lhe está sendo concedido ou ao bem que lhe está sendo alienado. Ou seja, deve haver proporcionalidade entre o serviço prestado, o bem alienado e o preço por eles pago.

A CFEM, segundo decorre do artigo 6º da Lei n.º 7.990/89, tem como base de cálculo o faturamento *resultante da venda do produto mineral*, o que afasta sumariamente a proporcionalidade da sua cobrança. Se assim fosse, o preço pago a título de CFEM seria o concernente ao mineral extraído e não o correspondente ao faturamento da empresa, grandeza aleatória e dependente da eficiência e do aparato de cada concessionária, não espelhando, pois, o benefício percebido pelo minerador.

Desta maneira, quer porque não há na cobrança da CFEM os caracteres de consensualidade e proporcionalidade, quer em virtude da exação não representar originalidade de receita com relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, não há como conceber a tese que atribui natureza de preço público à Compensação Financeira por Exploração Mineral.

Nem se alegue que a consensualidade não seria o fator determinante dos preços públicos. Esta argumentação terá fundamento quando a diferenciação tiver como objeto as taxas de serviço e os preços públicos, em razão da aproximação entre os referidos entes.

De fato, os preços devidos em virtude da contraprestação paga pelos serviços prestados pelo Estado apresentam interface restrita às taxas de serviço, e não raro a controvérsia sujeita-se à análise da Doutrina.

Alguns autores sustentam que toda vez que um serviço público for prestado, ele será remunerado por meio de taxa. É o que fazem GRECO e SOUZA (1.985), quando argumentam que os serviços públicos ensejam apenas a cobrança de taxas e não de preços públicos, pois a discussão a esse respeito só podia prosperar na vigência da Constituição de 1.946, que previa, a par das taxas, outras rendas oriundas de seus serviços públicos (art. 30, II), restando superada a questão após a Emenda n.º 18 de 1.965.

Na vigência da Constituição de 1.946, o Supremo Tribunal Federal, ao tratar da diferença entre as entidades em questão, editou a Súmula n.º 545 dispondo sobre a diferença entre os preços e as taxas, tendo em conta que *“estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”*.

Não obstante a orientação supra tenha sido exarada pela mais alta Corte de Justiça da Nação, a Súmula 545 apresenta um caráter óbvio, pois, reitera-se, em se tratando de taxa de serviço, ou seja, tributo, haverá compulsoriedade, ao passo que, no caso do preço, esta característica não se fará presente.

Outros autores, no entanto, buscam diferenciar as taxas de serviço dos preços tomando-se como parâmetro a natureza do serviço. Desse modo, o serviço que se apresentar como emanção necessária do poder soberano do Estado ensejará a cobrança por meio de taxa, ao passo que se o serviço não for necessariamente público sua remuneração dar-se-á por meio de preço. Assim entende CANTO (1.991).

No que toca a esta distinção, não será a compulsoriedade, pois, o fator que determinará a natureza da remuneração de determinado serviço público. Ora, a taxa, em razão de sua natureza tributária, será sempre compulsória e os preços sempre serão instituídos *ex voluntate* em função da autonomia de vontade que os permeia.

Advirta-se que, em se tratando de determinação da natureza de uma exação devida em razão do uso do bem público, o que a classificará será exatamente sua aproximação com as características de um ou de outro encargo. Ou seja, caso a CFEM, na hipótese, se aproximar das características tributárias, tributo ela será, ao passo que se o encaixe se der com as características do preço, esta será sua roupagem.

Para tal devem-se extrair as características de um e outro instituto. E, neste contexto, qual seria a característica cabal dos tributos que não a compulsoriedade e a dos preços que não a voluntariedade?

Assim, no que toca ao caso examinado, qual seja, o cotejo da CFEM com os preços públicos em razão do uso de bens públicos, a compulsoriedade, que permeia sua cobrança, constitui, sim, fator determinante de seu caráter tributário.

Outro entendimento extraído da Doutrina e da Jurisprudência tendente a aferir a natureza jurídica da CFEM, é o que parte do pressuposto de que a atividade minerária ensejaria à União a perda de recursos naturais de sua propriedade, atribuindo-lhe, em razão disso, natureza indenizatória.

Assim entende COSTA (1.997) argumentando que a *ratio* do parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição Federal

“foi a de garantir às pessoas mencionadas ressarcimento pela exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais nos respectivos territórios, sob a forma de participação no resultado dessa exploração ou compensação financeira. (...) A compensação financeira constitucionalmente prevista possui natureza indenizatória. Ainda que a propriedade dos recursos minerais, inclusive os do subsolo, pertença à União (art. 20, IX), pressupõe a Lei Maior um prejuízo para aquela pessoa em cujo território se dê a respectiva exploração.”

Para SOUTO (2000) “(...) Há o uso de bem público, que, por determinação constitucional, é remunerado. A matéria é tratada no Direito Administrativo (e não no Direito Tributário, *s.m.j.*), no capítulo dos bens públicos e, mais especificamente, da concessão remunerada de bem público.”

Complementa o raciocínio o referido autor: (...) *o produto das minas não constitui receita do Estado, já que pertencem ao explorador por expressa previsão constitucional; o que é receita é a renda obtida com a outorga da concessão, que tem, como dito, natureza indenizatória*”

Esta orientação, que se escora na premissa de que a CFEM se reveste de natureza indenizatória em decorrência da perda de recursos naturais, ou mesmo em razão de representar contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos Poderes Públicos, vem sendo adotada pela Jurisprudência dominante nos Tribunais competentes para julgamentos das causas que tenham a CFEM como objeto.

É o que se verifica no voto do Exmo. Sr. Dr. Juiz Osmar Tognolo do Egrégio Tribunal Regional da 1ª Região, exarado nos autos da Apelação Cível n.º 94.01.29850-5 – DF:

“ (...)

Como destacada no texto constitucional, trata-se de compensação financeira, vale dizer, indenização, constituindo, reparação, nada tendo a ver, ao contrário do sustentado pela Autoria, com o instituto da compensação de créditos, forma de extinção das obrigações, de que tratam os artigos 1.009 e seguintes do Código Civil.

A compensação financeira, mais uma vez ao contrário do que entende a Autora, não tem natureza tributária, constituindo, sim, receita patrimonial do Estado, cuja origem se encontra na exploração do patrimônio público, já que os recursos minerais pertencem à União, por expressa disposição constitucional.

(...)” (grifamos)

Seguem o mesmo posicionamento os julgados prolatados pelos Exmos. Srs. Drs. Juízes João Pedro Gebran Neto e Fernando Quadros da Silva, respectivamente da 4ª e 1ª Turmas do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nas AMS de n.º 1998.04.01.0928574/PR e 97.04.212283/SC, cujas ementas se transcrevem:

“DIREITO FINANCEIRO. COMPENSAÇÃO PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 20, PARÁGRAFO 1º. LEIS N.ºS 7.990/89 E 8.001/90. DECRETO N.º 01/91. INDENIZAÇÃO

1. – As hipóteses de compensação financeira abarcadas pelo Decreto n.º 01/91 estão em consonância com o que determina o art. 20, § 1º da Constituição Federal, que não faz ressalvas em sua aplicação.

2. – A compensação financeira pela exploração de recursos minerais integra a receita originária do Estado, pois tem natureza indenizatória e, portanto, não tributária, decorrente de dano causado com exaurimento lucrativo e progressivo das jazidas.

(...)” (grifamos)

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS. NATUREZA NÃO TRIBUTÁRIA.

1. A compensação financeira paga pela exploração de recursos minerais, prevista na Lei n.º 7.990/89, de 28/12/89, não é ilegal nem inconstitucional. Sua cobrança representa apenas o cumprimento de um mandamento constitucional (art. 20, parágrafo 1º)

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

(...)” (grifamos)

Com a devida vênia, não se pode aderir a esse entendimento por várias razões a seguir comentadas.

Em primeiro lugar, porque, segundo XAVIER (1.998), esta assertiva se “*assenta em ponderações pré-jurídicas, de índole política ou sociológica, e não na análise técnico-jurídica do instituto em causa*”.

Além disso, a indenização por danos que decorram em função do minério extraído é devida, tão somente, ao proprietário do solo onde se dá a atividade mineraria e está devidamente prevista na própria legislação instituidora da CFEM, quando trata da lavra, e no Código de Mineração, quando dispõe acerca da fase de Pesquisa Mineral.

De fato, na fase de pesquisa existe a previsão do pagamento de rendas e danos ao proprietário (artigo 27 do Código de Mineração) e na fase de lavra a este é devido o pagamento de 50% do valor correspondente a CFEM (artigo 11 do Decreto 227/67 com redação dada pelo artigo 1º da Lei n.º 8.901/94).

A indenização, na fase de pesquisa, devida ao proprietário do solo, é bem explicada por FREIRE (1.996). Segundo o autor,

“garantido ao pesquisador o direito de exercer a atividade mineral com normas capazes de impor ao superficiário seu ingresso na área, o legislador, concomitantemente, protegeu o proprietário do solo dos prejuízos que pudesse vir a sofrer. Daí o art. 27, caput, impor que o titular da autorização de pesquisa pode realizar os trabalhos respectivos, e também as obras e serviços auxiliares, em terrenos de domínio público ou particular, desde que pague aos respectivos proprietários ou posseiros uma renda pela ocupação de terrenos e uma indenização pelos danos e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa. (...) A renda não poderá exceder ao montante do rendimento líquido máximo da propriedade na extensão

da área a ser realmente ocupada, levando-se em conta a transitoriedade da atividade de pesquisa. O pagamento da renda é devido pela simples ocupação do terreno para realização da pesquisa independentemente de a área estar ou não sendo explorada economicamente. (...) A indenização por danos não excederá o valor da propriedade, na extensão da área ocupada. (...) A indenização, apesar de abrangente, ressarcirá somente os prejuízos efetivamente causados e a ocupação efetivamente realizada.”

Cumpre salientar que da mesma forma como articulado quando do afastamento da CFEM como sendo preço público, se de indenização se tratasse a obrigação pecuniária a ela concernente, deveria haver correlação entre o prejuízo percebido e a quantia a ser paga, o que não ocorre. A exigência da CFEM toma como base de cálculo o faturamento da empresa extrativa, grandeza superior à suposta perda material sofrida em razão da atividade.

Ademais, não se afigura lógica a pretensão de atribuir natureza de indenização à CFEM, uma vez que o domínio dos bens minerais pertencem tão somente à União, ou seja, não tem fundamento a atribuição de direito à indenização a outras pessoas políticas que não detêm a dominialidade em questão.

Neste sentido, confira-se a argumentação de XAVIER (1.998), no intuito de afastar a natureza indenizatória da CFEM. Para o autor esta tese não tem fundamento, visto que:

“(…)

A ‘compensação financeira’ é, pois, compensação pela renúncia ao sistema de participação nos resultados de exploração e não compensação por dano.

Em segundo lugar a afirmação de Lobo Torres de que ocorre uma ‘perda de recursos naturais situados em seus territórios’ é juridicamente incorreta, uma vez que o domínio dos recursos minerais pertence exclusivamente à União, pelo que não teria qualquer

fundamento a atribuição de um direito a indenização a outros entes políticos não titulares dos bens em causa.

(...)

Ao invés de perda, o que ocorre é uma valorização econômica de recursos pela sua exploração e beneficiamento.

Também se nos afigura afastar-se da lógica e do bom senso alegar um prejuízo dos entes políticos não proprietários dos recursos minerais em razão de a atividade econômica ser exercida nos seus territórios, pois a atividade de mineração não é, por natureza, causadora de maiores danos ou de menores vantagens econômicas que a agricultura ou a indústria transformadora.

Enfim, nenhum elemento literal, racional ou sistemático de interpretação do § 1º do artigo 20 da Constituição permite invocar o conceito de prejuízo como fundamento, próximo ou remoto, da prestação patrimonial

(...)”

Não obstante a posição jurisprudencial anteriormente mencionada, à Compensação Financeira estudada foi atribuída característica de participação no resultado da lavra, quando de sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 228.800. Confirmam-se trechos do voto exarado pelo Ministro Sepúlveda Pertence³:

“(...)”

Essa compensação financeira há de ser entendida em seu sentido vulgar de mecanismo destinado a recompor uma perda, sendo, pois, essa perda, o pressuposto e a medida da obrigação do explorador.

A que espécie de perda, porém, se refere implicitamente a Constituição?

³ A íntegra deste voto, vide anexos.

Não certamente, à perda dos recursos minerais em favor do explorador, pois, nesse caso, a compensação financeira, para compensa-la efetivamente, haveria de corresponder à totalidade dos recursos minerais explorados – o que inviabilizaria a sua exploração econômica privada. Nem corresponde, muito menos, à “perda” dos potenciais de energia elétrica, que, sendo inesgotáveis, não sofrem qualquer diminuição ao serem explorados. Em todo caso, não seria lógico compensar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pela perda de bens que não lhe pertencem, mas exclusivamente à União. A compensação financeira se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera.

(...)

Pois bem. Dos recursos despendidos com esses e outros efeitos da exploração é que devem ser compensadas as pessoas referidas no dispositivo.

Se assim é, não se justifica que o valor a ser pago a título de compensação financeira seja fixado em função do faturamento, que nada tem a ver com as perdas a que alude implicitamente o art. 20, § 1º, da Constituição.

Daí não advém, entretanto, a inconstitucionalidade da cobrança questionada.

Na verdade – na alternativa que lhe confiara a Lei Fundamental – o que a L. 7.990/89 instituiu, ao estabelecer no art. 6º que “a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral”, não foi verdadeira compensação financeira: foi, sim, genuína “participação no resultado da exploração”, entendido o resultado não como o lucro do explorador, mas como aquilo que resulta da exploração, interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, § 1º, e a do art. 176, § 2º da Constituição (...)”

Ora, da posição adotada por esse julgamento advindo do Supremo Tribunal Federal pode-se dizer que tanto a participação nos resultados da lavra como a compensação financeira por exploração mineral têm fatos geradores que correspondem a atividades totalmente desvinculadas da atuação estatal, o que confere a ambas natureza de imposto.

Assim, mesmo que se considere a CFEM uma verdadeira participação nos resultados da lavra, o que se tem é uma obrigação que se reveste de inquestionável caráter tributário, isto porque, reitere-se, quaisquer das modalidades elencadas no parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição Federal encontram-se impregnadas pelas características de imposto⁴.

3.2.1 – Da natureza tributária da CFEM

Não obstante a controvérsia havida e a excelência das colocações emanadas da doutrina e da jurisprudência, este trabalho presta-se a contribuir com outros argumentos para o deslinde da questão acerca da natureza jurídica da CFEM, com base nos quais se demonstrará ser ela tributária.

Assim, quando se realiza um exercício de classificação, faz-se necessário traçar algumas considerações acerca da sua importância e do critério escolhido, pois é ele quem vai determinar a homogeneidade e heterogeneidade dos objetos postos sob observação.

De antemão, cumpre salientar que a classificação tem por fim a identificação de determinado objeto, na medida em que os separa em classes segundo as semelhanças ou diferenças havidas, descobrindo a unicidade na multiplicidade.

No que tange às classificações jurídicas, TORRES (1.999) argumenta que *“todos os que laboram com a Ciência do Direito parecem estar de acordo com a idéia de que a mais importante das tarefas da ciência jurídica está na descrição do Direito Positivo e sua apresentação em forma ordenada e sistemática, com o fim de facilitar o conhecimento do Direito e seu manejo prático”*.

⁴ Vide item 3.2.1.4

Da citação acima deriva a tarefa de identificação, pelo cientista do direito, das normas introduzidas no sistema jurídico, e, mediante a eleição de critérios apropriados, a apreensão de suas particularidades, que, por abstração, devem ser redutíveis a um conceito homogêneo.

A presente classificação será feita fundando-se na sistemática segundo a qual o regime jurídico aplicado à entidade estudada revela sua natureza jurídica.

É mister citar autores, como é o caso de GRECO (2000), que questionam a busca da essência jurídica de uma figura por meio da estreita ligação havida entre ela e seu regime jurídico decorrente, sustentando que esta visão estritamente positivista encontra raízes no impulso racionalista e sistematizador.

No entanto, um exercício classificatório deve ser fincado na sistemática consistente no cotejo de dado sistema normativo com o instituto examinado visando à identificação de suas semelhanças. A natureza do instituto sob enfoque será revelada quando houver um encaixe entre eles, encaixe este, vale dizer, nas características jurídico-positivas do sistema normativo analisado.

Trazendo-se essas idéias para o objeto do estudo a que este trabalho se presta, entende-se, de antemão, que, se após a análise do conjunto de normas às quais a CFEM se submete, ficar evidente que o regime aplicado a ela é o tributário, outra não poderá ser sua natureza jurídica, que não a tributária.

Antes de adentrar, porém, na análise desse regime, necessário ressaltar a irrelevância do *nomen iuris* compensação financeira atribuído à entidade enfocada, já que ele em si mesmo nada significa para o fim de obter sua exata natureza jurídica. Para CARRAZZA (1.996) “*as palavras são meros rótulos que utilizamos para designar as coisas e realidades que formam nosso universo (...). Transplantando estas idéias, apenas esboçadas, para o nosso campo, se um instituto jurídico obedecer ao regime tributário, estaremos diante de um tributo, independente da denominação que ele tiver recebido*”.

Esse entendimento está expressamente descrito, didaticamente, no inciso I do art. 4º do CTN, dispondo que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação e demais características formais adotadas pela lei.

Ressalte-se que não se está a buscar, nem tampouco se pretende determinar, a natureza jurídica da CFEM pelo referido dispositivo do Digesto Tributário. A base de referência, saliente-se, encontra repouso na Constituição Federal, pois é ela que contempla as diretrizes primordiais do Sistema Tributário. Porém, não se pode ignorar os dizeres da Lei Complementar mencionada, haja vista que ela encerra premissa básica para qualquer hermenêutica ao advertir que a denominação é fator irrelevante para a determinação da natureza jurídica tributária de determinada entidade.

O Sistema Tributário Nacional vem, pois, disciplinado expressamente na Constituição Federal em capítulo próprio (artigos 145 a 162) como também em normas esparsas (arts. 195, 212, § 5º, 239 e 240) do texto constitucional. Decorre daí que o regime tributário encontra fundamento de validade na Lei Magna, o que demanda a análise e a compreensão dos princípios e normas constitucionais que, como verdadeiras diretrizes, conferem poder, outorgam competências e estatuem direitos e garantias individuais.

No dizer de MELO (1.996),

*“a Constituição contém conceitos dogmáticos, compreendendo verdades normativas que devem ser rigorosamente obedecidas por todos os destinatários e perseguidas até as suas últimas conseqüências. É inadmissível o hermenêuta tomar como ponto de partida norma infraconstitucional (a lei), posto que esta deve estar fundamentada em norma de escalão superior (a Constituição) p. 12 (...). Deste modo, toda a estrutura jurídica tributária deve assentar-se nos postulados da Constituição.”*⁵ (grifo nosso)

Desta maneira outra não pode ser a conclusão senão a de que o conceito de tributo só poderá ser extraído da Constituição Federal.

Nesse sentido, imperativa é a lição de ATALIBA (2000),

“o conceito de tributo é constitucional. Nenhuma lei pode alargá-lo, reduzi-lo ou modificá-lo. É que ele é conceito-chave para demarcação das competências legislativas e balizador do “regime tributário”, conjunto de princípios e regras constitucionais de proteção do contribuinte contra o chamado poder tributário. (...) Constrói-se o conceito jurídico-positivo de tributo pela observação e análise das normas jurídicas constitucionais. A verificação da universidade e constância de um fenômeno, pelo cientista, leva-o a concluir pelo reconhecimento de uma categoria, à qual, para efeito de síntese, dá uma designação. A Constituição de 1.988 adota um preciso – embora implícito – conceito de tributo.” (grifo nosso)

Conceber, pois, a definição de tributo – que constitui elemento nuclear do direito tributário – utilizando-se de conceitos estabelecidos em leis infraconstitucionais, pode representar, além de impropriedade técnica, danos ao contribuinte, na medida em que compromete a eficácia da Constituição Federal.

Faz-se tal advertência tendo em conta que é comum perceber a utilização do artigo 3º do Código Tributário Nacional como fundamento e referência para a atribuição de natureza tributária aos encargos colocados sob análise. Assim, seguindo a equivocada técnica, bastaria que houvesse encaixe entre os elementos extraídos do dispositivo da lei complementar citada com as características do objeto estudado, para que a ele fosse dado caráter tributário.

