

DIREITO DA MINERAÇÃO

questões minerárias,
ambientais
e tributárias

[Coords.]

Marcelo Azevedo
Paulo Honório de
Castro Júnior
Tiago de Mattos
William Freire

DIREITO DA MINERAÇÃO

questões minerárias,

ambientais

e tributárias

Marcelo Azevedo

Paulo Honório de
Castro Júnior

Tiago de Mattos

William Freire

[Coords.]



Copyright © 2017, D'Plácido Editora.
Copyright © 2017, Os autores.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Letícia Robini de Souza

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva
Christiane Morais de Oliveira

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida,
por quaisquer meios, sem a autorização
prévia do Grupo D'Plácido.

Catálogo na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

Direito da mineração: questões minerárias, ambientais e tributárias. FREIRE, William; AZEVEDO, Marcelo; HONÓRIO, Paulo; MATTOS, Tiago de [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-XXX-X

1. Direito Ambiental. I. Título. II. Autores

CDU 349

CDD 341.347

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



CFEM E MANIFESTO DE MINA: um estudo de caso

26

*Paulo Honório de Castro Júnior¹
Tiago de Mattos Silva²*

1. Introdução

Os mineradores titulares de Manifesto de Mina ajuizaram ações perante o Poder Judiciário, pleiteando a declaração da não incidência da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM sobre a sua atividade econômica.

Em suas ações, demonstraram que, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 228.800/DF³, ao afastar a natureza tributária da CFEM, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence utilizou dois argumentos: (i) a regra de competência para a instituição da CFEM (art. 20, §1º, da CR/88) está em parágrafo do artigo da Constituição que trata dos bens da União; e (ii) a CFEM tem sua causa na exploração de recursos minerais, integrantes do patrimônio da União.

¹ Presidente do Instituto Mineiro de Direito Tributário – IMDT. Pós-Graduado pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Coordenador e professor em cursos de pós-graduação e extensão em Direito Tributário. Advogado.

² L.L.M em andamento no Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy – CEPMLP, Universidade de Dundee/Escócia. Mestre em Sustentabilidade Sócio-econômica e Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP. Coordenador e professor da Pós-Graduação em Direito Minerário no CEDIN e em outros cursos de pós-graduação e extensão em Direito Minerário. Advogado.

³ Decisão judicial que consagrou a constitucionalidade da CFEM no ordenamento jurídico brasileiro, atribuindo-lhe, definitivamente, a natureza de receita patrimonial da União.

Portanto, no presente trabalho, investigaremos a hipótese de que, se a CFEM é a uma receita patrimonial, conforme já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, e se os titulares de Manifesto de Mina exploram recursos minerais de sua propriedade, não estariam sujeitos ao pagamento de CFEM, eis que não existe propriedade estatal.

A análise aqui será feita com base em estudo de caso. Selecionamos o Mandado de Segurança nº 0014384-51.2001.4.01.3400, no qual foi interposto Recurso de Apelação pelo minerador, desprovido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, estando pendente o juízo de admissibilidade relativo aos Recursos Especial e Extraordinário.

Referido caso foi selecionado por, possivelmente, ter sido o único julgado em segunda instância, e no qual foram analisadas todas as questões relevantes que envolvem o assunto subjacente.

2. Breves comentários introdutórios sobre a natureza jurídica do Manifesto de Mina

Antes de entrar em cheio no tema, cumpre traçar breves comentários introdutórios a respeito da natureza jurídica desta espécie de Direito Minerário. O Manifesto de Mina constitui Direito Minerário decorrente dos regimes constitucionais de 1891 e 1934, cuja natureza jurídica implica o direito de o particular realizar a atividade de lavra independentemente de concessão por parte da União, por ser proprietário da jazida mineral.

É que a Constituição de 1891 consagrou o regime de acessão, segundo o qual *o proprietário do solo também detém a propriedade dos recursos minerais ali existentes*. Considerando que a Constituição de 1934 separou a propriedade do solo da do subsolo, *e preservou o direito consumado dos mineradores que já realizavam a atividade de lavra das jazidas de sua propriedade*, o Código de Minas do mesmo ano criou a figura do Manifesto de Mina, enquanto Direito Minerário representativo do direito do particular – já existente, tão somente ratificado pelo novo sistema jurídico – ao aproveitamento econômico das jazidas minerais *de sua propriedade*.