Entretanto, a impropriedade da metodologia reside, em primeiro lugar, no fato de não caber à lei a formulação de conceitos teóricos, sendo, pois, afeto à doutrina o dever de expender definições. Para CARRAZZA (2002), “a lei deve mandar, proibir ou facultar”.

Além disso, agindo-se desta forma, desvirtua-se a referência a ser seguida, qual seja, a Constituição Federal, na medida em que é a Lei Magna que dispõe sobre o sistema tributário que se presta à análise.

Nesse contexto, observando-se as características desse sistema pode-se dizer que tributo se constitui como obrigação pecuniária tendente a levar dinheiro aos cofres estatais, que não tenha como fato impositivo sanção de ato ilícito, e que seja sempre instituída por meio de lei, e que, por isso, terá a coercitividade como característica essencial.

Assim, nas obrigações tributárias nunca será levada em conta a autonomia da vontade, própria dos contratos em que as partes envolvidas contraem deveres por vontade própria. As obrigações tributárias, no dizer de COELHO (1998), citando KELSEN (1998), são consideradas heterônomas, ou seja, o obrigado o é não porque quis, mas porque outra vontade o tornou sujeito a um dado dever.

Vale dizer que o artigo 3º do Código Tributário, muito embora represente simples preceito didático, se ajusta perfeitamente aos ditames constitucionais e, segundo ATALIBA (2000) *“tem o mérito de – pela cláusula excludente das obrigações que configurem sanção de ato ilícito – evitar a abrangência também das multas, as quais, doutra forma, ver-se-iam nele compreendidas”*. O autor analisa de modo percuciente o conceito de tributo previsto nesse dispositivo legal, de maneira a evidenciar seu significado:

“OBRIGAÇÃO – vínculo jurídico transitório, de conteúdo econômico, que atribui ao sujeito ativo o direito de exigir do passivo determinado comportamento e que a este põe na contingência de praticá-lo, em benefício do sujeito ativo.

PECUNIÁRIA – circunscreve-se, por este adjetivo, o objeto da obrigação tributária: para que esta se caracterize, no direito constitucional brasileiro, há necessidade de que seu objeto seja: o comportamento do sujeito passivo consistente em levar dinheiro ao sujeito ativo.

EX LEGE – a obrigação tributária nasce da vontade da lei, mediante a ocorrência de um fato (fato impositivo) nela descrito. Não nasce, como as obrigações voluntárias (ex voluntate), da vontade das partes. Esta é irrelevante para determinar o nascimento deste vínculo obrigacional.

QUE NÃO SE CONSTITUI EM SANÇÃO DE ATO ILÍCITO – O dever de levar dinheiro aos cofres (tesouro = fisco) do sujeito ativo decorre de fato impositivo. Este, por definição, é fato jurídico constitucionalmente qualificado e legalmente definido, com conteúdo econômico – por imperativo da isonomia (art. 5º, caput e inciso I da C.F.) – não qualificado como ilícito. Dos fatos ilícitos nascem multas e outras consequências punitivas, que não configuram tributo, por isso não integrando seu conceito, nem submetendo-se a seu regime jurídico.

CUJO SUJEITO ATIVO É EM PRINCÍPIO UMA PESSOA PÚBLICA – regra geral ou o sujeito ativo é uma pessoa pública política ou “meramente administrativa” – como bem designa às autarquias Ruy Cirne Lima. Nada obsta, porém, a que a lei atribua capacidade de ser sujeito ativo de tributos a pessoas privadas – o que, embora excepcional, não é impossível – desde que estas tenham finalidades de interesse público. Configura-se, assim, a para-fiscalidade (v. Roque Carrazza, *O sujeito ativo da obrigação tributária*, 1977, págs. 25 a 33).

CUJO SUJEITO PASSIVO É UMA PESSOA POSTA NESTA SITUAÇÃO PELA LEI – a lei designa o sujeito passivo. A lei que qualifica o sujeito passivo explícito, o “destinatário constitucional tributário”. Geralmente são pessoas privadas as colocadas na posição de sujeito passivo, sempre de pleno acordo com os desígnios constitucionais. Em se tratando de impostos, as pessoas públicas não podem ser sujeito passivo, devido ao princípio constitucional da imunidade tributária (art. 150, VI). Já no que se refere a tributos

vinculados, nada impede que, também, pessoas públicas deles sejam contribuintes.”

Atendo-se a tal conceito, uma vez que ele está totalmente de acordo com a orientação constitucional, passa-se ao cotejo entre as características da CFEM e as extraídas do mencionado dispositivo de Lei Complementar.

Prestação pecuniária – a CFEM constitui prestação pecuniária, na medida em que as empresas que exploram os recursos minerais são obrigadas a recolher até 3% do seu faturamento líquido aos cofres públicos;

Compulsória – como já mencionado diversas vezes, a obrigação de pagar a CFEM não decorre da vontade das mineradoras e sim do *jus imperi* estatal;

Expressa em moeda – a CFEM nada mais é do que a transferência de dinheiro da empresa que extrai minerais para o erário estatal;

Que não constitua sanção de ato ilícito – a obrigação de recolher a CFEM advém do fato de a empresa mineradora explorar o bem mineral, o que, de maneira alguma, pode ser considerado ato ilícito;

Instituída em lei – a CFEM foi instituída pelas Leis n.ºs 7.990/89 e 8.001/90, nascendo, portanto *ex vi legis*.

Importa ressaltar a propósito que, para XAVIER (1.998), três características decorrem do § 1º do artigo 20 da Constituição Federal, fundamento constitucional da instituição da CFEM:

“A primeira é que os direitos em causa têm por objeto uma prestação patrimonial, pois revestem necessariamente esta natureza, quer se

trate de uma 'participação nos resultados da exploração', quer se trate de uma 'compensação financeira' que àquela se substitua.

A segunda é que a prestação patrimonial em causa é uma prestação compulsória e não voluntária, pois sem o carácter compulsório 'ex lege' da referida prestação não seria possível 'assegurar' aos entes políticos os direitos em causa, como o faz categoricamente a Constituição.

A terceira é que a prestação patrimonial compulsória deve ser instituída por lei federal.

Se o próprio texto do § 1º do artigo 20 da Constituição Federal prevê a criação pela lei em favor de entes de direito público de prestações patrimoniais compulsórias, pode, desde já, concluir pela natureza tributária das prestações em causa (...)"

Além disso, ainda seguindo as lições de ATALIBA (2000):

"toda vez que se depare o jurista com uma situação em que alguém esteja colocado na contingência de ter o comportamento específico de dar dinheiro ao estado (ou a entidade dele delegada por lei), deverá inicialmente verificar se se trata de: a) multa; b) obrigação convencional; c) indenização por dano; d) tributo. Nestes quatro casos pode alguém ser devedor de dinheiro ao estado (ou, excepcionalmente, a outra pessoa – em geral pública – designada pela lei e por esta colocada na situação de sujeito ativo da prestação)".

Com efeito, no caso da CFEM, não se trata de multa, pois a obrigação de recolhê-la não deriva de sanção por ato ilícito. De indenização por dano, conforme exposto anteriormente, também não se trata. Desta maneira, seguindo a fórmula do ilustre tributarista citado, restaria à CFEM ou a natureza de obrigação convencional ou a natureza tributária.

Neste sentido argumenta DALEFFE (1.998), para quem a CFEM “(...) *não é multa, não é receita contratual, não é indenização. Trata-se de típica prestação ex lege, compulsória, traduzida em moeda e cobrada mediante atividade administrativa vinculada*”.

Qual seria, pois, a diferença havida entre a obrigação convencional e a obrigação tributária, já que em ambos os casos tem-se, nitidamente, uma obrigação pecuniária?

Conforme já mencionado, o que diferencia a obrigação tributária das demais é sua natureza compulsória. Ou seja, se tratar-se de obrigação *ex voluntate*, em que está presente a autonomia de vontade, a obrigação é convencional, ao passo que se a obrigação é *ex lege*, sua prestação é compulsória, sendo, portanto, tributária.

ATALIBA (2000), ao tratar do critério discriminativo entre as obrigações convencionais e tributárias, assim explicita:

“O fulcro do discrimen está primeiramente no modo de nascimento da obrigação. Se se tratar de vínculo nascido da vontade das partes, estar-se-á diante da figura convencional (obligatio ex voluntate), mútuo, aluguel, compra e venda etc. Isto permite discernir a obrigação tributária das obrigações convencionais.

Se, pelo contrário, o vínculo obrigacional nascer independentemente da vontade das partes – ou até mesmo contra essa vontade – por força da lei, mediante a ocorrência de um fato jurídico lícito, então estar-se-á diante de tributo, que se define como obrigação jurídica legal, pecuniária, que não se constitui em sanção de ato ilícito, em favor de uma pessoa pública. Ter-se-á obrigação de indenização por dano, se o fato de que nascer a obrigação for ilícito”.

Em suma, se ao cotejar as características da CFEM com a definição de tributo extraída da Constituição Federal e didaticamente explicitada pelo artigo 3º do Código Tributário Nacional, houver entre elas o encaixe, sua natureza jurídica será indiscutivelmente tributária.

Quando da instituição da Compensação Financeira sob estudo, as partes compelidas ao seu pagamento não foram chamadas à discussão. A obrigação ao seu pagamento, muito pelo contrário, nasceu por meio de lei, de maneira a obrigar os mineradores, quando da extração do minério, ao seu recolhimento.

Muito embora a CFEM tenha nascido com o fim de remunerar a União pela perda dos seus recursos, o que importa para a caracterização desta exação é a maneira como ela se instituiu. Se tivesse sido feita em termos contratuais, prevista no próprio ato de concessão de lavra, poder-se-ia falar em preço público como sustentado por parte da doutrina e da jurisprudência.⁶

Ocorre que seu nascimento deu-se de outra forma, qual seja, *“passando ao largo da vontade das partes envolvidas, devendo ser equacionada por meio de lei, obedecido o regime tributário, conforme sustenta CARRAZZA (1.996)”*.

O mesmo autor sustenta, ainda, que

“em nenhum momento as pessoas que exploram recursos minerais foram chamadas a manifestar suas vontades acerca da compensação financeira que agora lhes está sendo exigida. Noutro falar, a compensação financeira não nasceu de um acordo celebrado entre a União e estas pessoas, mas da vontade da lei. Efetivamente, os chamados a pagar esta compensação financeira não concorreram com a vontade para serem obrigados a recolhê-la. Estão sendo a isto compelidos pela lei. Percebemos que, por força de lei, exige-se, dos que, mediante autorização ou concessão exploram recursos minerais, uma passagem de dinheiros privados aos cofres públicos. Estamos, pois, diante de uma obrigação legal, que como logo demonstraremos, reveste nitidamente a natureza de tributo”.

⁶ Os textos das primeiras concessões de lavra (até 1977) previam cláusulas adicionais aos atos de outorga, o que serviu de supedâneo para alguns autores sustentarem o seu caráter contratual.

Em suma, uma vez que a CFEM foi instituída pelas Leis n.º 7.990/89 e 8.001/90, a vontade das empresas não representou qualquer relevância para a formação do vínculo obrigacional tendente ao pagamento devido em razão da extração mineral. Não nasceu *ex voluntate* e sim *ex lege*. A obrigação de pagar a CFEM não decorre da vontade das mineradoras e sim do *jus imperii* estatal.

Reforçando o raciocínio esposado, qual seja, de que a natureza jurídica será dada pelo regime jurídico aplicado ao instituto que se analisa, está disposto no art. 16 do Decreto 1/91 que a CFEM será lançada mensalmente pelo devedor (lançamento por homologação).

Assim, o fato de a norma citada expressamente dispor sobre seu lançamento, reafirma, mais uma vez, que o regime a ela atribuído é o tributário, haja vista que seu lançamento é próprio dos tributos.

Além disso, não se presta para descaracterizar sua natureza jurídica o fato de a Compensação estar topicamente fora do capítulo constitucional relativo ao Sistema Tributário Nacional. Mesmo localizando-se no capítulo referente à organização do Estado, a Lei nº 7.990/89 prevê institutos típicos do direito tributário, tais como sujeitos ativo e passivo, fato gerador, base de cálculo, alíquotas e isenções.

Desta maneira, estando as características da Compensação Financeira pela Exploração dos Recursos Minerais convergindo *in totum* com as características inerentes aos tributos, outra não pode ser a conclusão: a CFEM constitui espécie tributária, restando saber, apenas, em qual espécie de tributo ela há de ser enquadrada.

3.2.1.1. – Das espécies tributárias

A classificação das espécies tributárias constitui tema que há muito atormenta a doutrina. As variações em torno do assunto são, pois, por demais numerosas.

ATALIBA (2000), na célebre obra *Hipótese de Incidência Tributária*, classifica os tributos em duas espécies: tributos vinculados e não-vinculados a uma atuação estatal. Segundo o autor, caso a materialidade da hipótese de incidência seja uma atuação estatal, ter-se-á um tributo vinculado (taxas e contribuições), ao passo que caso a materialidade da hipótese de incidência não configure uma atuação estatal, se terá um tributo não vinculado (impostos).

CARVALHO (1.993), assevera que três são as espécies tributárias: impostos, taxas e contribuições de melhoria. No entanto, afirma o autor que o empréstimo compulsório pode revestir-se da natureza de uma das espécies citadas e as contribuições, conforme o caso, podem ser consideradas impostos ou taxas.

CARRAZZA (2002), da mesma maneira que o autor antes citado, leciona que os tributos podem ser impostos, taxas e contribuições de melhoria e reduz as demais figuras à natureza jurídica de uma dessas três espécies.

Há ainda a doutrina de AMARO (2003), que dividiu em quatro as espécies tributárias. São elas: impostos, taxas, contribuições e empréstimo compulsório. Segundo esta doutrina, as contribuições de melhoria são classificadas como sendo taxas, levando-se em conta a atuação estatal que lhe é inerente.

Todavia, este trabalho pautar-se-á pela doutrina de MARTINS (1.998), que ao classificar os tributos, adotou um critério quinquipartido, dividindo as espécies tributárias em impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

Antes, porém, de proceder-se à elucidação dos critérios adotados pelo autor, necessário faz-se traçar algumas considerações preliminares no tocante ao critério de determinação da natureza jurídica do tributo de acordo com as estipulações do artigo 4º do Código Tributário Nacional e as consequências dele advindas.

Segundo o dispositivo citado, a natureza jurídica tributária seria conferida pelo fato gerador, e para a determinação da espécie tributária seriam irrelevantes o exame de sua

denominação e demais características formais adotadas pela lei, bem como a destinação legal do produto de sua arrecadação.

Assim, seguindo as recomendações do artigo 4º, o primeiro passo para se determinar a espécie tributária é a identificação de seu fato gerador para saber se este corresponde a fato gerador específico de imposto, de taxa ou de contribuição de melhoria, conforme a tripartição tributária disposta no artigo 5º do Código Tributário Nacional.

Esse critério guardaria efetividade se fundado nas definições que o Código Tributário Nacional deu aos fatos geradores dos impostos (artigo 16), das taxas (artigo 77) e da contribuição de melhoria (artigo 81), quando, reitere-se, deveria o intérprete cotejar o fato gerador do tributo sob análise com as definições das espécies tributárias citadas.

No entanto, este critério mostra-se por demais reducionista, na medida em que leva à conclusão de que todo e qualquer tributo deveria se revestir da roupagem de uma das três espécies tributárias dispostas no artigo 5º do Digesto Tributário.

Assim, tanto as contribuições como os empréstimos compulsórios, muito embora considerados tributos pela doutrina e pela jurisprudência, deveriam assumir a natureza de imposto, taxa ou de contribuição de melhoria.

Utilizando-se tal critério, conforme leciona AMARO (2003),

“todas as contribuições (que não a de melhoria), bem como o empréstimo compulsório teriam de se enquadrar na camisa de força da tipologia do art. 5.º; obviamente, o pedágio também aí teria de buscar abrigo. Assim, por exemplo, um empréstimo compulsório (ou uma contribuição) que tivesse por fato gerador uma situação independente de qualquer atuação estatal relativa ao contribuinte (CTN, art. 16) teria de ser catalogado como imposto. E se o respectivo fato gerador fosse atrelado a certas e específicas atuações do Estado,

seria taxa ou contribuição de melhoria, conforme o caso. Ou seja, os empréstimos compulsórios e todas as contribuições teriam de ter por fatos geradores apenas as situações previstas no Título III do Livro Primeiro do Código Tributário Nacional: impositação, renda etc. (e seriam 'impostos'), ou buscar amparo nos fatos geradores das taxas (art. 77) ou da contribuição de melhoria (art. 81), assumindo a respectiva natureza jurídico-tributária específica".

Prossegue o autor, exemplificando o arrazoadado supra:

"Vejam os outros exemplos: a contribuição sindical. Ela não revestia a característica específica de nenhum dos impostos do referido Título II, e nem se ajustava ao conceito do art. 77 (não por referir-se ao poder de polícia, nem relacionar-se com um serviço público divisível) ou do art. 81 do mesmo Código (já que inexiste obra pública na espécie). Que seria a contribuição sindical? Nem taxa, nem contribuição de melhoria, nem imposto legítimo. Admitida a natureza tributária das contribuições, ficaríamos diante de um dilema: ou todas as exações não enquadráveis na tipologia codificada teriam sido extintas aos modelos tipificados nos arts. 5º, 16, 77 e 81 do Código Tributário Nacional".

Neste contexto, tendo em vista que, na Constituição Federal, não se encontra tipificado o fato gerador dos empréstimos compulsórios como sendo uma atuação divisível e referível ao contribuinte, poder-se-ia chegar à conclusão de que se trataria, essa figura tributária, de imposto.

Ocorre que os impostos têm fatos geradores indicados na Constituição, enquanto isso não acontece com os empréstimos compulsórios (o que a Constituição explícita é, sim, a destinação de seus recursos). Além do mais, a restituição constitui-se como a característica mais peculiar dos empréstimos compulsórios, enquanto nos impostos a receita é efetiva.

Outro problema decorrente do critério estabelecido pelo artigo 4º do Código Tributário Nacional diz respeito às contribuições.

Com efeito, essa espécie tributária não tem como fato gerador a atuação do Estado, de maneira que é impossível atrelá-la à categoria de taxa. Ela, nem tampouco, objetiva custear as funções gerais e indivisíveis do Estado de modo a correccioná-la com os impostos.

Além disso, o mencionado dispositivo legal peca por banir, como elemento de verificação pelo hermeneuta, o critério da destinação das receitas arrecadadas. Ora, há casos em que ela, destinação, constitui elemento essencial para a tipificação das contribuições sociais e assim é por inafastável imposição constitucional. Impossível, pois, ignorá-la como critério de verificação da natureza da contribuição.

Por tudo isso, resta evidente que o critério determinado pelo artigo 4º do *Codex* Tributário, tendo em conta as limitações a ele inerentes, não deve servir de supedâneo ao hermeneuta, pelo menos no que se refira à análise das contribuições que vêm previstas no art. 149 da Constituição Federal.

Retomando a questão da classificação adotada, este trabalho, reitere-se, utilizará como referencial a doutrina de MARTINS (1.998), opção feita em razão desse autor propugnar pela divisão quinquipartida das espécies tributárias, então identificáveis em função de suas características peculiares

Segundo o autor *“as espécies tributárias são cinco (contribuições especiais, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios, impostos e taxas), conforme já defendi na 2ª Reunião Regional Latino-Americana de Direito Tributário (As contribuições especiais numa divisão quinquipartida dos tributos), posição esta que foi hospedada pela atual Lei Suprema”*.

Ressalte-se que a divisão quinquipartida dos tributos foi abarcada pela Corte Maior de Justiça do País quando da votação do RE n.º 146733-9. Confirmam-se os termos do voto exarado pelo Ministro Moreira Alves:

“(...) De feito, a par das três modalidades de tributos (os impostos, as taxas, e as contribuições de melhoria) a que se refere o artigo 145 para declarar que são competentes para instituí-los a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os artigos 148 e 149 aludem outras espécies modalidades tributárias, para cuja instituição só a União é competente: o empréstimo compulsório e as contribuições sociais, inclusive as de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas (...)”

Considerando-se essa classificação das espécies tributárias, faz-se, pois, a análise de cada uma delas, fazendo-se, concomitantemente, o cotejo de suas características com as da CFEM, de maneira a buscar semelhanças e dessemelhanças entre ela e as espécies tributárias mencionadas.

Os impostos, (arts. 153, 155 e 156 C.F. e 16 e 17 CTN) são tributos cuja obrigação tem por fato gerador uma situação jurídica independente de qualquer atividade estatal específica relativa ao contribuinte.

Recorde-se que a obrigação tributária tem como hipótese de incidência uma situação legalmente prevista, necessária e suficiente para seu nascimento. No caso dos impostos, esta situação relaciona-se a um fato da vida do contribuinte totalmente desvinculado da atuação estatal.

As taxas têm como hipótese de incidência (arts. 145, II, C.F. e 77, CTN) uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte, que pode ser ou um serviço público ou um ato de polícia. A taxa de serviço é o tipo tributário que tem por hipótese de incidência a prestação de serviço público, como por exemplo serviços de iluminação pública e segurança pública, etc. A taxa de polícia tem por hipótese de incidência o poder de polícia diretamente referido ao contribuinte.

Segundo CARRAZZA (2002), *“a taxa de polícia pressupõe o efetivo exercício de atividades ou diligências, por parte da Administração Pública, em favor do contribuinte, removendo-lhe obstáculos jurídicos, mantendo-os, fiscalizando a licença que lhe foi concedido, etc”*.

As contribuições de melhoria, (arts. 145, III, C.F. e 81, CTN) são tributos que têm como hipótese de incidência uma atuação estatal consistente na realização de uma obra pública que cause valorização imobiliária, isto é, que aumente o valor de mercado dos imóveis localizados em sua redondeza.

Os empréstimos compulsórios, segundo o art. 148, incisos I e II da Constituição Federal, poderão ser instituídos pela União, por meio de Lei Complementar, para atender as despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

É de cabal importância mencionar que esse empréstimo, muito embora esteja atrelado à idéia de obrigatoriedade, é perfeitamente restituível, presumindo sua devolução em dinheiro.

As contribuições sociais, então previstas no art. 149 da Constituição Federal, são tributos cujo traço mais peculiar é a finalidade de sua instituição. Têm, pois, a finalidade constitucionalmente definida, a saber: intervenção no domínio econômico, interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, e seguridade social.

É importante trazer, ainda, que, no tocante à relevância da finalidade das contribuições, a boa colocação de MELO (1.996) que ilustra a questão com a Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n.º 38950-SP, j. 12.12.91, maioria de votos: *“ao contrário dos demais tributos, é relevante para caracterizar uma exação não é só a finalidade para a qual foi instituída como também a afetação de sua receita ao custeio da atividade estatal que é pressuposto de sua criação”*.

Da breve análise das definições das mencionadas espécies tributárias, depreende-se que a CFEM não possui pontos de convergência com a contribuição de melhoria e com o empréstimo compulsório, de maneira que não será feito seu cotejo com estas espécies tributárias.

3.2.1.2. – A CFEM e seu confronto com as contribuições

É indubitosa a natureza tributária das contribuições, não mais existindo divergência doutrinária e jurisprudencial quanto às normas gerais de direito a lhes serem aplicadas, quais sejam, os princípios atinentes à tributação.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da legislação instituidora da Contribuição Social sobre o Lucro, no Recurso Extraordinário n.º 138.284-8 – CE, reconheceu que tais exações constituem espécies tributárias que têm destinação específica.

As contribuições, tributos caracterizados pela finalidade, estão dispostas no artigo 149 da Constituição Federal, que as divide em três espécies distintas. São elas: a) contribuição de intervenção no domínio econômico; b) contribuição de interesse das categorias profissionais ou econômicas; c) contribuição da seguridade social.

AMARO (2003), ao falar das contribuições, aduz: *“o que importa sublinhar é que a Constituição caracteriza as contribuições sociais pela sua destinação, vale dizer, são ingressos necessariamente direcionados a instrumentar (ou financiar) a atuação da União (ou dos demais entes políticos, na específica situação prevista no parágrafo único do art. 149) do setor da ordem social”*.

No mesmo sentido leciona MELO (1.993), citando acórdão relatado por Hugo de Brito Machado, que, ao julgar a Arg. de Inconstitucionalidade na AMS n.º 0976 no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, exarou o seguinte entendimento: *“ (...) é da essência do regime jurídico específico da contribuição para a seguridade social a sua destinação constitucional. Não a destinação legal do produto da arrecadação, mas a destinação constitucional. (...)”*

Importante argumentar, ainda, que, em função deste fator (destinação) que distingue as contribuições, não haverá a vedação imposta pelo artigo 167, inciso IV da Constituição Federal.

Assim, a União, de acordo com o artigo 149 da Constituição Federal, poderá criar contribuições (com natureza ou de imposto ou de taxa), deixando claro que tal tributo terá por finalidade:

- a) a intervenção no domínio econômico;
- b) o interesse das categorias profissionais;
- c) o financiamento da seguridade social.

As contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas têm por objetivo fiscalizar e regularizar o exercício de determinada atividade profissional ou econômica, ou seja, destinam-se a propiciar a organização de determinada categoria, fornecendo recursos para a manutenção da entidade associada. São exemplos dessa espécie de contribuição aquelas pagas à Ordem dos Advogados do Brasil pelos advogados e estagiários, como também as pagas ao Conselho Regional de Medicina pelos médicos.

As contribuições para a seguridade social têm por escopo financiar a seguridade social e é exigível, nos termos do artigo 195 da Constituição Federal: a) dos empregadores (folha de salários, faturamento, lucro); b) dos trabalhadores; c) das receitas de concursos de prognósticos.

As contribuições de intervenção no domínio econômico caracterizam-se pela interferência estatal em determinada atividade econômica, ou seja, por condicionar ou suprimir a iniciativa privada em dada área econômica. Por essa razão, sua função tem nitidamente caráter extrafiscal. Conclui-se que, por se revestirem dessa característica, tais contribuições só podem ser exigidas de quem esteja diretamente envolvido com a exploração econômica que está a se disciplinar.

Além disso, o Estado, ao criar essa espécie de contribuição, deve observar os princípios gerais da atividade econômica constantes nos artigos 170 a 181 da Constituição Federal, haja vista tais artigos conterem os princípios que norteiam a intervenção estatal no domínio econômico.

Quando se fala em intervenção no domínio econômico, faz-se necessário, em primeiro lugar, estabelecer o que pode conter a expressão *intervenção no domínio econômico*. Para tanto, utilizam-se as lições de GRAU (1.988), para quem o Estado intervém na economia de quatro formas, quais sejam, por absorção, participação, direção e indução:

*“No primeiro caso, o Estado intervém **no** domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico.*

Intervirá, então, por absorção ou participação.

Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio.

Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor.

*No segundo e terceiro casos, o Estado intervirá **sobre** o domínio econômico, isto é, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade.*

Intervirá, no caso, por direção ou indução.

Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.

Quando o faz por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”. (grifo nosso)

Após a análise das maneiras pelas quais, segundo o autor, o Estado pode intervir no domínio econômico, faz-se necessário cotejá-las no sentido de aferir-se se há, de fato, intervenção do Estado no domínio econômico do setor, de maneira que se possa classificar a CFEM como tributo desta espécie.

Cumpre salientar, que uma vez sendo tributo, tanto a CFEM como outro tributo de qualquer espécie intervêm no domínio econômico. Noutro falar, em havendo obrigação de pagamento em pecúnia compulsória ao Estado, está havendo, por parte deste, uma intervenção no domínio econômico dos compelidos a tal pagamento.

No entanto, esse não deve ser o critério eleito para que se defina a natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico de determinado encargo, pois, analisando-se desta forma, todos os tributos o seriam.

Retomando a linha de raciocínio, segundo GRAU (1.988), o Estado intervém no domínio econômico de duas formas, quais sejam: por absorção e participação. Segundo o autor, quando intervém no domínio econômico, ele age como agente, sujeito econômico.

Intervenção por absorção pode ser entendida como o controle integral do Estado em determinado setor econômico, ou seja, o regime de monopólio. A intervenção por participação, por sua vez, dá-se quando o Estado assume parte do controle de determinado setor econômico, isto é, ele atua em regime de competição com empresas privadas que exerçam atividade no mesmo sentido.

Ao lado da intervenção **no** domínio econômico, está a intervenção **sobre** o domínio econômico, hipótese em que o Estado desenvolve ação como regulador da atividade. Por esta razão, a atuação da União **sobre** domínio econômico é que enseja a instituição de contribuição nos moldes do artigo 149 da Lei Magna.

Ora, uma vez agindo como agente econômico em determinado setor (absorção ou participação), não há necessidade de instituir contribuição destinada a financiá-lo, pois o Estado, ao explorá-lo, já está auferindo renda.

SOUZA (2001), é taxativo ao falar do assunto: “*a atuação no domínio econômico não apenas impede a instituição de qualquer contribuição, como também exige que aquela atuação estatal específica se submeta às regras de livre iniciativa, ou seja, sofre o ônus das mesmas obrigações trabalhistas e tributárias previstas para as empresas do setor*”.

Assim, resta proceder à comparação das intervenções por direção e por indução para aferir se o Estado intervém no domínio do setor mineral por meio desses instrumentos.

Intervindo por direção, o Estado age como agente regulador, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade. É o que acontece hoje no Brasil com os setores telefônico, de transporte e de energia.

O setor mineral, por seu turno, não se sujeita a essa intervenção estatal, ou seja, não sofre regulação por parte do governo, de maneira que não há que se falar em intervenção por direção na hipótese.

Quando o Estado intervém no domínio econômico por indução, há, por parte dele, a manipulação dos instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o mercado. Noutro falar, o Estado age por indução quando ele, no sentido de estimular ou desestimular determinado setor econômico, concede benefícios (empréstimos pelo BNDES, por exemplo) ou impõe severas condições para que a atividade continue a se desenvolver (alta tributação).

Da mesma forma, não há que se falar em intervenção do setor mineral por meio de indução, na medida em que no referido setor econômico tanto os benefícios concedidos quanto as restrições são praticamente os mesmos conferidos a outros segmentos econômicos.

Assim, uma vez que não há intervenção do Estado no domínio econômico do setor mineral, não há como classificar a CFEM como contribuição de intervenção no domínio econômico, visto que lhe falta a característica principal: a finalidade legal prevista na Lei Maior.

Ademais, se os recursos auferidos a título de CFEM fossem destinados a uma suposta intervenção, o *quantum* arrecadado (0,2% até 3%) não seria suficiente para estimular ou desestimular o setor minerário, como também não se prestaria a financiar nem regulamentar o setor, razão porque, também por isso, a classificação da CFEM como sendo contribuição de intervenção no domínio econômico deve ser afastada.

3.2.1.3. – A CFEM e seu confronto com as taxas

As taxas estão previstas no inciso II do artigo 145 da Constituição que dispõe *in verbis*:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II – taxas, em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; (grifo nosso)

Decorre do dispositivo constitucional citado que as taxas constituem espécie de tributo vinculado diretamente a uma atuação estatal que pode se dar tanto no exercício do poder de polícia, quanto na prestação de um serviço público específico e divisível. Ou seja, o serviço prestado ou o poder de polícia tem que guardar referibilidade direta com o contribuinte da taxa.

ATALIBA (2000), falando sobre as taxas ensina: “*Não basta que a consistência da h. i. seja uma atuação estatal. É preciso que esta seja, de qualquer modo, referida ao*

obrigado (sujeito passivo), para que dele possa ser exigida. Se pudesse ser exigida de outra pessoa desapareceria qualquer utilidade na distinção entre imposto e taxa”.

Tem-se, pois, que a característica maior das taxas é a referibilidade, ou seja, uma atuação estatal direta e imediatamente referida ao contribuinte. Há que se atentar, também, que elas podem ser de duas espécies únicas: de serviço e de poder de polícia.

No que tange à base de cálculo das taxas, elas devem dimensionar o custo dos serviços públicos prestados ou do poder de polícia exercido, isto porque a base de cálculo mede o fato descrito na hipótese de incidência tributária.

Assim, as taxas, sejam as de polícia, sejam as de serviço, devem ter como base de cálculo o preço da atuação estatal, de modo a guardar uma razoabilidade entre a quantia despendida pelo Estado para prestar o serviço ou para praticar o poder de polícia e a realização destes.

As taxas de serviço têm como hipótese de incidência a prestação pelo Estado de um serviço público, o que, no dizer de MELLO (1.999), “*é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público*”.

Ademais, cumpre deixar claro que os serviços públicos, para que constituam hipótese de incidência das taxas, devem ser específicos e divisíveis, conforme se depreende do texto constitucional.

A Carta Maior faz tal observação uma vez que os serviços públicos se dividem em gerais e específicos. Os serviços gerais são prestados a todos os cidadãos, *uti universi*, como por exemplo, a iluminação pública, segurança, etc, ao passo que os serviços específicos são os prestados a um grupo determinado de pessoas, *uti singuli*, como são os serviços de telefone, transporte coletivo, etc. São serviços que gozam de divisibilidade.

Da exposição das características das taxas de serviço resta claro que não há que se tentar aplicar à CFEM a natureza de taxa de serviços. Assim é, pois não se percebe, na hipótese de incidência da exação instituída pelo parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição Federal, qual seja, a exploração de recursos minerais, qualquer serviço estatal específico e divisível posto à disposição do contribuinte.

A conclusão exposta não difere das lições de XAVIER (1.998), ao tratar da CFEM, para quem,

“não ocorre a prestação, pela Administração, de um serviço público específico e divisível, mas a atribuição de um direito de utilizar bem do domínio público.

Também não está em causa o exercício do poder de polícia, pois o uso especial de bens do domínio público não constitui nem implica atividade de administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas, dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”..

As taxas de polícia, por sua vez, têm como hipótese de incidência o exercício do poder polícia diretamente referido ao contribuinte. Poder de polícia, também no dizer de MELLO (1.999), é *“a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivo”*.

CARRAZZA (2002), ao falar da hipótese de incidência da taxa de polícia, argumenta que esta

“se consubstancia num ‘documento, denominado alvará, que implica uma exceção, manutenção ou fiscalização aberta’. Não é o simples ato do Poder Público que enseja a cobrança da taxa de polícia, mas o desempenho efetivo da atividade dirigida ao administrado. Esta exação só poderá ser exigida quando a pessoa política competente, atuando, ‘remover obstáculo criado pela norma geral, mantê-lo ou fiscalizar a autorização ou licença expedida’ ”.

ATALIBA (2000), complementa: *“Estes (os agentes públicos) desempenham exames, vistorias, perícias, verificações, avaliações, cálculos, estimativas, confrontos e outros trabalhos como condição ou preparo de ato propriamente de polícia, consistente em autorizar, licenciar, homologar, permitir ou negar, denegar, proibir, etc.”.*

Voltando à determinação da natureza jurídica da Compensação Financeira por Exploração Mineral, cumpre mencionar que sua instituição está apartada de toda e qualquer atuação estatal no sentido de autorizar, fiscalizar, negar, homologar. Sua hipótese de incidência, reitere-se, está jungida à exploração de um bem mineral por uma empresa mineradora.

Seria possível que a exploração mineral, por constituir atividade econômica que depende da concessão ou autorização do Poder Público, legitimasse a atribuição de natureza de taxa à exação debatida.

Ocorre que a base de cálculo das taxas, conforme já exposto, pressupõe a compensação dos custos das atividades desenvolvidas para que o poder de polícia seja exercido. Ora, a CFEM é calculada tendo-se como base os resultados da exploração da lavra, ou seja, um valor que não guarda qualquer correlação com os gastos que o Estado despenderia para exercer a fiscalização, negar licença ou fazer homologação.⁷

⁷ Reforça a idéia de que a CFEM não se trata de taxa de polícia a existência de emolumentos específicos devidos pelo minerador, quais sejam, taxas de vistoria, emissão de certidão, emolumentos para análise e outorga dos títulos minerários.

Assim, à CFEM não se pode atribuir natureza de taxa, seja de serviço, seja de polícia, haja vista não haver serviço prestado diretamente ao contribuinte, não haver poder de polícia exercido e, por fim, por não haver entre a base de cálculo da CFEM qualquer correlação com a atuação que poderia porventura ser exercida.

3.2.1.4. –A CFEM e seu confronto com os impostos

Os impostos são espécies tributárias que têm como hipótese de incidência um fato qualquer que não se constitui numa atuação estatal. Ou seja, a hipótese de incidência dos impostos é um fato da vida particular como, por exemplo, auferir rendas, industrializar produtos, circular mercadorias, etc.

Afigura-se totalmente dispensável, pois, para que haja a cobrança do imposto, que o Poder Público desenvolva, em relação ao contribuinte, qualquer atividade específica.

Segundo CARRAZZA (2002), *o imposto nunca nasce de uma obrigação referida ao obrigado (obra pública, serviço público, ato de polícia, etc.), mas sempre de um fato qualquer que não envolva uma contraprestação estatal. Portanto, a prestação patrimonial do contribuinte do imposto é unilateral (e não sinalagmática), porque não faz nascer, para a entidade tributante, qualquer dever específico de efetuar uma contraprestação”*.

Os impostos ainda guardam, como característica que lhe foi imposta constitucionalmente, a necessidade de que sua hipótese de incidência seja um fato de conteúdo econômico.

Assim, não se estará diante da figura do imposto se houver, na hipótese de incidência da exação, uma vinculação à atuação estatal referida ao obrigado.

ATALIBA (2000), propõe, para comprovar estar-se em presença de imposto, o critério de exclusão, ou seja, *“se diante de uma exação, o intérprete verifica que não se trata de*

tributo vinculado, então pode afirmar seu caráter de imposto. Todo tributo não vinculado é imposto”.

Como reiterado anteriormente, resta incontestado a natureza tributária da CFEM. Cotejando-se suas características com as atinentes aos impostos, outra não será a conclusão: a CFEM é tributo da espécie imposto.

De fato, o fato gerador do encargo de pagar a CFEM é a extração de bens minerais. Ora, tal extração está totalmente apartada da atuação estatal, não pressupõe uma vinculação, não impõe uma contraprestação do Estado. Ao contrário, a exploração mineral constitui um fato de conteúdo econômico.

Assim, seguindo as lições de ATALIBA (2000), ou seja, aplicando-se a regra da exclusão, indaga-se: trata-se a CFEM de tributo vinculado? Conforme anteriormente exposto, a CFEM está totalmente apartada da atuação estatal, razão por que se reveste, inquestionavelmente, de natureza jurídica de imposto.

A atribuição à CFEM do caráter de imposto também é defendida por XAVIER (1998), que assim argumenta:

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

CARRAZZA (1.996), por seu turno, também comunga deste entendimento, argumentando que:

“sob o rótulo compensação financeira esconde-se um autêntico imposto. Imposto porque tem por hipótese de incidência um fato independente de atuação estatal relativa ao contribuinte (a exploração econômica de recursos minerais) e, por base de cálculo, uma dimensão deste fato (o total das receitas de vendas). O binômio hipótese de incidência/base de cálculo da compensação financeira pela exploração de recursos minerais confirma-nos sua natureza de imposto (tributo não-vinculado)”.

Assim, repita-se à exaustão, tendo em vista que a hipótese de incidência da CFEM é o fato de um brasileiro ou empresa constituída sob as leis brasileiras extrair, mediante concessão ou autorização, recursos minerais e depois colocá-los no mercado, é evidente estar-se diante de um fato da vida do particular, que independe de qualquer atuação estatal. Se assim é, a única conclusão possível na hipótese é de que ela tem natureza de imposto.

CAPÍTULO IV

DA ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA E DO DECRETO REGULAMENTADOR DA COMPENSAÇÃO FINANCEIRA POR EXPLORAÇÃO MINERAL

4.1. – Introdução

Conforme amplamente demonstrado, o legislador constitucional fez a expressa previsão de dois mecanismos tendentes a criar uma pecúnia, em favor dos Estados do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos da administração direta da União, derivada da exploração de bens minerais pelo particular: ou uma participação no resultado da lavra ou uma compensação financeira. Esta última é que foi escolhida pelo legislador infraconstitucional, que instituiu a CFEM.

Restou demonstrada, além disso, a natureza tributária dessa exação, mais precisamente seu caráter de imposto, cujos elementos essenciais vêm descritos nas Leis n.º 7.990/89, 8.001/90 e no Decreto n.º 15/91.

Estando, pois, estabelecida a incontestada natureza de tributo, da espécie imposto, da Compensação Financeira por Exploração Mineral, como tal ela deve ser tratada. Por ser assim, à legislação que a instituiu impõe-se, inexoravelmente, toda a orientação constitucional prevista aos tributos e, particularmente, aos impostos, como os princípios da legalidade e da estrita legalidade, da reserva da lei complementar, da tipicidade e da segurança jurídica e o da indelegabilidade das funções estatais, sob pena de irremissível inconstitucionalidade.