Adveio o Código de Mineração de 1967 (atualmente em vigor), que manteve a distinção entre as Minas Concedidas e as Minas Manifestadas:

“Art. 6º. Classificam-se as minas, segundo a forma representativa do direito de lavra, em duas categorias:

I - mina manifestada, a em lavra, ainda que transitoriamente suspensa a 16 de julho de 1934 e que tenha sido manifestada na conformidade do art. 10 do Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934, e da Lei nº 94, de 10 de dezembro de 1935;

II - mina concedida, quando o direito de lavra é outorgado pelo Ministro de Estado de Minas e Energia”.

Nesse sentido, a lição de Silvia Helena Serra e Cristina Campos Esteves⁴:

“O art. 6º do Código de Mineração estabelece que as minas classificam-se, segundo a forma representativa do direito de lavra, em duas categorias: a mina manifestada e a mina concedida.

A mina concedida é aquela cujo direito de lavra é obtido por meio de outorga do Poder Público.

Já a mina manifestada é remanescente do regime jurídico anteriormente vigente no Brasil.

O sistema dominial, segundo o qual os recursos minerais constituíam propriedade do Estado vigorou praticamente desde a independência do Brasil, tendo sido substituído pelo sistema fundiário ou de acessão, pela Constituição de 1891, inspirada nos princípios liberais e individualistas difundidos pela Revolução Francesa.

De acordo com o regime de acessão, o dono do solo é dono do subsolo, sendo a substância mineral considerada acessória da superfície.

A Constituição de 1934, por sua vez, separou novamente as propriedades do solo e as riquezas do subsolo, determinando que, ainda que de propriedade privada, as minas e jazidas minerais dependeriam de autorização ou de concessão federal.

Segundo o Código de Minas do mesmo ano, *as jazidas conhecidas continuariam pertencentes ao proprietário do solo, mantendo-as no domínio privado desde que fossem manifestadas e regularmente registradas*. Quanto às jazidas desconhecidas, quando descobertas, seriam incorporadas ao patrimônio da Nação.

⁴ SERRA, Silvia Helena; ESTEVES, Cristina Campos. **Mineração: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

O manifesto de mina, dessa forma, passou a ser o título representativo da propriedade sobre a mina, garantido pela nova ordem jurídica, em observância ao direito adquirido”. – (grifou-se).

Feitos os presentes comentários introdutórios, analisaremos o caso selecionado para estudo e a forma como ele foi julgado pelo TRF da 1ª Região.

3. O Mandado de Segurança nº 0014384-51.2001.4.01.3400

A ação mandamental selecionada foi ajuizada perante a 9ª Vara, da Seção Judiciária do Distrito Federal. O minerador arguiu, na inicial, que a jazida sob exploração econômica é de sua propriedade. Dessa forma, não haveria qualquer contraprestação a ser paga à União, pela exploração de recursos minerais que não lhe pertencem.

A sentença, lacônica e obscura, não será comentada neste trabalho.

O Recurso de Apelação do minerador foi desprovido pela 7ª Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Acórdão⁵ publicado em 14.03.2014, sob os seguintes fundamentos:

FUNDAMENTOS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL⁶

(i) Tendo a Constituição determinado que os recursos minerais pertencem à União (arts. 20, IX e 176), não seria possível reconhecer o direito do minerador à propriedade das jazidas que explora, por força da máxima de que *inexiste direito adquirido contra a Constituição*, ainda que este direito de propriedade tenha se consumado na vigência da Constituição de 1891, sendo expressamente reconhecido pela Constituição e Código de Minas de 1934.

(ii) A CFEM teria como suposta finalidade (e esta seria sua causa de incidência) a reparação aos danos ao meio ambiente, decorrentes

⁵ Trata-se do Acórdão que rejeitou os Embargos de Declaração do minerador, encerrando a prestação jurisdicional em segunda instância quanto ao mérito.

⁶ Registre-se que, apenas no voto escrito do Juiz Relator Convocado, há um argumento tangencial – porquanto apenas vem corroborar sua posição pela aplicação ao caso da máxima de que *inexiste direito adquirido contra a Constituição* –, relativo à incidência do art. 43, do ADCT. A questão não merece nossa atenção, uma vez se tratar de dispositivo que versa sobre matéria absolutamente distinta, acerca dos efeitos de todo e qualquer Direito Minerário que permanecesse inativo por determinado período após a promulgação da CR/88.

da exploração de recursos hídricos e minerais, os quais são causados independentemente de a mina ser concedida ou manifestada.