Antes, porém, de que se proceda à análise da constitucionalidade da legislação atinente a CFEM, transcrevem-se alguns dispositivos legais que a instituíram, bem como o Decreto que a regulamentou no sentido de extrair seus elementos essenciais:

Segundo o artigo 6º da Lei n.º 7.990/89, *“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”*.

O *caput* do artigo 2º da Lei n.º 8.001/90, por seu turno, dispõe que *“para fins do cálculo da compensação financeira de que trata o artigo 6º da Lei n.º 7.990/89 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 seguros”*.

Além disso, os incisos I a IV do parágrafo 1º do referido dispositivo legal fixaram as alíquotas da CFEM, que variam de 0,2% a 3%, de acordo com as classes de minerais.

Regulando os diplomas legais acima mencionados, o Decreto n.º 1 de 11 de janeiro de 1.991, em seu artigo 15, determinou o fato gerador da CFEM como sendo *“a saída por venda de produto mineral das áreas de jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provém, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial”*.

Por fim, o parágrafo único do artigo 15 desse Decreto regulamentador dispõe que *“equipara-se á saída por venda o consumo ou a utilização da substância mineral em processo de industrialização realizado dentro das áreas da jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais, suas áreas limítrofes e ainda em qualquer estabelecimento”*.

Conforme já frisado, das transcrições acima extraem-se os elementos essenciais da CFEM, verdadeiro imposto instituído pela Lei n.º 7.990/89, quais sejam, fato gerador, base de cálculo e alíquotas.

O fato gerador da CFEM consiste, pois, na realização de atos de venda do produto mineral, sendo a estes equiparados, pelo artigo 15 do Decreto n.º 1/91, o auto consumo e a utilização para industrialização no próprio local da extração. Sua base de cálculo é dada pelo valor do faturamento líquido, entendido este como o total das vendas do mineral após a última etapa do processo de beneficiamento e antes de sua transformação industrial, enquanto suas alíquotas variam de 0,2% a 3% conforme a classe mineral.

Retomando o fio do raciocínio, qual seja, da aferição da constitucionalidade ou não da legislação que institui a CFEM, bem como do Decreto que a regulamenta, não há dificuldade em verificar que há flagrante descompasso entre eles e alguns princípios constitucionais atinentes à tributação, temas que, muito embora não façam parte da discussão central deste trabalho, poderão ser oportunos para futuras pesquisas.

4.2. – Da ilegalidade e inconstitucionalidade das Leis n.º 7.990/89 e 8.001/90 e do Decreto n.º 1/91

4.2.1. – Da violação do Princípio da Reserva da Lei Complementar

A Constituição Federal de 1.988, em relação às pretéritas, deu um passo adiante no que tange à instituição das garantias do contribuinte. Nesse mister, ela bem distingue o momento da instituição do tributo – sujeito ao princípio da legalidade – do momento prévio relativo à definição dos seus caracteres essenciais – adstrito à reserva da lei complementar.

De fato, estabelece a Lei Maior vigente que a mera instituição de tributo dar-se-á por meio de lei ordinária (inciso I do artigo 150), enquanto a definição de seus elementos essenciais deverá ficar a cargo de lei complementar, segundo dispõe seu artigo 146, na alínea a de seu inciso III, *in verbis*:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Significa isto, segundo XAVIER (1.998), “*que a nova Constituição pretendeu que a definição normativa do regime jurídico dos tributos fosse exclusivamente reservada à lei complementar, cabendo à lei ordinária (além da regulamentação das matérias não expressamente referidas no inciso III do artigo 146) a instituição de tributos regulados por meio de lei complementar*”.

Importa salientar, neste tocante, que muito embora as Leis Complementares e Ordinárias sejam de iniciativa de qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores do Procurador-Geral de República e dos cidadãos (artigo 61 da C.F.), elas diferem-se em função do *quorum* para votação e aprovação – maioria absoluta para as leis complementares e maioria simples para as leis ordinárias – e em função da matéria que cada uma veicula.

No que toca à questão do *quorum* qualificado como fator diferenciador entre as Leis Complementares e Ordinárias, oportuna é a colocação de PORTAS (2003):

“(...) temos que as leis complementares, para serem aprovadas, precisam obter maioria absoluta na Casa Legislativa, o que significa

que se faz necessário votar favoravelmente no projeto a metade mais um dos membros da referida casa.

Para que se possa ter a exata dimensão da importância desta maioria, basta lembrar que a maioria simples a que se submetem as leis ordinárias se dá em face da presença de metade mais um dos membros da casa (quorum), bastando que vote favoravelmente ao projeto a maioria dos presentes”.

Ao interpretar o artigo 146 do Texto Magno, WALD e SCARTEZZINI (1.999), comentam:

“A razão de tal dispositivo é muito simples, pois visa a conferir segurança e estabilidade ao sistema tributário. Ao reservar largas áreas ao império da lei complementar, o legislador constituinte dificultou as súbitas mudanças de tributação, posto que o quorum qualificado deste tipo de legislação assegura um longo processo de negociação parlamentar que possibilite a aprovação da matéria, permitindo que se obtenha um consenso majoritário”.

Neste contexto percebe-se o equívoco cometido pelo legislador quando da instituição da Lei n.º 7.990/89 – lei ordinária – que instituiu, simultaneamente, um tributo (CFEM) e definiu seus elementos essenciais.

Por certo, o instrumento legislativo questionado identifica os sujeitos ativo e passivo, o fato gerador, a base de cálculo e as alíquotas da CFEM, ou seja, todos os elementos essenciais deste tributo. No entanto, por tratar-se essa exação de tributo novo, que não existia anteriormente à Constituição de 1.988, a definição de seus elementos essenciais está, inexoravelmente, adstrita à reserva da lei complementar. Resulta daí a eiva de inconstitucionalidade que vicia a lei ordinária e o decreto regulamentador da CFEM, haja vista que os elementos essenciais desse imposto não foram previamente definidos por meio de lei complementar, conforme impõe a Constituição Federal.

Agindo assim, o legislador ordinário, a pretexto de instituir um tributo previsto na Constituição Federal, que ainda não fora definido em seus elementos essenciais por meio de lei complementar, como estabelece o inciso III, alínea 'a', do artigo 146 do Texto Magno, invadiu o campo legislativo sob reserva de tal lei, tornando, portanto, inconstitucionais os instrumentos legais por ele utilizados.

Ressalte-se que a instituição da CFEM por meio de lei ordinária não desrespeitou o inciso I do artigo 150, nem o parágrafo 1º do artigo 20 ambos da Constituição Federal. Todavia, mesmo em consonância com os referidos dispositivos, uma vez violada alínea 'a' do inciso III do artigo 146 da Lei Maior, a legislação instituidora da CFEM já está eivada de inconstitucionalidade a tornando inapta a produzir qualquer efeito.

Saliente-se, a propósito, a corrente doutrinária defendida por CARRAZZA (1996), que sustenta a ilegitimidade da CFEM sob o argumento de que a exação deveria ter sido veiculada por meio de Lei Complementar e não por meio de Lei Ordinária. Segundo o autor, na medida em que o fato gerador da CFEM não está arrolado no artigo 153 da Constituição Federal, o novel imposto deveria buscar validade no inciso I do artigo 154 da Carta Política. É neste artigo constitucional que se encontra prevista a competência residual da União Federal para instituir outros tributos que não os elencados no art. 153 da Magna Carta. Esta competência, porém, só poderá ser exercida se o for por meio de lei complementar.

Data máxima vênia, no nosso modo de ver, o vício que eiva de inconstitucionalidade a legislação instituidora da CFEM não é a infringência ao art. 154, inciso I, do Texto Maior. Assim como o artigo 153 da Constituição arrola os fatos que ensejam a instituição de impostos de competência da União, a regra matriz de incidência da CFEM está expressamente prevista no parágrafo 1º de seu artigo 20, de maneira que sua instituição por meio de lei ordinária é perfeitamente legítima, contanto que os aspectos fundamentais da respectiva obrigação tributária sejam previamente estabelecidos por meio de lei complementar, por força, reitere-se, do disposto no art. 146, III, a, do Diploma Maior.

Em suma, a problemática, frise-se, reside na definição dos elementos essenciais da CFEM. Ou seja, as Leis n.ºs 7.990/89 e 8.001/90, na medida em que concomitantemente instituíram esse imposto e previram sua base de cálculo, alíquotas e contribuinte, foram, frontalmente, de encontro ao inciso III, alínea ‘a’, do artigo 146 da Lei Maior, restando, por esse motivo, inconstitucional.

Este também é o entendimento de WALD e SCARTEZZINI (1.999), que argumentam: *“não havendo, assim, lei complementar definindo as características básicas (fato gerador, base de cálculo e contribuinte) do tributo instituído pela Lei n.º 7.990/89, percebe-se que a referida lei ordinária é inconstitucional face a infringência ao art. 146, III da CF, não se prestando a fundamentar qualquer exigência”*.

Assim, tendo em conta que as exigências contidas em uma lei inconstitucional não tem o condão de produzir qualquer efeito, uma vez que inexiste de direito, a Lei n.º 7.990/89 – que instituiu a CFEM e definiu de maneira ilegítima seus elementos essenciais – não se presta a qualquer exigência.

4.2.2 – A hipótese de incidência incompleta da CFEM – Violação a princípios inafastáveis atinentes à tributação

Impera, no Brasil, o princípio da legalidade, preceito fundamental que encontra respaldo no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º

(...)

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

O dispositivo constitucional supra, por si só, já seria suficiente para garantir aos cidadãos que a cobrança de um tributo, ou mesmo seu pagamento a maior, estaria veementemente vedada se a respectiva obrigação não tivesse sido instituída por meio de lei.

Sobre a determinação emanada do inciso II do artigo 5º da Lei das Leis, CARRAZZA (2000), incisivamente afirma que:

“Bastaria este dispositivo constitucional para que tranqüilamente pudéssemos afirmar que no, Brasil, ninguém pode ser obrigado a pagar um tributo ou a cumprir um dever instrumental tributário que não tenham sido criados por meio de lei, da pessoa competente, é óbvio. Dito de outro modo, do princípio expresso da legalidade poderíamos extrair o princípio da legalidade tributária”.

No entanto, no que tange à questão tributária, o constituinte incorrendo em redundância da norma advinda do inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, determinou ainda, no inciso I do artigo 150, também da Lei Magna, que *“é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”*.

Assim, no âmbito da competência tributária outorgada às pessoas políticas, o princípio da reserva legal ganhou maior rigidez, na medida em que o legislador constituinte teve a cautela de o ratificar no âmbito do sistema tributário, sem se contentar com sua previsão genérica como garantia assegurada ao indivíduo.

Os princípios da legalidade e da estrita legalidade tributária, respectivamente previstos nos artigos 5º, inciso II, e 150, inciso I, da Constituição Federal, surgem, portanto, como requisitos formais impostos às pessoas políticas em sua atuação de expedir leis de tributação.

Exatamente por ser assim, é que o legislador complementar previu ser a obrigação tributária *ex lege*, o que fez no art. 3º do Código Tributário Nacional, de modo a vincular, uma vez mais, suas instituição e majoração à previsão expressa da lei.

Nesse sentido, o tipo tributário, quando instituído, deve vir minuciosamente descrito por meio de lei, pois só a ela cabe tratar de tal obrigação e de todos os aspectos

essenciais que a compõem, dentre eles os elementos que a quantificam, quais sejam, a base de cálculo e a alíquota.

Nessa vereda, quanto à tributação, somente os **atos normativos provenientes do processo legislativo** são aptos para inovar a ordem jurídica, a teor do que estabelecem o inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal e o artigo 99 do Código Tributário Nacional.

Desta maneira, decretos ou outras normas infralegais não podem veicular qualquer dos elementos essenciais da norma tributária, sob pena de serem eivados por manifesta inconstitucionalidade. Prestam-se, as normas infralegais, tão somente para prover a execução fiel de uma lei, devendo, obrigatoriamente, estar em total consonância com os dizeres do dispositivo legal que tiver por fim a regulamentação.

Assim, se uma lei for omissa, esta jamais poderá ser suprida por meio de Decreto que, reitere-se, não tem o condão de criar dever novo ou proibição nova, mas sim tornar aplicável a lei que o veicula.

Nas dobras do princípio da legalidade encontra-se o princípio da tipicidade cerrada, segundo o qual o legislador deve proceder à rigorosa definição das características do tipo legal de maneira a garantir a segurança jurídica, em especial nos ramos do direito em que o Estado é detentor de uma série de prerrogativas para impor sua vontade, como acontece na seara tributária.

Enquanto o princípio da legalidade exige que aumentos de tributos se dêem apenas por meio de norma advinda do Poder Legislativo, o princípio da tipicidade impõe a necessidade de que todos os elementos do tributo, como fato gerador, base de cálculo, alíquota, sujeitos ativo e passivo, sejam minuciosamente definidos pelo legislador ao editar a lei.

Cumprе ressaltar que, na sistemática da tributação, é cerrado o princípio da tipicidade. Ou seja, reserva-se exclusivamente à lei a definição dos elementos do tributo, vedando-se, pois, que o delineamento do tipo tributário seja feito pelo Poder Executivo.

É certo que, dentre os princípios regentes do sistema jurídico que decorrem da imperatividade da lei se insere o concernente à indelegabilidade das funções atribuídas, pelo texto constitucional, a cada um dos poderes públicos.

Jamais em nossas Constituições foi conferida ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário alguma discricionariedade para delegarem entre si o exercício de suas atribuições preponderantes.

No texto constitucional em vigor, inexistente norma expressa a respeito. Não obstante, a vedação à delegação das funções estatais decorre, indubitavelmente, de diversos dispositivos nele constantes.

É em seu art. 2º que se consolida o primado básico da separação dos Poderes, prestigiando-se a soberania e harmonia entre eles e, por consequência, o Estado de Direito.

Ademais, conforme demonstrado anteriormente, decorre do princípio geral da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que somente a lei poderá impor obrigações ao indivíduo. Assim sendo, norma regulamentar originária do Poder Executivo jamais poderá subtrair do Legislativo a competência que a este foi constitucionalmente conferida.

Há que se atentar, também, para o disposto no inciso I do art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que reafirma a vedação à delegação da competência tributária, já que ela é exclusiva do Poder Legislativo. Desse dispositivo constitucional deflui a determinação de que não são admitidos “*dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange*” à produção de leis. Em outras palavras, não se permite ao Legislativo outorgar ao Executivo sua competência privativa para editar leis, principalmente no que atine às imposições tributárias.

Resulta daí que às entidades tributantes se proíbe a delegação de suas respectivas competências legislativas para instituir e dispor sobre tributos e, bem assim, para estabelecer alíquotas.

Cabe agora, aplicar as noções trazidas ao caso sob análise.

Com efeito, as Leis n.º 7.990/89 e 8.001/90, ao instituírem a Compensação Financeira por Exploração Mineral, limitaram-se tão somente a definir sua base de cálculo (artigo 6º da Lei n.º 7.990/89) e alíquotas (artigo 2º da Lei n.º 8.001/90). Ao fazerem nascer a CFEM, elas apenas sugeriram quem seria o sujeito passivo da obrigação e não trouxeram maiores detalhes de seu fato gerador, de modo que não criaram o tributo *in abstracto*.

Melhor dizendo, a Lei n.º 7.990/89, em seu artigo 1º, apenas dispôs que “*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 dos Estados, Distrito Federal e Município, a ser calculada, distribuída e aprovada na forma desta lei*”.

Assim, as Leis n.º 7.990/89 e 8.001/90 não escreveram por inteiro o tipo tributário, ensejando irrefutável omissão, e, de acordo com o princípio da legalidade, não se prestam a fazer nascer uma figura tributária.

As lacunas das citadas leis foram, ao arrepio dos ditames constitucionais, supridas pelo Decreto n.º 1 de 11 de janeiro de 1.991, que, em seu artigo 13, determinou que os contribuintes do tributo em questão seriam *os detentores de direitos minerários a qualquer título* e, em seu artigo 15 e parágrafo único, explicitou qual seria o fato gerador da CFEM. Confirmam-se os termos do mencionado Decreto:

“Art. 13 – A compensação financeira devida pelos detentores de direitos minerários a qualquer título, em decorrência da 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.

(...)

Art. 15 – Constitui fato gerador da compensação financeira devida pela exploração de recursos minerais a saída por venda do produto mineral das áreas de jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provém, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento e antes de sua transformação industrial.

Parágrafo único – Equipara-se à saída por venda o consumo ou a utilização da substância mineral em processo de industrialização realizado dentro das áreas de jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais, sua áreas limítrofes e ainda em qualquer estabelecimento.

Ora, as omissões havidas nas leis instituidoras da CFEM jamais poderiam ter sido suprimidas por meio de decreto regulamentador, na medida em que, repita-se à exaustão, esta espécie normativa, especialmente em matéria tributária, tem o condão de apenas prover a execução da lei que o veicula. É o que rigorosamente estabelece o art. 84, inciso IV da Constituição Federal.

A mesma opinião é sustentada por CARRAZZA (1.996), que, em monografia sobre o assunto, assim leciona:

“As lacunas das leis em foco não poderiam ter sido supridas pelo Poder Executivo. Também suas determinações não poderiam ter sido alteradas pelo ato normativo de inferir hierarquia. Afinal, como

vimos, o decreto regulamentar – especialmente em matéria tributária – deve, apenas, estabelecer os pormenores normativos de ordem técnica, aptos a viabilizar os comandos legais.

Portanto, o Dec. n. 1/91 não se conteve nos limites da competência regulamentar, já que inovou inauguralmente a ordem jurídica tributária, atropelando e `contemplando` as Leis n. 7.990/89 e 8.001/90 (o que somente lei federal poderia fazer)”

Além disso, o Decreto n.º 1/91, ao equiparar à saída por venda o consumo ou a utilização da substância mineral em processo de industrialização realizado dentro das áreas da jazida, mina, salina, ou outros depósitos minerais, suas áreas limítrofes e ainda em qualquer estabelecimento, mais uma vez incorreu em manifesta inconstitucionalidade.

De fato, esse decreto, utilizando-se de ficção equiparadora, incorreu no alargamento da hipótese de incidência da CFEM, na medida em que acrescentou base imponible não determinada pela lei. Ou seja, o Decreto n.º 1/91, reitera-se, equiparou a operação de consumo ou utilização da substância mineral em processo de industrialização, bem como a mera locomoção dos minérios da jazida para a fábrica do minerador, a atos de venda.

Assim, dois problemas são detectados quando o Decreto n.º 1/91 faz as referidas equiparações. O primeiro decorre da ficção que permeia as equiparações, que segundo DALEFFE (1.998), citando ALVES (1.975):

“o legislador assume como fatos tributários certas realidades jurídicas (as quais funcionariam como dado pré-jurídico para a norma fiscal), equiparando-as, para efeitos fiscais, a outras, das quais divergem à luz dos critérios do ramo de direito em que são constituídas: daí a ficção, que consistiria em o legislador alterar ou ignorar, na fatispécie tributária, os elementos essenciais de figuras jurídicas definidas noutros setores da ordem jurídica. Quer dizer, haveria ficção porque nos casos em apreço, o legislador trataria como

compra e venda o que não é compra e venda, ou como transmissão o que não é transmissão, mas arrendamento a longo prazo, etc”

O segundo problema advém do fato de as equiparações – que acabaram por alargar a hipótese de incidência da CFEM – terem sido instituídas por meio de mero Decreto, violando sobremaneira o princípio da legalidade, na medida em que faz com que o encargo incida sobre situações não previstas na lei.

Ora, conforme amplamente exposto, a Lei n.º 7.990/89 determinou a incidência da CFEM quando da venda do mineral, uma vez que estipulou como base de cálculo do tributo o faturamento líquido resultante da **venda** do produto mineral (...), de maneira que a cobrança da CFEM depende do negócio jurídico da compra e venda.

Não há como se admitir, contudo, que o minerador que utiliza o mineral por ele mesmo extraído – como é o caso das cimenteiras – realizou operação de compra e venda. O industrial, ao utilizar este material por ele extraído, não auferir receitas, não fatura, de maneira que não há como incidir a CFEM nesta operação.

Dessa forma, esta equiparação, que está a alargar a hipótese de incidência da CFEM, está a ferir de forma inexorável, o princípio da legalidade, pois a lei determina que sua base de cálculo seja composta tão somente por receitas de **vendas** do minério.

Ratifica o alegado DALEFFE (1.998), que dispõe:

“(...) o aproveitamento de minério como insumo (aproveitamento industrial) não está previsto na hipótese legal da CFEM (que só contempla exploração econômica). A hipótese foi acrescentada (de forma ilegal) pelo Decreto editado para regulamentar a Lei n.º 7.990/89. Esse acréscimo foi e tal modo despropositado que o Decreto teve de equiparar faturamento líquido, resultado típico de atividade de comercialização com valor de consumo.

Logo, o industrial que aproveita o minério extraído em seu processo produtivo não está sujeito ao recolhimento da CFEM. Consumo não é venda de produto mineral. Aquele que consome não vende (...)”

Outra não é a opinião de XAVIER (1.998):

“Consideramos, por isso, inconstitucional a equiparação a ato de venda, ‘do consumo ou utilização da substância mineral em processo de industrialização’, operada pelo artigo 15, parágrafo único do Decreto n.º 1/91, pois as ficções equiparadoras outra coisa não são que novos fatos geradores, insuscetíveis de criação regulamentar, por força dos princípios da legalidade e da tipicidade da tributação”

Assim, o Decreto n.º 1/91 eiva-se, concomitantemente, de flagrantes ilegalidade e inconstitucionalidade. É ilegal, pois, em total afronta ao art. 99 do Código Tributário Nacional, não se limitou a veicular normas de mera regulamentação. Ao revés, ele, alargou a base de cálculo da CFEM, uma vez que criou novas realidades tributárias não previstas na lei de sua instituição. Com isto tornou-se flagrantemente inconstitucional, quer porque afrontou o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, quer porque feriu violentamente inúmeros princípios constitucionais, dentre eles, em especial, o princípio da estrita legalidade tributária.

4.3. – A CFEM e o Princípio do Exclusivismo

A Carta Magna de 1.988 inaugurou uma nova fase na tributação das operações realizadas com os bens minerais. O Imposto Único Mineral – IUM – foi afastado, mas o legislador constitucional conferiu a estas operações um tratamento diferenciado, vetando a incidência de qualquer tributo, com exceção do Imposto de Importação, do Imposto de Exportação e do ICMS.

A nova Constituição abandonou, pois, o princípio da unicidade que vigorava na Carta anterior pela adoção do Imposto Único sobre Minerais, consagrando o princípio do

exclusivismo que determina um elenco fechado de tributos que podem incidir sobre operações relativas a minerais no País. Suas diretrizes estão previstas no parágrafo 3º do artigo 155 da Carta Magna vigente, cujos termos ora são transcritos:

“Art. 155

(...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre as operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo combustíveis e minerais do País.” (grifo nosso)¹

Segundo esse dispositivo constitucional, as referidas operações relativas a minerais podem ser tributadas tão somente pelo ICMS, Imposto de Importação e pelo Imposto de Exportação.

Consoante esta determinação, há autores que encontram no dispositivo supra mais um fundamento de inconstitucionalidade da legislação que criou a CFEM, sustentando a idéia de que, em se tratando o encargo de verdadeiro imposto, a Lei n.º 7.990/89 estaria a alargar o *numerus clausus* tributário determinado constitucionalmente.

É o que sustenta CARRAZZA (1.996), ao dizer:

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

¹ Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 33, que dentre outras alterações, determinou a substituição, no referido parágrafo 3º do artigo 155 da Constituição, que o vocábulo tributo fosse substituído pelo vocábulo imposto.

De fato, como a Constituição, em seu art. 155, § 3º, delimitou rigorosamente a competência para tributar operações jurídicas com minerais, a exigência de novo imposto, sobre estes mesmos fatos, entremostra-se improspéravel.

Logo, a legislação federal, que estamos examinando, também sob este aspecto, afronta a Lei Maior do País”.

No entanto, em que pesem o brilhantismo dos argumentos articulados pelo autor acima citado, não se pode comungar com o entendimento por ele defendido.

Com efeito, a CFEM já vem delineada no próprio texto constitucional, não tendo sido instituída no mundo jurídico pela Lei n.º 7.990/89. Ressalte-se que o legislador constitucional outorgou ao legislador infraconstitucional competência para estabelecer ou a participação nos resultados da lavra ou uma compensação financeira, e ele, usando a faculdade que lhe foi conferida constitucionalmente, optou pela segunda hipótese.

Assim, reitere-se, a CFEM deriva do Texto Magno, de maneira que não há que se falar em criação de nova exação pela Lei n.º 7.990/89, estando o encargo objeto deste estudo contido implicitamente no rol do parágrafo 3º do artigo 155 da Constituição Federal.

Nesse sentido bem argumenta XAVIER (1.998), que leciona: “*ora, não podendo existir, a este nível, ‘normas constitucionais’, 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”.*

Ademais, cumpre salientar, ainda, que o princípio do exclusivismo refere-se, tão somente, a tributos que tenham como fato gerador atos isolados como ocorre com o ICMS, o Imposto de Importação e o Imposto de Exportação, de maneira que os tributos que recaiam sobre os resultados globais da atividade minerária como, por exemplo, o Imposto de Renda, a

Contribuição Social sobre o Lucro, o PIS, a COFINS etc., não estão a sofrer o óbice do parágrafo 3º do artigo 155 da Constituição Federal.

Por tais razões, não se admite eivar-se a Lei n.º 7.990/89 do vício da inconstitucionalidade por violação ao princípio do exclusivismo, já que ela determina a tributação da extração mineral utilizando-se como parâmetro o resultado global da atividade, qual seja, a receita bruta auferida pela empresa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação discutiu a natureza jurídica da Compensação Financeira por Exploração Mineral. Contudo, muito embora este fosse seu foco principal, outras questões foram abordadas, pois intimamente ligadas ao tema central do estudo.

Foi feita uma breve exposição da indústria mineral, sobre a qual incide a CFEM. Traçou-se uma linha evolutiva dos sistemas de exploração aproveitamento mineral, abordando-se as questões pontuais do sistema hoje vigente.

Como não poderia deixar de ser, procurou-se debater o mais amplamente possível a questão da natureza jurídica da CFEM, questionando-se, ainda, as ilegalidades e inconstitucionalidades da legislação instituidora desse encargo tributário.

Após este percurso, pode-se afirmar que:

1) A pesquisa mineral, a concessão de lavra, o licenciamento, a permissão de lavra garimpeira constituem atos administrativos discricionários, tendo em conta que serão outorgados a um particular em nome do *interesse nacional*. Assim, em função da subjetividade havida na referida expressão, o administrador ao fazê-lo exerce seu poder discricionário;

2) A concessão de lavra não pode ser considerada espécie de contrato, pois não há na legislação brasileira livre estipulação de cláusulas, estando as condições para o consentimento da administração em concedê-la totalmente previstas na lei;

3) A concessão de lavra não se caracteriza como concessão de serviço público, pois nesta estão presentes a temporariedade e a resolubilidade, enquanto que naquela não há limitação de prazo, exceto nos casos onde o concessionário descumpra as obrigações expressamente descritas em lei, ou no caso de revogação por interesse público, hipótese em que o minerador será devidamente indenizado. Além disso, a concessão de lavra é

instituída *intuitu personae*, o que não ocorre com a concessão de serviço público. Por fim, na concessão de serviço público há cobrança de tarifas pelo concessionário, o que não ocorre na concessão de lavra, em que são devidos tributos e exações exigidos em toda e qualquer atividade econômica;

4) O Regime de Permissão de Extração – no qual é permitida a extração mineral por Órgãos da Administração Direta e Autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – é de constitucionalidade duvidosa, na medida em que a Carta Magna permite a extração e lavra de recursos minerais apenas por brasileiros e empresas constituídas sob as leis brasileiras, o que gera um questionamento acerca da legitimidade dos entes públicos para a extração mineral;

5) Não há incidência da CFEM no Regime de Permissão de Extração, isto porque o mencionado regime veda a comercialização do bem extraído. Desta forma, considerando que o fato gerador da CFEM é a saída por venda do bem mineral, não há que se falar em incidência dessa exação na hipótese. Além do mais, nem mesmo a equiparação do consumo da substância mineral em processo de industrialização não dá ensejo à incidência da CFEM, haja vista a imunidade das pessoas de Direito Público, como é o caso das pessoas públicas arroladas na Lei n.º 9.872/99;

6) Não se aplica às Minas Manifestadas a sanção prevista no inciso III do artigo 63 do Código de Mineração, qual seja, a caducidade, isto porque no caso delas, a propriedade é particular;

7) A CFEM não pode ser considerada *royalty* uma vez que este instituto constitui, exclusivamente, espécie de indenização no campo das marcas, patentes e direitos autorais. Além disso, esta tese funda-se na interpretação histórica da instituição da CFEM, o que não pode prevalecer dado o seu caráter extrajurídico;

8) A CFEM não constitui preço público, visto que nela não se percebe os elementos que o caracterizam, quais sejam, a consensualidade e proporcionalidade. A afirmação

funda-se no fato de haver em sua cobrança o caráter compulsório. Além disso, nos preços públicos deve haver estreita correlação entre o benefício que está sendo concedido ou do bem que está sendo concedido ou alienado e o preço pago por isso, o que não ocorre, haja vista que a CFEM incide sobre o faturamento da empresa;

9) Não se trata de espécie indenizatória, pois se assim fosse a CFEM seria devida tão somente à União, detentora da propriedade mineral. Ademais, da mesma forma que nos preços públicos, se o encargo estudado fosse verdadeira indenização, deveria haver correlação entre o prejuízo havido e a quantia a ser paga, o que não ocorre;

10) A CFEM reveste-se de natureza tributária, pois o regime jurídico aplicado à exação apresenta estreita semelhança com o regime jurídico dos tributos;

11) Não se trata de contribuição social de intervenção no domínio econômico, pois não se percebe o caráter interventor do Estado na sua criação;

12) Não se reveste da natureza jurídica de taxa, haja vista não haver serviço prestado diretamente ao contribuinte, não haver poder de polícia exercido e, por fim, por não haver qualquer correlação entre a base de cálculo da CFEM e a atuação que poderia, porventura, ser exercida;

13) Reveste-se de natureza jurídica de imposto, haja vista sua hipótese de incidência prescindir de uma atuação estatal;

14) Por tratar-se de imposto, a legislação instituidora da CFEM viola a aliena a do inciso III do artigo 146 da Constituição Federal, na medida em que não definiu, por meio de lei complementar, os elementos essenciais do tributo;

15) Em razão da legislação instituidora da exação foco deste estudo ter se limitado tão somente a definir a base de cálculo e as alíquotas da CFEM sua hipótese de incidência restou incompleta, de maneira que não se criou o tributo *in abstracto*. Além do mais, as lacunas foram

supridas por meio de Decreto, violando os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada da tributação, da segurança jurídica e o da idelegabilidade das funções estatais reguladores do Sistema Tributário Nacional;

16) O Decreto n.º 1/91, ao regulamentar a CFEM, equiparou a saída por venda o consumo da substância mineral em processo de industrialização realizado dentro das áreas de jazida, mina, salina, ou outros depósitos, indo, mais uma vez, de encontro ao princípio da legalidade, na medida em que faz com que o encargo incida sobre situações não previstas em lei, como também, cria novas realidades tributárias e alarga a base de cálculo da CFEM, o que o torna ilegal;

17) A legislação instituidora da CFEM não alargou o *numerus clausus* determinado no parágrafo 3º do artigo 155 da Constituição Federal (exclusivismo), isto porque a exação já vem delineada no próprio texto constitucional, não tendo sido incluída no mundo jurídico pela Lei n.º 7.990/89.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, J. L. Uma questão teórica em Direito Fiscal: “Ficções equiparadoras ou Variação individualizante de conceitos?” *In* **Proposições Tributárias**. Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1975.

AMARO, L. **Curso de direito tributário**. 9.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

ARAGÃO, F. C. S. **Compensação financeira – Dissertação de Mestrado**. Rio de Janeiro, Universidade Gama Filho, Departamento Jurídico, 1994.

ATALIBA, G. **Hipótese de incidência tributária**. 6.ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2000.

BALEIRO, A. **Uma introdução à ciência das finanças**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.992.

BARBOSA, A. R. Breve panorama da legislação mineraria. **Revista de Direito Administrativo**. v. 197, jul-set, 1.994.

BEDRAN, E. **A mineração à luz do direito brasileiro**. Rio de Janeiro, RJ: Alba, 1.957.

BERTHÉLEMY, H. **Traité élémentaire de droit administratif**. 13.ed. Paris, Estado: Rousseau, 1.993.

CANTO, G. U. Taxa e Preço Público. **Caderno de Pesquisas Tributárias**. nº. 10, 1.985.

CARRAZZA, R. A. **Curso de direito tributário constitucional**. 11.ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2002.

_____. Natureza Jurídica da “Compensação Financeira pela Exploração Mineral”. Sua manifesta inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, 1996.

CARVALHO, P. B. **Curso de direito tributário**. 6.ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1.993.

CAVALCANTI, T. B. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro-SãoPaulo: Freitas Bastos, 1.954.

COELHO, S. C. N. Obrigação tributária *In* NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COSTA, R. H. A natureza jurídica da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais. **Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**. v. 19, abr./jun. 1997.

CRETELLA JUNIOR. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 1968, v. V.

DALEFFE, A. Ilegalidade da compensação financeira pela exploração financeira pela exploração de recursos minerais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. v. 23, jun., 1998.

DEODATO, A. **Manual de ciências das finanças**. São Paulo, SP: Saraiva, 1969.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 6.ed. São Paulo, SP: Atlas, 1.996.

FREIRE, W. **Comentários ao código de mineração**. 2.ed. Rio de Janeiro, RJ: Aide Editora, 1.996.

GODINHO, T. M. Aspectos legais da pesquisa e da lavra dos minérios nucleares no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. n.º 140, 1.980.

GRAU, E. **A Ordem econômica na constituição de 1988**. 4.ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1.988.

GRECO, M. A. **Contribuições – uma figura *sui generis***. São Paulo, SP: Dialética, 2000.

_____, SOUZA, H. Distinção entre taxa e preço público. **Caderno de Pesquisas Tributárias**. n.10, 1.976.

HARADA, K. **Direito financeiro e tributário**. 7.ed. São Paulo, SP: Atlas, 2001.

HARTMAN, H. L., MUTMANSKY, J. M. **Introductory mining engineering**. 2.ed. New York: Jonh Wiley & Sons, 2002.

HERRMANN, H. **Política de aproveitamento de areia no Estado de São Paulo: dos conflitos existentes às compatibilizações possíveis.** Rio de Janeiro: CETEM/CNPq, 1.992.

_____ Agência Nacional de Mineração e CFEM: assuntos polêmicos *in Areia e Brita*. abr/mai/jun, 2000, n.º 10.

_____ Cadastro geral das minas brasileiras *In* REZENDE, R. M.: DNPM, 1980.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** 6.ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1.998.

LACERDA, C. A. M. **A natureza jurídica da compensação financeira mineral – CFEM – Dissertação de Mestrado.** Campinas, Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Geociências, 2000.

LAUBARDÈRE, A. **Traité de droit adminiustratif.** 3.ed. Paris, Estado: Librairie Gènèrale et de Jurispridence, 1.977.

MAIA, J. **Lavra de Minas III.** Ouro Preto: Universidade Federal de Ouro Preto, 1972 (apostila do Departamento de Mineração da Escola de Minas).

MARTINS, I. G. S. (coord.). **Comentários ao código tributário nacional.** São Paulo, SP: Atlas, 1.998.

MAYER, L. R. **Coletânea de pareceres sobre aplicação da legislação minerária.** Brasília: DNPM, 1.981.

MEIRELLES, H. L. Jazida e Concessão de Lavra. Estudos e Pareceres de Direito Público. **Revista dos Tribunais.** v II, 1.977.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo.** 12.ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1999.

MELO, J. E. S. **Contribuições sociais no sistema tributário.** 2.ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1996.

NOGUEIRA, J. M. O. **Aspectos do domínio mineral e as diretrizes constitucionais do setor – Dissertação de Mestrado**. Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, Departamento de Pós-Graduação em Direito, 1997.

OLIVEIRA, R. F., HORVATH, E. **Manual de direito financeiro**. 5.ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PAIVA, A. A. **Coletânea de pareceres sobre aplicação da legislação mineraria**. Brasília: DNPM, 1.981, v. 1.

PORTAS, L. Z. Leis complementares em matéria tributária *In* TÔRRES, H. T. (coord.), PINTO, F., SALIBA, R. B. (orgs.). **Leis Complementares em matéria tributária: Aspectos práticos atuais**. Barueri: Manole, 2003.

SERRA, S. H. **Direitos minerários – formação, condicionamentos e extinção**. São Paulo, SP: Signus, 2000.

SOUTO, M. J. V. Compensação Financeira pela Exploração Mineral *In* **Repertório IOB de Jurisprudência** – 2ª quinzena, set/00, n.º 18/2000, caderno 1.

SOUZA, R. C. Perfil constitucional das contribuições de intervenção sobre o domínio econômico *In* GRECO, M. A. (org.). **Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins**. São Paulo, SP: Dialética, 2001.

STUNDFELD, C. A. Discricionabilidade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**. n.º 79, jul-set., 1.986.

TEIXEIRA, N. **Características da concessão de lavra – Dissertação de Mestrado**. Departamento Jurídico da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1.980.

TÔRRES, H. T. A compensação financeira devida na exploração de petróleo e recursos minerais e na geração de energia elétrica. **Revista de Direito Tributário**. v. 74, 1.999.

VIVACQUA, A. **A nova política do sub-solo e o regime legal das minas**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Panamericana, 1.942.

WALD, A., SCARTEZZINI, A. O regime jurídico da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais. **Revista dos Tribunais – Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**. v 26, jan./mar. 1999.

XAVIER, A. Natureza jurídica e âmbito de incidência da compensação financeira por exploração de recursos minerais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. v 29, fev., 1998.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

CRUZ, C. N. O. Processo nº 92.13441-6 em trâmite na 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal.

GEBRAN NETO, P. Processo nº 1998.04.01.092857-4/PR em trâmite perante o Tribunal Regional da 4ª Região.

MENEZES, O. Processo nº 93.01.28881-8/DF em trâmite perante o Tribunal Regional da 1ª Região.

PAMPLONA, O. R. Processo nº 95.0002755-0/SC em trâmite na 5ª Vara Federal de Santa Catarina.

PERTENCE, S. Recurso Extraordinário nº 228.800 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

SILVA, F. Q. Processo nº 97.04.21.2283/SC em trâmite perante o Tribunal Regional da 4ª Região.

TOGNOLO, O. Processo nº 94.01.29850-5/DF em trâmite perante o Tribunal Regional da 1ª Região.

ANEXO 1

Presidência da República
Subchefia para Assuntos Jurídicos

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, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências. (Art. 21, XIX da CF)

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. (Revogado pela Lei nº 9.648, de 27.5.98)

§ 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 de 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 quilowatts);

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 vigorar 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 de 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 de 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 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 dívida e no quadro permanente de pessoal. (Redação dada pela Lei nº 8.001, de 13.3.1990)

Parágrafo único. A compensação financeira não recolhida no prazo fixado no caput deste artigo será cobrada com os seguintes acréscimos: (Parágrafo incluído pela Lei no 9.993, de 24.7.2000)

I - juros de mora, contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração de mês; (Inciso incluído pela Lei no 9.993, de 24.7.2000)

II – multa de dez por cento, aplicável sobre o montante final apurado. (Inciso incluído pela Lei no 9.993, de 24.7.2000)

§ 1º Não se aplica a vedação constante do caput no pagamento de dívidas para com a União e suas entidades. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.195, de 14.2.2001)

§ 2º Os recursos originários das compensações financeiras a que se refere este artigo poderão ser utilizados também para capitalização de fundos de previdência. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.195, de 14.2.2001)

Art. 9º Os Estado 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 de 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, 28 de dezembro de 1989; da 168ª Independência e 101ª da República.

JOSÉ SARNEY

Republicada em 18.1.1990

ANEXO 2

Presidência da República
Subchefia para Assuntos Jurídicos

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 inciso I do § 1º do art. 17 da Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, com a redação alterada por esta Lei, será feita da seguinte forma:(Redação dada pela Lei nº 9.984, de 17.6.2000)

I – quarenta e cinco por cento aos Estados;(Redação dada pela Lei nº 9.984, de 17.6.2000)

II - quarenta e cinco por cento aos Municípios;(Redação dada pela Lei nº 9.984, de 17.6.2000)

III - três por cento ao Ministério do Meio Ambiente; (Redação dada pela Lei nº 9.993, de 24.7.2000)

IV - três por cento ao Ministério de Minas e Energia; (Redação dada pela Lei nº 9.993, de 24.7.2000)

V – quatro por cento ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, criado pelo Decreto-Lei no 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei no 8.172, de 18 de janeiro de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.993, de 24.7.2000) (Regulamenta)

§ 1º Na distribuição da compensação financeira, o Distrito Federal receberá o montante correspondente às parcelas de Estado e de Município.(Redação dada pela Lei 9.984, de 17.6.2000)

§ 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 à ANEEL efetuar a avaliação correspondente para determinar a proporção da compensação financeira devida aos Estados, Distrito Federal e Municípios afetados por esses reservatórios.(Redação dada pela Lei 9.984, de 17.6.2000)

§ 3º A Usina de Itaipu distribuirá, mensalmente, respeitados os percentuais definidos no caput deste artigo, sem prejuízo das parcelas devidas aos órgãos da administração direta da União, aos Estados e aos Municípios por ela diretamente afetados, 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 subsequentes, e 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.(Redação dada pela Lei 9.984, de 17.6.2000)

§ 4º A cota destinada ao Ministério do Meio Ambiente será empregada na implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e na gestão da rede hidrometeorológica nacional.(Redação dada pela Lei 9.984, de 17.6.2000)

§ 5º Revogado.(Redação dada pela Lei 9.984, de 17.6.2000)

§ 6º No mínimo trinta por cento dos recursos a que se refere o inciso V do caput serão destinados a projetos desenvolvidos por instituições de pesquisa sediadas nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, incluindo as respectivas áreas das Superintendências Regionais. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.993, de 24.7.2000)

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 seguros.

§ 1º O percentual da compensação, 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 referida no caput deste artigo será feita da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 9.993, de 24.7.2000)

I - 23% (vinte e três por cento) para os Estados e o Distrito Federal;

II - 65% (sessenta e cinco por cento) para os Municípios;

II-A. 2% (dois por cento) para o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT, instituído pelo Decreto-Lei no 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei no 8.172, de 18 de janeiro de 1991, destinado ao desenvolvimento científico e tecnológico do setor mineral; (Inciso incluído pela Lei nº 9.993, de 24.7.2000) (Regulamenta)

III - 10% (dez por cento) para o Ministério de Minas e Energia, a serem integralmente repassados ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, que destinará 2% (dois por cento) desta cota-parte à proteção mineral em regiões mineradoras, por intermédio do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama. (Redação dada pela Lei nº 9.993, de 24.7.2000)

§ 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 da 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 a 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 dívida 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, 13 de março de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

José Sarney

Vicente Cavalcante Fialho

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 14.3.1990

ANEXO 3

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 1, DE 11 DE JANEIRO DE 1991.

Regulamenta o pagamento da compensação financeira instituída pela Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nas Leis nºs 7.990, de 28 de dezembro de 1989, e 8.001, de 13 de março de 1990, bem assim nas Leis nºs 2.004, de 3 de outubro de 1953, 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e 7.525, de 22 de julho de 1986, e suas alterações,

DECRETA:

CAPÍTULO I

Disposição Preliminar

Art. 1º O cálculo e a distribuição mensal da compensação financeira decorrente do aproveitamento de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica e dos recursos minerais, por quaisquer dos regimes previstos em lei, bem assim dos royalties devidos pela Itaipu Binacional ao Governo Brasileiro, estabelecidos pelo Tratado de Itaipu, seus anexos e documentos interpretativos subseqüentes, de que tratam as Leis nºs 7.990, de 1989, e 8.001, de 1990, reger-se-ão pelo disposto neste decreto.

CAPÍTULO II

Da Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos

Art. 2º A compensação financeira devida pela utilização de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica será de 6% (seis por cento) sobre o valor da energia produzida.

Art. 3º A energia elétrica de origem hídrica de uso privativo de produtor também será gravada com a aplicação de um fator de 6% (seis por cento), nas mesmas condições e preços do concessionário do serviço público local, quando:

I - houver excedentes de energia, e esta for aproveitada para uso externo de serviço público;

II - a instalação consumidora estiver em outro Estado da Federação, hipótese na qual a compensação será devida aos Estados e aos Municípios em que se localizarem as instalações de geração de energia elétrica;

Art. 4º É isenta do pagamento de compensação financeira a energia elétrica:

I - produzida pelas instalações geradoras com capacidade nominal igual ou inferior a 10.000KW (dez mil quilowatts);

II - gerada e consumida para uso privativo de produtor (autoprodutor), no montante correspondente ao seu consumo próprio no processo de transformação industrial, desde que a instalação consumidora esteja no Município onde se localizarem as instalações de energia elétrica.

Art. 5º A compensação financeira de que trata o art. 2º deste decreto será paga, mensalmente, pelas concessionárias distribuidoras 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, bem assim ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE) e à Secretaria da Ciência e Tecnologia (SCT), nos seguintes percentuais:

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);

IV - 2% (dois por cento) à Secretaria da Ciência e Tecnologia (SCT).

1º Na distribuição da compensação financeira, o Distrito Federal receberá o montante correspondente às parcelas devidas aos Estados e aos Municípios.

2º Quando o aproveitamento do potencial hidráulico atingir mais de um Estado ou Município, a distribuição dos percentuais referidos neste decreto será feita proporcionalmente, levando-se em consideração as áreas inundadas.

3º Nas usinas hidrelétricas beneficiadas por reservatórios a 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 esses reservatórios.

4º No cálculo da compensação financeira, o DNAEE atribuirá a cada beneficiário um coeficiente de participação, determinado com base nos critérios estabelecidos neste decreto.

Art. 6º A cota destinada ao DNAEE será empregada:

I - 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;

II - 35% (trinta e cinco por cento) na instituição, gerenciamento e suporte do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

III - 25% (vinte e cinco por cento) em políticas de proteção ambiental, por intermédio do órgão federal competente.

Art. 7º O valor da energia produzida, para efeito de cálculo da compensação financeira, será obtido pelo produto da energia de origem hídrica efetivamente verificada, medida em megawatt-hora, multiplicado pela Tarifa Atualizada de Referência fixada pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), sobre toda a hidreletricidade produzida no País, com base nas tarifas de suprimento dos sistemas interligados, referidos ao barramento da usina.

Parágrafo único. Compete ao DNAEE calcular e atualizar, na mesma periodicidade dos reajustes das tarifas de suprimentos, o valor da energia produzida, conforme critério estabelecido neste artigo.

Art. 8º As frações a que os beneficiários da compensação financeira de uma determinada usina terão direito serão calculadas de acordo com as seguintes fórmulas, conforme o titular do benefício:

I - Estados ou Municípios afetados diretamente pela usina considerada:

$$- V_{CDFk} = P_{Uk} \times V_{CF}$$

$$- V_{CF} = 0,45 \times R_U$$

$$- P_{Uk} = Q_U = A_K$$

$$S_Q A_U$$

onde:

V_{CFDk} - é o valor da compensação financeira devida ao Estado ou Município K diretamente afetado pela usina considerada;

PUK - é a fração da compensação financeira devida pela usina considerada ao Estado ou Município K diretamente afetado pela usina ou seu reservatório, a ser aplicada sobre o valor VCF;

VCF - é a parcela da compensação financeira devida pela usina considerada aos Estados ou Municípios;

RU - é o valor total da compensação financeira devida pela usina considerada;

QU - é a vazão firme da usina considerada, desprezando-se os efeitos de regularização de montante, calculada a partir do período histórico de registro hidrológico da bacia;

SQ - é a soma dos acréscimos de vazão firme propiciados pelos reservatórios a montante da usina considerada, acrescida da vazão firme da usina considerada, desprezando-se os efeitos da regularização de montante;

AK - é a área de Estado ou Município K diretamente afetada pela usina ou seu reservatório, em km², correspondente à cota máxima operativa normal, acrescida da faixa de segurança calculada e desapropriada para tal fim;

AU - é a área total afetada diretamente pela usina ou seu reservatório, em km², correspondente à cota máxima operativa normal, acrescida da faixa de segurança calculada e desapropriada para tal fim.

II - Estados ou Municípios afetados diretamente por reservatório a montante da usina considerada:

$$- VCFMi = PMij \times VCF$$

$$- VCF = 0.45 \times RU$$

$$- PM_{ij} = QM_j = A_{ij}$$

SQ SA_j

onde,

VCFM_i - é o valor da compensação financeira devida ao Estado ou Município i diretamente afetado por reservatório j a montante da usina considerada;

PM_{ij} - é a fração da compensação financeira devida pela usina considerada ao Estado ou Município i diretamente afetado pelo reservatório de montante j, a ser aplicado sobre o valor VCF;

VCF - é a parcela da compensação financeira devida pela usina considerada aos Estados ou Municípios;

RU - é o valor total da compensação financeira devida pela usina considerada;

QM_j - é o acréscimo de vazão firme propiciado pelo reservatório j à usina em pauta, considerado como última adição ao sistema gerador composto pela usina e aproveitamentos a montante dela, calculado a partir do período histórico de registro hidrológico da bacia;

SQ - é a soma dos acréscimos de vazão firme propiciados pelos reservatórios a montante da usina considerada, acrescida da vazão firme da usina considerada, desprezando-se os efeitos de regularização de montante;

A_{ij} - é a área diretamente afetada, em Km², pelo reservatório j a montante da usina considerada, no Estado ou Município i, correspondente à cota máxima operativa normal, acrescida da faixa de segurança calculada e desapropriada para tal fim;

SAj - é o somatório das áreas dos Estados ou Municípios afetados, em Km², pelo reservatório j a montante da usina considerada, correspondente à cota máxima operativa normal, acrescida da faixa de segurança calculada e desapropriada para tal fim.

Parágrafo único. O DNAEE elaborará, anualmente, os estudos necessários à operacionalização dos critérios estabelecidos neste artigo.

Art. 9º A União repassará, mensalmente, respeitados os percentuais fixados no caput do art. 5º deste decreto, e sem prejuízo das parcelas devidas ao DNAEE e à SCT, os 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, da seguinte forma:

I - 85% (oitenta e cinco por cento) ao Estado do Paraná e aos Municípios diretamente afetados pela usina; e

II - 15% (quinze por cento) aos Estados e Municípios afetados por reservatórios a montante da usina, que contribuem para o incremento de energia nela produzida.

Art. 10. A distribuição dos royalties devidos pela usina de Itaipu será calculada de acordo com as seguintes fórmulas, conforme o titular do benefício:

I - ao Estado do Paraná:

$$- VDE = 0,45 \times 0,85 \times R$$

II - aos Municípios diretamente afetados pela Usina Hidrelétrica de Itaipu:

$$- VDM = 0,45 \times 0,85 \times R$$

III - ao DNAEE:

- $VDD = 0,08 \times R$

- IV à SCT:

- $VDT = 0,02 \times R$

V - aos Estados ou Municípios afetados por reservatórios a montante da Usina Hidrelétrica de Itaipu:

- $VDN = 0,45 \times 0,15 \times R$

onde,

VDE - é o valor devido ao Estado do Paraná;

VDM - é o valor devido aos Municípios diretamente afetados pela Usina Hidrelétrica de Itaipu;

VDD - é o valor devido ao Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE);

VDT - é o valor devido à Secretaria da Ciência e Tecnologia (SCT);

VDN - é o valor devido aos Estados ou Municípios afetados por reservatórios a montante da Usina Hidrelétrica de Itaipu;

R - é o valor dos royalties devidos pela Itaipu Binacional à União Federal.

1º As frações de VDM a que os Municípios diretamente afetados terão direito serão calculados de acordo com a seguinte fórmula:

$$VRDi = Ai \times VDM$$

ATI

onde,

VRD - é o valor dos royalties devido ao Município i diretamente afetado pelo reservatório da Usina Hidrelétrica de Itaipu;

Ai - é a área inundada pelo reservatório da Usina Hidrelétrica de Itaipu no Município i, em Km², correspondente à cota máxima operativa normal, acrescida da faixa de segurança calculada e desapropriada para tal fim;

ATI - é a área total do território brasileiro inundada pelo reservatório da Usina Hidrelétrica de Itaipu, em Km², correspondente à cota máxima operativa normal, acrescida da faixa de segurança calculada e desapropriada para tal fim;

VDM - é o valor devido aos Municípios diretamente afetados pela Usina Hidrelétrica de Itaipu.

2º As frações de VDN a que terão direito os Estados e Municípios afetados por reservatórios a montante da Usina Hidrelétrica de Itaipu serão calculadas de acordo com a seguinte fórmula:

$$- VRMij = PMij \times VDN$$

$$- PMij = QMij \times Aij$$

Smi ATj

onde,

VRMij - é o valor dos royalties devidos ao Estado ou Município i afetado pelo reservatório j a montante da Usina Hidrelétrica de Itaipu;

PMij - é a fração da parcela dos royalties devidos ao Estado ou Município i afetado pelo reservatório j a montante da Usina Hidrelétrica de Itaipu, a ser aplicado sobre o valor VDN;

VDN - é o valor devido aos Estados ou Municípios afetados por reservatórios a montante da Usina Hidrelétrica de Itaipu;

QMIj - é o acréscimo de vazão firme propiciado pelo reservatório j à geração da Usina Hidrelétrica de Itaipu, considerado como última edição ao sistema gerador, composto pela Usina Hidrelétrica de Itaipu e aproveitamentos a montante, calculados a partir do período histórico de registro hidrológico da bacia;

SMI - é a soma dos acréscimos de vazão firme propiciados pelos reservatórios a montante da Usina Hidrelétrica de Itaipu;

Aij - é a área diretamente afetada em Km², pelo reservatório j no Estado ou Município i, correspondente à cota máxima operativa normal, acrescida da faixa de segurança calculada e desapropriada para tal fim;

ATj - é a área total diretamente afetada, em Km², pelo reservatório j, correspondente à cota máxima operativa normal, acrescida da faixa de segurança calculada e desapropriada para tal fim.

Art. 11. O DNAEE adequará o cálculo global da compensação financeira devida aos Estados e Municípios, diferenciando a energia produzida e o valor dos royalties devidos por Itaipu, de forma a evitar dupla contagem e ressarcimentos que tenham a mesma origem.

Art. 12. O DNAEE adotará providências no sentido de que, na aplicação deste decreto, não sejam afetadas as contas de consumo mensal igual ou inferior a 30Kwh, verificado ou estimado,

bem assim não incidam, sobre a compensação financeira, quaisquer tributos ou empréstimos compulsórios.

1º As concessionárias distribuidoras de energia elétrica enviarão, mensalmente, ao DNAEE, cópia do comprovante de recolhimento da compensação financeira, conforme as normas estabelecidas neste decreto e as regras a serem expedidas pelo DNAEE.

2º O DNAEE prestará aos beneficiários da compensação financeira e dos royalties previstos neste decreto as informações por eles solicitadas.

CAPITULO III

Da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais

Art. 13. A compensação financeira devida pelos detentores de direitos minerários a qualquer título, em decorrência da 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 O percentual da compensação, 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 da 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 da compensação financeira será considerado, em função da classe e substância mineral, na estrutura de custos, sempre que os preços forem administrados pelo Governo.

§ 4º No caso das substâncias minerais extraídas sob o regime de permissão da lavra garimpeira, o valor da compensação será pago pelo primeiro adquirente.

Art. 14. Para efeito do disposto no artigo anterior, considera-se:

I - atividade de exploração de recursos minerais, a retirada de substâncias minerais da jazida, mina, salina ou outro depósito mineral para fins de aproveitamento econômico;

II - 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;

III - processo de beneficiamento, aquele realizado por fragmentação, pulverização, classificação, concentração, separação magnética, flotação, homogeneização, aglomeração ou aglutinação, briquetagem, nodulação, sinterização, pelletização, ativação, coqueificação, calcinação, desaguamento, inclusive secagem, desidratação, filtragem, levigação, bem como qualquer outro processo de beneficiamento, ainda que exija adição ou retirada de outras substâncias, desde que não resulte na descaracterização mineralógica das substâncias minerais processadas ou que não impliquem na sua inclusão no campo de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

§ 1º No caso de substância mineral consumida, transformada ou utilizada pelo próprio titular dos direitos minerários ou remetida a outro estabelecimento do mesmo titular, será considerado faturamento líquido o valor de consumo na ocorrência do fato gerador definido no art. 15 deste decreto.

§ 2º As despesas de transporte compreendem as pagas ou incorridas pelo titular do direito minerário com a substância mineral.

Art. 15. Constitui fato gerador da compensação financeira devida pela exploração de recursos minerais a saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou de outros depósitos minerais de onde provêm, ou o de quaisquer estabelecimentos, sempre após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial.

Parágrafo único. Equipara-se à saída por venda o consumo ou a utilização da substância mineral em processo de industrialização realizado dentro das áreas da jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais, suas áreas limítrofes ou ainda em qualquer estabelecimento.

Art. 16. A compensação financeira pela exploração de substâncias minerais será lançada mensalmente pelo devedor.

Parágrafo único. O lançamento será efetuado em documento próprio, que conterá a descrição da operação que lhe deu origem, o produto a que se referir o respectivo cálculo, em

parcelas destacadas, e a discriminação dos tributos incidentes, das despesas de transporte e de seguro, de forma a tornar possível suas corretas identificações.

CAPÍTULO IV

Da Compensação pela Exploração do Petróleo, do Xisto Betuminoso e do Gás Natural

Art. 17. A compensação financeira devida pela Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) e suas subsidiárias aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do xisto betuminoso e do gás natural extraídos 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 Petrobrás, será paga nos seguintes percentuais:

I - 3,5% (três e meio por cento) aos Estados produtores;

II - 1,0% (um por cento) aos Municípios produtores;

III - 0,5% (cinco décimos por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural.

Parágrafo único. Os Estados, Territórios e Municípios centrais, em cujos lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres se fizer a exploração do petróleo, xisto betuminoso ou gás natural, farão jus à compensação financeira prevista neste artigo.

Art. 18. É também devida a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios confrontantes quando o óleo, o xisto betuminoso e o gás natural forem extraídos da plataforma continental, nos mesmos 5% (cinco por cento) fixados no artigo anterior, sendo:

I - 1,5% (um e meio por cento) aos Estados e Distrito Federal;

II - 0,5% (meio por cento) aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural operadas pela Petrobrás;

III - 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios confrontantes e suas respectivas áreas geoeconômicas;

IV - 1,0% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas;

V - 0,5% (meio por cento) para constituir um Fundo Especial, a ser distribuído entre todos os Estados e Municípios.

1º O percentual de 1,5% (um e meio por cento) previsto no inciso III do caput deste artigo, atribuído aos Municípios confrontantes e suas respectivas áreas geoeconômicas, será partilhado da seguinte forma:

I - 60% (sessenta por cento) ao Município confrontante juntamente com os demais Municípios que integram a zona de produção principal, rateados, entre todos, na razão direta da população de cada um, assegurando-se ao Município que concentrar as instalações industriais para processamento, tratamento, armazenamento e escoamento de petróleo e gás natural, 1/3 (um terço) da cota deste inciso;

II - 10% (dez por cento) aos Municípios integrantes de produção secundária, rateado, entre eles, na razão direta da população dos distritos cortados por dutos;

III - 30% (trinta por cento) aos Municípios limítrofes à zona de produção principal, rateado, entre eles, na razão direta da população de cada um, excluídos os Municípios integrantes da zona de produção secundária.

2º O percentual de 0,5% (meio por cento) previsto no inciso V do caput deste artigo, atribuído ao Fundo Especial administrado pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento

(Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986, art. 6º), será distribuído de acordo com os critérios estabelecidos para o rateio dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados e Municípios, obedecida a seguinte proporção:

I - 20% (vinte por cento) para os Estados;

II - 80% (oitenta por cento) para os Municípios.

3º No caso de 2 (dois) Municípios confrontantes serem contíguos e situados em um mesmo Estado, será definida para o conjunto por eles formado uma única área geoeconômica, ficando os percentuais fixados nos incisos I, II e III do § 1º deste artigo referidos ao total das compensações financeiras que couberem aos Municípios confrontantes em conjunto, inclusive a parcela mínima mencionada no inciso I do mesmo parágrafo, que corresponderá a montante equivalente ao terço dividido pelo número de Municípios confrontantes.

Art. 19. A compensação financeira aos Municípios onde se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural será devida na forma do disposto no art 27, inciso III e § 4º da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, na redação dada pelo art. 7º da Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, consideram-se como instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural, as monobóias, os quadros de bóias múltiplas, os píeres de atracação, os cais acostáveis e as estações terrestres coletoras de campos produtores e de transferência de óleo bruto ou gás natural.

Art. 20. No cálculo da compensação financeira incidente sobre o valor do óleo de poço ou de xisto betuminoso e do gás natural extraído da plataforma continental, consideram-se como confrontantes com poços produtores os Estados e Municípios contíguos à área marítima delimitada pelas linhas de projeção dos respectivos limites territoriais até a linha de limite da plataforma continental, onde estiverem situados os poços.

1º A área geoeconômica de um Município confrontante será definida a partir de critérios referentes às atividades de produção de uma dada área de produção petrolífera marítima e aos impactos destas atividades sobre as áreas vizinhas.

2º Os Municípios que integram tal área geoeconômica serão divididos em 3 (três) zonas, distinguindo-se 1 (uma) zona de produção principal, 1 (uma) zona de produção secundária e 1 (uma) zona limítrofe à zona de produção principal, considerando-se como:

I - zona de produção principal de uma dada área de produção petrolífera marítima o Município confrontante e os Municípios onde estiverem localizadas 3 (três) ou mais instalações dos seguintes tipos:

a) instalações industriais para processamento, tratamento, armazenamento e escoamento de petróleo e gás natural, excluindo os dutos;

b) instalações relacionadas às atividades de apoio à exploração, produção e ao escoamento do petróleo e gás natural, tais como: portos, aeroportos, oficinas de manutenção e fabricação, almoxarifados, armazéns e escritórios.

II - zona de produção secundária os Municípios atravessados por oleodutos ou gasodutos, incluindo as respectivas estações de compressão e bombeio, ligados diretamente ao escoamento da produção, até o final do trecho que serve exclusivamente ao escoamento da produção de uma dada área de produção petrolífera marítima, ficando excluída, para fins de definição da área geoeconômica, os ramais de distribuição secundários, feitos com outras finalidades;

III - zona limítrofe à de produção principal os Municípios contíguos aos Municípios que a integram, bem como os Municípios que sofram as conseqüências sociais ou econômicas da produção ou exploração do petróleo ou do gás natural.

3º Ficam excluídos da área geoeconômica de um Município confrontante, Municípios onde estejam localizadas instalações dos tipos especificados na letra a do parágrafo anterior, mais que

não sirvam, em termos de produção petrolífera, exclusivamente a uma dada área de produção petrolífera marítima.

Art. 21. A compensação devida aos Municípios confrontantes e suas respectivas áreas geoeconômicas será calculada segundo o valor da produção associada à Unidade da Federação de que fazem parte.

1º A compensação devida a Municípios que pertençam à mesma Unidade da Federação será rateada entre os que integram a zona de produção principal, a zona de produção secundária e a zona limítrofe, de acordo, respectivamente, com os percentuais fixados nos incisos I a III do § 1º do art. 18 deste decreto, respeitado o disposto no art. 9º do Decreto nº 93.189, de 29 de agosto de 1986.

2º No cálculo das compensações atribuir-se-á a cada Município um coeficiente individual de participação, determinado com base na respectiva população ou na dos seus distritos, conforme tabela constante do anexo deste decreto.

3º A compensação devida a cada Município será obtida multiplicando-se a parcela atribuída à sua correspondente zona pelo quociente formado entre seu coeficiente individual de participação e a soma dos coeficientes individuais de participação dos Municípios que integram a mesma zona.

4º Não se procederá ao destaque a que se refere o art. 18, § 1º, inciso I, in fine, deste decreto:

a) caso inexista, entre os que integram a zona de produção principal, Município que concentre instalações industriais para processamento, tratamento, armazenamento e escoamento de petróleo ou gás natural, provenientes exclusivamente da plataforma continental;

b) na hipótese de a indenização decorrente do destaque ser inferior à que o Município obteria em virtude da atribuição do coeficiente individual de participação, nos termos dos §§ 2º e 3º deste artigo.

5º O Departamento Nacional de Combustíveis (DNC) fará publicar os coeficientes individuais de participação dos Municípios, a partir das relações elaboradas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), nos termos do art. 7º do Decreto nº 93.189, de 29 de agosto de 1986, e daquelas elaboradas pela Petrobrás, referentes aos Municípios onde se localizarem instalações de embarque ou desembarque de óleo bruto ou gás natural, operados pela mesma.

Art. 22. O DNC fixará os valores do óleo de poço ou petróleo bruto, do óleo de xisto betuminoso e do gás natural, de produção nacional, observados os seguintes critérios:

I - O valor do petróleo bruto será o da paridade na boca do poço produtor, definido como a diferença entre o custo CIF do petróleo importado, expresso em moeda nacional e utilizado como base para fixação dos preços dos derivados produzidos no País, e o custo médio de transferência entre os poços produtores e os pontos de embarque;

II - O valor do óleo de xisto betuminoso extraído das bacias sedimentares terrestres será igual ao fixado para o petróleo bruto, nos termos do inciso anterior;

III - O valor do gás natural, referido à pressão absoluta de 1.033 Kg/cm² e temperatura de 20°C, será igual à média ponderada dos preços de venda fixados pelo DNC para os diferentes usos do produto, dela deduzidos o custo médio de transferência entre os poços produtores e os respectivos pontos de entrega.

1.º No caso de variação do custo CIF do petróleo importado no mesmo mês do ano calendário, far-se-á ponderação pelo número de dias em que vigorou cada custo CIF.

2.º A compensação incidente sobre o gás natural será calculada sobre os volumes extraídos e utilizados, excluídos os inaproveitados, que escapam no processo de produção de petróleo, e os reinjetados nas jazidas.

3º Os custos de produção previstos neste artigo serão fixados pelo DNC, de conformidade com os valores apurados pela Petrobrás, no primeiro ou no segundo mês anterior ao da produção.

4.º Na apuração dos valores a que se refere o parágrafo anterior a Petrobrás indicará, separadamente, os custos correspondentes à produção das bacias sedimentares terrestres e da plataforma continental.

Art. 23. Os Estados transferirão aos Municípios 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas das compensações financeiras que lhes são atribuídas pelos arts. 17 e 18 deste decreto, mediante observância dos mesmos critérios de atribuição de recursos estabelecidos em decorrência do disposto no art. 158, inciso IV e respectivo parágrafo único da Constituição, e dos mesmos prazos fixados para entrega desses recursos, contados a partir do recebimento da compensação.

Art. 24. Os Estados e os Municípios deverão aplicar os recursos previstos neste Capítulo, exclusivamente em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico.

Art. 25. O cálculo da compensação financeira de que trata este Capítulo, a ser paga aos Estados e Municípios confrontantes e aos Municípios pertencentes às respectivas áreas geoeconômicas, bem como o cálculo das cotas do Fundo Especial referido no art. 18, inciso V e § 2º deste decreto, serão efetivados pelo Departamento Nacional de Combustíveis (DNC) e remetidos ao Tribunal de Contas da União, ao qual competirá também fiscalizar a sua aplicação na forma das instruções por ele expedidas

CAPITULO V

Disposições Gerais

Art. 26. O pagamento das compensações financeiras previstas neste decreto, inclusive dos royalties devidos por Itaipu Binacional ao Brasil, será efetuado mensalmente, diretamente aos beneficiários, mediante depósito em contas específicas de titularidade dos mesmos no Banco do Brasil S.A., até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador.

Parágrafo único. É vedado, aos beneficiários das compensações financeiras de que trata este decreto, a aplicação das mesmas em pagamento de dívidas e no quadro permanente de pessoal.

Art. 27. O DNAEE, o DNPM e o DNC, no âmbito das respectivas atribuições, poderão expedir instruções complementares a este decreto.

Art. 28. Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 29. Fica revogado o Decreto nº 94.240, de 21 de abril de 1987, e demais disposições em contrário.

Brasília, 11 de janeiro de 1991; 170º da Independência e 103º da República.

FERNANDO COLLOR

Zélia M. Cardoso de Mello

Ozires Silva

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 14.1.1991

O anexo de que trata este Decreto está publicado no D.O.U de 14.1.1991

ANEXO 4

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 13.12.2002
EMENTÁRIO Nº 2095-2

26/11/2002

PRIMEIRA TURMA

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 228.800-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
EMBARGANTE : MINERAÇÃO TABOCA LTDA
ADVOGADOS : LEANDRO TELES CORRÊA E OUTROS
EMBARGADA : UNIÃO
ADVOGADO : PFN - WILSON JOSÉ ZANLORENZI
EMBARGADO : ESTADO DO AMAZONAS
ADVOGADO : PGE-AM - ELSON ANDRADE
EMBARGADO : MUNICÍPIO DE PRESIDENTE FIGUEIREDO
ADVOGADA : DANIELLE VASCONCELOS CORRÊA LIMA

EMENTA: Bens da União (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): constitucionalidade da L. 7990/89 (arts 1º e 6º), que regulou forma de participação dos entes federados no produto da exploração, declarada pelo acórdão embargado: irrelevância, para a decisão da causa, da discussão acerca de interpretação da lei de regência, aventada pela embargante, que viabilizaria a participação questionada tocar eventualmente o Município ou Estado diverso daquele em que se situe a extração do minério, por não ser o caso concreto e, de qualquer forma, faltar à empresa legitimação para a impugnação.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em receber, em parte, os embargos de declaração no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de novembro de 2002.

MOREIRA ALVES - PRESIDENTE

SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR



EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 228.800-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
EMBARGANTE : MINERAÇÃO TABOCA LTDA
ADVOGADOS : LEANDRO TELES CORRÊA E OUTROS
EMBARGADA : UNIÃO
ADVOGADO : PFN - WILSON JOSÉ ZANLORENZI
EMBARGADO : ESTADO DO AMAZONAS
ADVOGADO : PGE-AM - ELSON ANDRADE
EMBARGADO : MUNICÍPIO DE PRESIDENTE FIGUEIREDO
ADVOGADA : DANIELLE VASCONCELOS CORRÊA LIMA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O acórdão embargado - que não conheceu do RE - foi assim ementado:

"Bens da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (L. 7.990/89, arts. 1º e 6º e L. 8.001/90).

1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial.

2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de "participação no produto da exploração" dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição."

À decisão, a empresa recorrente - Mineração Taboca Ltda -, opõe tempestivamente os presentes embargos de declaração, deduzidos nestes termos:



RE 228.800-ED / DF

"1. Em que pesem os fundamentos apresentados por V. Exa., para negar provimento ao recurso extraordinário da EMBARGANTE e declarar a constitucionalidade do artigo 6º da Lei n. 7.990/89, bem como da Lei n. 8.001/90, faz-se necessária à interposição do presente recurso de Embargos de Declaração, a fim de ser elucidado o ponto adiante identificado, o qual, dada a devida vênia, enseja a necessidade de esclarecimento dessa E. Corte.

2. Com efeito, extrai-se do voto de fls. 486 a seguinte afirmação:

"Impressiona a alegação de incompatibilidade com o art. 20, par. 1º, CF, da eventual destinação da receita a Estado ou Município diverso do local da extração do minério; mas, além de não parecer unívoca essa interpretação da lei, é tema sem interesse para o deslinde da causa."

3. Entende a EMBARGANTE, todavia, que tal afirmação, feita de forma singela, refere-se a ponto nevrálgico para o deslinde da matéria, porquanto, não se admitindo, na forma mencionada, a referida incompatibilidade da destinação da receita à Estado ou Município diverso do local da extração do minério com o artigo 20, § 1º da Constituição Federal, acabar-se-ia por chegar à conclusão de que se encontra descaracterizada a exação como "compensação" ou "participação nos resultados", como conclui o v. acórdão, qualificando-se ela, a todo o rigor, como VERDADEIRO TRIBUTO, à luz do disposto no ordenamento jurídico, em especial os artigos 3º e 4º do Código Tributário Nacional.

4. Assim, torna-se necessário no v. acórdão de fls. o esclarecimento expresso acerca do aspecto acima referido, em face de todos os fatos e razões de direito relatados no recurso extraordinário de fls. , retificando-se o resultado do julgamento pela adoção de pressupostos condizentes com a realidade fática e jurídica da EMBARGANTE."

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): Releio o voto proferido, até a passagem final, a que se apegava a embargante:

"O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira cogitadas.

A disciplina da matéria, de modo significativo, não se encontra no capítulo do sistema tributário, mas em parágrafo do art. 20 da Constituição, que trata dos bens da União, a evidenciar a natureza patrimonial da receita a auferir.

Por outro lado, diferentemente do que ocorre em relação aos impostos - espécie tributária não-vinculada a qualquer contraprestação estatal -, tanto a participação nos resultados como a CFEM têm a sua causa - direta ou indireta, como se verá - na exploração de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica, e minerais - bens integrantes do patrimônio da União (CF, art. 20, VIII e IX).

Com razão, desse modo, a decisão recorrida e o parecer do Ministério Público, ao afirmarem o caráter não tributário das receitas previstas no art. 20, § 1º, da Constituição.

Tenho, no entanto, que a obrigação instituída pela L. 7.990/89 não corresponde ao modelo constitucional.

Essa compensação financeira há de ser entendida em seu sentido vulgar de mecanismo destinado a recompor uma perda, sendo, pois, essa perda, o pressuposto e a medida da obrigação do explorador.

A que espécie de perda, porém, se refere implicitamente a Constituição?

Não, certamente, à perda dos recursos minerais em favor do explorador, pois, nesse caso, a compensação financeira, para compensá-la efetivamente, haveria de corresponder à totalidade dos recursos minerais explorados - o que inviabilizaria a sua exploração econômica privada. Nem corresponde, muito menos, à "perda" dos potenciais de energia elétrica, que, sendo inesgotáveis, não sofrem qualquer diminuição ao serem explorados. Em todo caso, não



seria lógico compensar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pela perda de bens que não lhes pertencem, mas exclusivamente à União.

A compensação financeira se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera.

Com efeito, a exploração de recursos minerais e de potenciais de energia elétrica é atividade potencialmente geradora de um sem número de problemas para os entes públicos, especialmente para os municípios onde se situam as minas e as represas. Problemas ambientais - como a remoção da cobertura vegetal do solo, poluição, inundação de extensas áreas, comprometimento da paisagem e que tais -, sociais e econômicos, advindos do crescimento da população e da demanda por serviços públicos.

Além disso, a concessão de uma lavra e a implantação de uma represa inviabilizam o desenvolvimento de atividades produtivas na superfície, privando Estados e Municípios das vantagens delas decorrentes.

Pois bem. Dos recursos despendidos com esses e outros efeitos da exploração é que devem ser compensadas as pessoas referidas no dispositivo.

Se assim é, não se justifica que o valor a ser pago a título de compensação financeira seja fixado em função do faturamento, que nada tem a ver com as perdas a que alude implicitamente o art. 20, § 1º, da Constituição.

Dai não advém, entretanto, a inconstitucionalidade da cobrança questionada.

Na verdade - na alternativa que lhe confiara a Lei Fundamental - o que a L. 7.990/89 instituiu, ao estabelecer no art. 6º que "a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral", não foi verdadeira compensação financeira: foi, sim, genuína "participação no resultado da exploração", entendido o resultado não como o lucro do explorador, mas como aquilo que resulta da exploração, interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, § 1º, e a do art. 176, § 2º, da Constituição, verbis:

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

RE 228.800-ED / DF

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

Nada importa que - tendo-a instituído como verdadeira "participação nos resultados" da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de "compensação financeira" pela mesma exploração - outro termo da alternativa posta pelo art. 20, § 1º, da Constituição: cuidando-se de obrigação legal, de fonte constitucional, ainda que não seja tributo, é dado transplantar, *mutatis mutandis* para identificar a natureza da CFEM, a regra de hermenêutica do art. 4º, I, CTN, que adverte da irrelevância da denominação dada à exação."

Segue-se o trecho destacado nos embargos, com uma pequena retificação da transcrição que neles se contém:

"Impressiona a alegação de incompatibilidade com o art. 20, § 1º, CF, da eventual destinação da receita a Estado ou Município diverso do local da extração do minério; mas, além de não parecer unívoca essa interpretação da lei, é tema sem interesse para o deslinde desta causa."

A passagem se refere a argumento assim desenvolvido na petição de RE:

"... não é necessário muito esforço para se concluir no sentido de que a CFEM veiculadas pelas Leis 7.990/89 e 8.001/90 possui estrutura que não se compadece com aquela admitida no texto constitucional.

A primeira razão é que, ao eleger como elemento espacial da hipótese de incidência da CFEM o local onde se dá o beneficiamento ou a industrialização do minério (equiparando-se à saída por venda), o legislador ordinário acabou por tornar IRRELEVANTE para os fins da CFEM o local de ONDE FORAM EXTRAÍDOS esses minérios, frustrando, com isso, as próprias razões que levaram o constituinte a prever a compensação.

Ao se cumprir o que diz a lei, corre-se o risco de pagar a CFEM para o município "A", quando a exploração



RE 228.800-ED / DF

do minério e o desfalque patrimonial ocorreu no município "B".

Esta exigência legal instaura nítido anacronismo que confronta a previsão constitucional em, pelo menos, dois aspectos: o primeiro, ao atribuir o direito a COMPENSAÇÃO a um município (ou a Estado-membro) diferente daquele que experimentou a perda, quando o comando constitucional manda pagar a compensação ao segundo, como decorrência do primeiro, é que, não havendo prejuízo ao município beneficiário da CFEM, não há que se falar em COMPENSAÇÃO: o beneficiário, nessa hipótese acaba experimentando nítido enriquecimento sem causa (respeitada a hipótese de a CFEM ser tida como imposto)."

Esse o quadro, explícito o raciocínio subjacente à afirmação de ser o tema "sem interesse para o deslinde desta causa".

Duas são as bases da asserção.

A primeira é que, na espécie, jamais alegou a embargante que se realizasse a hipótese que figurou de o beneficiamento do minério fazer-se em município diverso daquele em que se dera a extração.

A segunda é que, de qualquer sorte, se se situasse no ponto a inconstitucionalidade parcial da lei, não seria da empresa - à qual é indiferente a destinação do produto da participação no faturamento - a legitimação para argüi-la, mas, sim, do município eventualmente prejudicado por sua atribuição àquele que não sofrera os ônus da extração mineral.

Para esclarecer, nestes termos, a fundamentação do acórdão, recebo parcialmente os embargos de declaração, sem alteração do julgado: é o meu voto.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 228.800-5
PROCED.: DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
EMBE.(S): MINERAÇÃO TABOCA LTDA
ADV.(A/S): LEANDRO TELES CORRÊA E OUTROS
EMBDO.(A/3): UNIÃO
ADV.: PFN - WILSON JOSÉ ZANLORENZI
EMBDO.(A/3): ESTADO DO AMAZONAS
ADV.: PGE-AM - ELSON ANDRADE
EMBDO.(A/3): MUNICÍPIO DE PRESIDENTE FIGUEIREDO
ADV.(A/S): PAULO ROGÉRIO ARANTES E OUTROS

Decisão: A Turma recebeu, em parte, os embargos de declaração no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1ª Turma, 26.11.2002.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Helenita Amélia G. Caiado de Acioli.


Ricardo Dias Duarte
p/Coordenador

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 16.11.2001
EMENTÁRIO Nº 2 0 5 2 - 3

25/09/2001

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 228.800-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECORRENTE: MINERAÇÃO TABOCA LTDA
ADVOGADOS: LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTROS
RECORRIDA: UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO: PFN - WILSON JOSÉ ZANLORENZI
RECORRIDO: ESTADO DO AMAZONAS
ADVOGADO: PGE-AM - ELSON ANDRADE
RECORRIDO: MUNICÍPIO DE PRESIDENTE FIGUEIREDO
ADVOGADO: JOSÉ REBELO DE MENDONÇA

EMENTA: Bem da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (Lt 7.790/89, arts. 1º e 6º e L. 8.001/90).

1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial.

2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de "compensação financeira pela exploração de recursos minerais" (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de "participação no produto da exploração" dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em **não conhecer** do recurso extraordinário.



Supremo Tribunal Federal

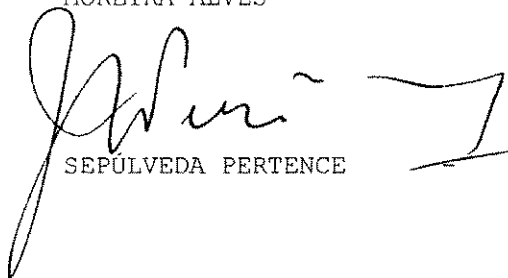
RE 228800-5- DF

Brasília, 25 de setembro de 2001.

MOREIRA ALVES

-

PRESIDENTE



SEPÚLVEDA PERTENCE

RELATOR

25/09/2001

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 228.800-5 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
RECORRENTE: MINERAÇÃO TABOCA LTDA
ADVOGADOS: LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTROS
RECORRIDA: UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO: PFN - WILSON JOSÉ ZANLORENZI
RECORRIDO: ESTADO DO AMAZONAS
ADVOGADO: PGE-AM - ELSON ANDRADE
RECORRIDO: MUNICÍPIO DE PRESIDENTE FIGUEIREDO
ADVOGADO: JOSÉ REBELO DE MENDONÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - RE, a e c, contra acórdão do TRF, 1ª Região, que julgou improcedente ação ordinária movida pela empresa recorrente contra a União, o Estado do Amazonas e o Município de Presidente Figueiredo, objetivando o não pagamento e a restituição da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais - CFEM, a que alude o art. 20, § 1º, da Constituição, e de que tratam as Leis 7.990/89 e 8.001/90.

Funda-se a ação em que a obrigação instituída por essas leis não se amolda à figura da "compensação financeira", possuindo natureza de imposto - e imposto criado com afronta aos arts. 154, I, e 155, § 3º, da Constituição.

Em resumo, sustenta a autora que a lei ordinária - ao eleger o faturamento como base de cálculo da obrigação e o local onde se dá o beneficiamento do minério como "elemento espacial da hipótese de incidência" - desvinculou a compensação financeira do desfalque patrimonial que constitui a sua razão de ser. Tratando-se de compensação, argumenta, a obrigação da concessionária deveria corresponder à diminuição patrimonial experimentada pelo beneficiário da CFEM, não a um percentual do faturamento, grandeza



RE 228800/DF

que - sendo "aleatória e dependente (inclusive) da eficiência e do aparato de cada concessionária" -, não espelha aquela diminuição. Por outro lado, o local do beneficiamento não coincide necessariamente com aquele de onde o minério foi extraído, de maneira que a compensação poderá vir a ser paga a Municípios ou mesmo Estados que não sofreram perda patrimonial alguma, com o que se frustrariam as razões que inspiraram a criação do instituto.

Com essas características, e por fazer variar a alíquota em função da natureza do mineral extraído, a CFEM das Leis 7.990/89 e 8.001/90, além de ofender o art. 20, § 1º, CF, contraria o princípio da igualdade, na medida em que o critério eleito "permite que concessionárias que possuem maior faturamento paguem mais por menores que sejam os prejuízos causados à propriedade de terceiros; e concessionárias com menor faturamento possam pagar menos por maiores prejuízos".

Por fim, embora possua os elementos definidores de uma obrigação tributária - "prestação pecuniária compulsória em virtude de lei que não seja sanção de ato ilícito, cobrada administrativamente" (CTN, art. 3º) -, a contribuição tampouco se viabiliza legitimamente como tal, à vista do disposto nos arts. 155, § 3º, e 154, I, da Constituição.

O acórdão recorrido - da lavra do il Juiz Omar Tognolo - negou provimento à apelação da mineradora, com a seguinte motivação (f. 14/16):

"A compensação impugnada tem matriz constitucional.

Com efeito, depois de estabelecer que as jazidas e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo e pertencem à União Federal, dependendo sua exploração de autorização ou concessão

RE 228800/DF

(art. 176 e seu § 1º), a Constituição dispôs no § 1º de seu art. 20:

'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.'

Criou, pois, a Constituição duas formas de indenizar os entes políticos pela exploração de recursos minerais: ou participação nos resultados da atividade ou compensação financeira, deixando à lei, ordinária, e não complementar, a disciplina da matéria.

De sua parte, o legislador desprezou a participação no resultado da atividade, optando pela compensação financeira, conforme artigos 1º e 6º da Lei 7.990/89, verbis:

'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. 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.'

Como destacada no texto constitucional, trata-se de compensação financeira, vale dizer, indenização, reparação, nada tendo a ver, ao contrário do que sustentado pela Autora, com o instituto da compensação de créditos, forma de extinção das obrigações, de que tratam os artigos 1.009 e seguintes do Código Civil.

A compensação financeira, mais uma vez ao contrário do que entende a Autora, não tem natureza tributária, constituindo, sim, receita patrimonial do Estado, cuja origem se encontra na exploração do patrimônio público, já que os recursos minerais pertencem à União, por expressa disposição constitucional.

Não sendo tributo, impertinentes as alegações de ofensa, na sua criação, a princípios constitucionais

tributários, tais como a vedação à incidência de tributos sobre as operações sobre minerais, salvo as exceções constitucionalmente previstas, exigência de lei complementar e proibição quanto à criação de impostos cumulativos.

Tais princípios, repita-se, são próprios dos tributos, e não de toda e qualquer receita obtida pelo Poder Público, como a compensação de que cuidam os autos, que se situa na órbita das receitas patrimoniais e não tributárias.

Definida a natureza não tributária da compensação, irrelevantes igualmente se apresentam as críticas ao sistema adotado pela lei para sua fixação e sua cobrança e destinação, tais como a incidência sobre o faturamento, não vinculação ao efetivo dano patrimonial experimentado pelo município beneficiário e percentuais distintos em razão da classe da substância mineral, estes estabelecidos pela Lei 8.001/90.

As críticas podem até ter fundamento, mas não transferem a opção feita pelo legislador para o campo da ilegalidade ou inconstitucionalidade, até porque o Constituinte deixou ao exclusivo critério da lei a criação, o cálculo, o pagamento e a forma de distribuição da compensação por ele assegurada.

Por tais fundamentos, nego provimento à apelação (...)"

Pelo Ministério Público Federal, o il. Subprocurador-Geral João Batista de Almeida, após advertir que a tese da violação ao princípio da igualdade não foi objeto do necessário prequestionamento e que o exame das alegações fundadas nos arts. 154, I, e 155, § 3º, CF, exigiria a análise prévia dos arts. 3º e 4º do CTN - o que caracteriza as violações mencionadas como indiretas, ou reflexas -, assim se pronuncia sobre o mérito da controvérsia:

"No mérito, observa-se que o instituto da compensação financeira remonta a período anterior à Constituição Federal de 1988, eis que a legislação ordinária já previa formas de compensação, devida pela PETROBRÁS e suas subsidiárias aos entes estatais pela lavra de petróleo e xisto betuminoso e pela extração de gás, como se pode observar pela leitura da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, da Lei nº 7.453, de 27 de

dezembro de 1985, e da Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986.

A atual Carta Magna, em seu art. 20, § 1º, abraçou dita 'compensação financeira', erigida agora em nível constitucional, devida em razão da exploração de 'petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais', sendo paga pelos respectivos exploradores aos Estados, Distrito Federal e Municípios atingidos, e também a 'órgãos da administração direta da União'.

Regulamentando tal dispositivo (posto que a compensação financeira, assim como a alternativa participação nos resultados, é assegurada 'nos termos da lei'), foram editadas as Leis nºs 7.990/89 e 8.001/90, acoimadas de inconstitucionais pela recorrente, pois teriam criado **tributo**, já que a compensação financeira pela exploração de recursos minerais - CFEM, adaptar-se-ia ao conceito de tributo trazido pelos arts. 3º e 4º do Código Tributário Nacional. Sendo assim, se sujeitaria às disposições típicas da seara tributária, configurando-se ilegítima sua cobrança, face à imunidade às operações com minerais prevista no art. 155, § 3º, da CF/88 e à necessidade de lei complementar para a criação de impostos cumulativos, como disposto no art. 154, I.

Todavia, in casu, não se está diante de um tributo, como quer ver a recorrente, não incidindo, destarte, as limitações previstas nos comandos retro-citados, senão vejamos.

Essa Suprema Corte, em questões nas quais o Estado, ou algum de seus agentes, provocara limitações no uso da propriedade do particular, tem assentado o seguinte, in verbis:

"A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5º, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da República estende-se, (...), ao reconhecimento, em favor do dominus, da garantia de **compensação financeira**, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, (...)" (RE Nº 134.297/SP, Relator Exmo. Sr. Min. Celso de Mello, in DJ de 22.09.95, aqui negrito).

Da mesma forma, a compensação financeira instituída pela atual Constituição Federal, na verdade, como alternativa à participação nos resultados, se faz em virtude de uma atividade especialmente **danosa** à União,

RE 228800/DF

Estados, Distrito Federal e Municípios, no que estes entes fazem jus a uma **recomposição**, expressa em valor monetário, dos prejuízos porventura suportados. Essa é, portanto, a natureza da compensação, como querido pelo constituinte. Neste ponto não há como tergiversar.

Assim comenta o dispositivo constitucional em foco Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

"Participação ou compensação. O direito constitucional anterior não se preocupava com a questão.

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 territorial ou zona econômica exclusiva, que não lhe integram o território. Quanto à compensação, esta seria ainda admissível, sob a condição do prejuízo." (in Comentários à Constituição brasileira de 1988 - São Paulo: Saraiva, 1990, p. 154).

Por sua vez, Ives Gandra Martins assevera o seguinte:

"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 mais explícita, o constituinte houve por bem centralizar a propriedade do bem e descentralizar o resultado de sua exploração." (Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 - São Paulo: Saraiva, 1992, p. 96).

RE 228800/DF

A redação da citada Lei nº 2.004/53, alterada pela Lei nº 7.453/85 caminhava neste sentido, ao se utilizar do termo 'indenização':

"Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar **indenização** correspondente a 4% (quatro por cento) aos Estados ou Territórios e 1% (um por cento) aos Municípios, sobre o valor do óleo, do xisto betuminoso e do gás extraídos de suas respectivas áreas, onde se fizer a lavra do petróleo.

§ 1º Os valores de que trata este artigo serão fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo.

§ 2º O pagamento da **indenização** devida será efetuado trimestralmente.

§ 3º Os Estados, Territórios e Municípios deverão aplicar os recursos previstos neste artigo, preferentemente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento básico.

§ 4º É também devida a **indenização** aos Estados, Territórios 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 Territórios; 1,5% (um e meio por cento) aos Municípios e suas respectivas áreas geo-econômicas; 1% (um por cento) ao Ministério da Marinha, para atender aos encargos de fiscalização e proteção das atividades econômicas das referidas áreas, e 1% (um por cento) para constituir um Fundo Especial a ser distribuído entre todos os Estados, Territórios e Municípios.

§ 5º (Vetado)

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

RE 228800/DF

Alterando a redação deste artigo, a Lei nº 7.990/89 substituiu justamente 'indenização' por 'compensação financeira'.

Por outro lado, a exação em foco não decorre do exercício da **soberania** do Estado para a arrecadação de receitas como custeio das despesas públicas, mas sim, repita-se, de uma recomposição que, embora exigida por lei, decorre da exploração de bens públicos, exploração essa que se inclui no campo das receitas **originárias**, ou **patrimoniais**, em contrapartida às receitas **derivadas**, ou tributárias, estas sim obtidas pela arrecadação dos tributos em razão do jus imperii, ou, nas palavras de Regis Fernandes de Oliveira, as quais provêm 'do constrangimento sobre o patrimônio do particular' (*in* Manual de Direito Financeiro - São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 30). Sobre o tema, assim se manifesta Celso Ribeiro Bastos:

"Receitas patrimoniais são aquelas geradas pela exploração do patrimônio do Estado (ou mesmo pela sua disposição), feitas segundo regras de direito privado, conseqüentemente sem caráter tributário. Com efeito, os Poderes Públicos desfrutam de um patrimônio formado por terras, casas, empresas, direitos, que são passíveis de serem administrados à moda do que faria um particular, isto é, dando em locação, vendendo a produção de bens ou mesmo cedendo o imóvel ou direito." (*in* Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. 4ª ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 1995, p. 38).

No mesmo sentido anota Ricardo Lobo Torres:

"Os ingressos patrimoniais são obtidos através da exploração dos bens dominiais do Estado, como sejam as florestas, as ilhas, as estradas, os imóveis residenciais ou comerciais, etc. As suas principais formas são o preço público e as compensações financeiras." (*in* Curso de Direito Financeiro e Tributário - Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 160).

E a CFEM justamente incide sobre a exploração do patrimônio do Estado, refletido nos minerais, como

RE 228800/DF

compensação, como seria devido a qualquer particular cujos bens estivessem em idêntica situação.

Não cabe aqui discutir quais razões levaram o constituinte a prever a compensação financeira para os Estados, Distrito Federal e Municípios, além da União, por via de órgão da sua administração direta, mas há justificativa, pois embora o art. 20, IX, da CF/88 disponha que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, pertencem à União, mandamento repetido no caput do art. 176 do mesmo diploma, gravames outros também podem sofrer os demais entes, como anota o mesmo Ricardo Lobo Torres, ao comentar especificamente a compensação financeira como trazida pela Constituição:

(...)

Podem a União, os Estados e os Municípios receber participação representada pelas importâncias calculadas sobre o resultado da exploração de petróleo ou gás natural etc., matéria ainda não regulamentada.

Ou podem receber **compensações financeiras**, que têm a natureza de indenização pela perda de recursos naturais situados em seus territórios ou de contraprestação pelas despesas que as empresas exploradoras de recursos naturais causam aos poderes públicos, que se vêem na contingência de garantir a infra-estrutura de bens e serviços e a assistência às populações envolvidas em atividades econômicas de grande porte, como ocorreu com o Estado do Rio de Janeiro, que é o maior produtor de petróleo do Brasil, e com os seus municípios da região de Campos, obrigados a investir recursos substanciais em políticas públicas de apoio à exploração de plataforma marítima (...) (ob. cit. P. 162/163).

Também não convence a alegação de que a CFEM seria tributo por se ajustar ao conceito definido pelo art. 3º do CTN. É que esta definição não tem o condão de abarcar toda e qualquer obrigação que se lhe ajuste. Como já decidiu essa Suprema Corte, em voto do Exmo. Sr. Min. Francisco Rezek, ao definir, após intensos debates, a natureza não tributária do PIS, "o fato de o Estado tomar das pessoas determinada soma em dinheiro, e de o fazer compulsivamente, por força de lei, não é bastante para conferir natureza tributária a tal fenómeno" (RE nº 148.754/RJ, in RTJ 150/888).

RE 228800/DF

Assim definida a natureza da compensação financeira, não se vê inconstitucionalidade das Leis n°s 7.990/89 e 0.001/90 em relação ao arts. 20, § 1º, da CF/88, ao se adotar o critério "de até 3% (três por cento) sobre o faturamento líquido resultante da venda do produto mineral", posto que a CFEM, assim posta, está vinculada à exploração dos minerais, como reza o texto constitucional. A Carta Magna não definiu os elementos da compensação financeira, deixando tal disciplinamento a cargo da legislação ordinária, e o legislador, no exercício de sua competência, optou pela incidência da referida alíquota sobre o faturamento obtido com a venda do mineral extraído. Desta forma, não se cuidando, na hipótese, de imposto ou qualquer outra cobrança assemelhada a tributo, inaplicáveis são os arts. 154, I, e 155, § 3º, da CF/88.

É o relatório.



25/09/2001

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 228.800-5 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator): O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da *participação nos resultados* ou da *compensação financeira* cogitadas.

A disciplina da matéria, de modo significativo, não se encontra no capítulo do sistema tributário, mas em parágrafo do art. 20 da Constituição, que trata dos bens da União, a evidenciar a natureza *patrimonial* da receita a auferir.

Por outro lado, diferentemente do que ocorre em relação aos impostos - espécie tributária não-vinculada a qualquer contraprestação estatal -, tanto a participação nos resultados como a CFEM têm a sua *causa* - direta ou indireta, como se verá - na exploração de recursos hídricos, para fins de geração de energia elétrica, e minerais - bens integrantes do patrimônio da União (CF, art. 20, VIII e IX).

Com razão, desse modo, a decisão recorrida e o parecer do Ministério Público, ao afirmarem o caráter não tributário das receitas previstas no art. 20, § 1º, da Constituição.

Tenho, no entanto, que a obrigação instituída pela L. 7.990/89 não corresponde ao modelo constitucional.

Essa compensação financeira há de ser entendida em seu sentido vulgar de *mecanismo destinado a recompor uma perda*, sendo,



RE 228800-5 - DF

pois, essa perda, o pressuposto e a medida da obrigação do explorador.

A que espécie de perda, porém, se refere implicitamente a Constituição?

Não, certamente, à perda dos recursos minerais em favor do explorador, pois, nesse caso, a compensação financeira, para compensá-la efetivamente, haveria de corresponder à totalidade dos recursos minerais explorados - o que inviabilizaria a sua exploração econômica privada. Nem corresponde, muito menos, à "perda" dos potenciais de energia elétrica, que, sendo inesgotáveis, não sofrem qualquer diminuição ao serem explorados. Em todo caso, não seria lógico compensar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pela perda de bens que não lhes pertencem, mas exclusivamente à União.

A compensação financeira se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera.

Com efeito, a exploração de recursos minerais e de potenciais de energia elétrica é atividade potencialmente geradora de um sem número de problemas para os entes públicos, especialmente para os municípios onde se situam as minas e as represas. Problemas ambientais - como a remoção da cobertura vegetal do solo, poluição, inundação de extensas áreas, comprometimento da paisagem e que tais -, sociais e econômicos, advindos do crescimento da população e da demanda por serviços públicos.

Além disso, a concessão de uma lavra e a implantação de uma represa inviabilizam o desenvolvimento de atividades produtivas na superfície, privando Estados e Municípios das vantagens delas decorrentes.

Pois bem. Dos recursos despendidos com esses e outros efeitos da exploração é que devem ser compensadas as pessoas referidas no dispositivo.

Se assim é, não se justifica que o valor a ser pago a título de compensação financeira seja fixado em função do faturamento, que nada tem a ver com as perdas a que alude implicitamente o art. 20, § 1º, da Constituição.

Daí não advém, entretanto, a inconstitucionalidade da cobrança questionada.

Na verdade - na alternativa que lhe confiara a Lei Fundamental - o que a L. 7.990/89 instituiu, ao estabelecer no art. 6º que "a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral", não foi verdadeira compensação financeira: foi, sim, genuína "participação no resultado da exploração", entendido o resultado não como o lucro do explorador, mas como aquilo que resulta da exploração, interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, § 1º, e a do art. 176, § 2º, da Constituição, verbis:

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

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

Nada importa que - tendo-a instituído como verdadeira "participação nos resultados" da exploração mineral, a lei lhe haja



RE 228800-5 - DF

emprestado a denominação de "*compensação financeira*" pela mesma exploração - outro termo da alternativa posta pelo art. 20, § 1º, da Constituição: cuidando-se de obrigação legal, de fonte constitucional, ainda que não seja tributo, é dado transplantar, *mutatis mutandis* para identificar a natureza da CFEM, a regra de hermenêutica do art. 4º, I, CTN, que adverte da irrelevância da denominação dada à exação.

Impressiona a alegação de incompatibilidade com o art. 20, § 1º, CF, da eventual destinação da receita a Estado ou Município diverso do local da extração do minério; mas, além de não parecer unívoca essa interpretação da lei, é tema sem interesse para o deslinde desta causa.

Manifesto, por fim, o descabimento do RE pela letra **c**: não há lei local em causa.

Não conheço do recurso e rejeito a arguição de inconstitucionalidade do art. 6º da L. 7990/89, assim como da L. 8001/90, que lhe define os percentuais: é o meu voto.

EBS/



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 228.800-5

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE

RECTE. : MINERAÇÃO TABOCA LTDA

ADVDS. : LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTROS

RECDA. : UNIÃO

ADV. : PFN - WILSON JOSÉ ZANLORENZI

RECDO. : ESTADO DO AMAZONAS

ADV. : PGE-AM - ELSON ANDRADE

RECDO. : MUNICÍPIO DE PRESIDENTE FIGUEIREDO

ADVDA. : DANIELLE VASCONCELOS CORRÊA LIMA

Decisão: A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime. Falou, pela recorrente, o Dr. Leandro Teles Correia e pela Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, a Dra. Sandra Maria do Couto e Silva. 1ª. Turma, 25.09.2001.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.


Ricardo Dias Duarte
Coordenador