FUNDAMENTO DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL

O art. 7º, do Código de Mineração, dispõe que as minas manifestadas (previstas no art. 6º do mesmo Diploma Legal) estão sujeitas às mesmas condições que o referido Código estabelece para lavra, *tributação* e fiscalização das minas concedidas.

Para elucidar os pontos resumidos acima, vale conferir alguns trechos do Acórdão:

“Antes da Constituição de 1988, seria até possível argumentar que as minas manifestadas constituiriam propriedade particular e que, portanto, estariam livres do pagamento de uma obrigação devida pela utilização de bem de terceiro (a União) [...], devendo nesses casos, eventual retomada das minas pela União retomada por meio de desapropriação. Mas tais argumentos, independentemente do brilhantismo de seus expositores, não se sustentam frente a clareza da Constituição de 1988.

Sobre a matéria assim dispõe a Constituição Federal de 1988 em seus artigos 20, IX, 176 [...].

Assim, a partir de 1988, pode-se claramente distinguir a propriedade dos recursos minerais da propriedade do solo ou subsolo que os alberga. A propriedade dos recursos será sempre da União, assegurando-se a quem a extrai o produto da lavra e a quem pertence o solo uma participação no resultado financeiro da lavra. Desta forma, inelutavelmente, os particulares que exploram jazidas minerais, mesmo que possuam o solo que alberga tais recursos minerais não serão proprietários destes, ou seja, destas minas.

Desta forma, os recursos minerais existentes em solo pátrio a partir da Constituição de 1988 passaram a pertencer à União sem qualquer exceção, inclusive quanto à chamada mina manifestada [...]. Entender diversamente conduziria à conclusão de que as mina manifestadas constituiriam um direito adquirido contra a Constituição.

[...] os preceitos do regramento constitucional antecedente não ingressam no novo sistema, nem mesmo como lei ordinárias (desconstitucionalização).

Assim, com a Constituição de 1988 os recursos minerais do solo e do subsolo do território brasileiro passaram a ser propriedade da União, não excepcionada qualquer situação (arts. 20, IX e 43 da ADCT) e a exploração dos recursos minerais dele advindos foi regulada pelo disposto no art.

176 da Carta Constitucional, de modo que a alegação de que a Impetrante detém direito adquirido aos recursos minerais existentes em sua propriedade não merece guarida, já que não há direito adquirido contra a Constituição. [...]

Por fim, frise-se que a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais, estabelecida pela Constituição de 1988, em seu Art. 20, § 1o, é devida como contraprestação pela utilização econômica de recursos minerais extraídos do território brasileiro”. – (Voto do Sr. Juiz Federal Relator Alexandre Buck Medrado Sampaio).

“O art. 20 da CF estabelece que são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo. O art. 176, por sua vez, dispõe que 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.

Como bem assentado pelo relator, e na linha da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito, como é o caso da propriedade. Assim, uma vez que, desde a Constituição de 1934, a propriedade do solo é distinta da do subsolo, que e as jazidas e demais recursos minerais foram atribuídos ao patrimônio da União, descabe falar em direito adquirido dos impetrantes à propriedade do subsolo a eles outorgada pelo regime constitucional anterior. Em outras palavras: não existe direito adquirido inconstitucional.

Nessas circunstâncias, o fato de se tratar de mina manifestada se presta apenas para assegurar o direito à exploração, independentemente da concessão do Governo Federal, mas não o direito à mina. [...]

Ainda que assim não fosse, entendo que não se sustenta a tese de que, por se tratar a CFEM de uma receita patrimonial, não poderia ela ser exigida das minas manifestadas. Isso porque, nos termos do dispositivo acima transcrito, elas se sujeitam às mesmas condições estabelecidas para a lavra, tributação e fiscalização das minas concedidas. Além disso, a referida compensação tem como objetivo a reparação dos danos ao meio ambiente decorrentes da exploração de recursos hídricos e minerais — os quais, evidentemente, são causados independentemente de a mina caracterizar-se como concedida ou manifestada.

Tal fato, inclusive, não passou despercebido no voto proferido pelo ministro Sepúlveda Pertence nos autos do RE 228.800/DF (DJU de 25/9/2001), que assentou a natureza patrimonial da receita auferida pela aludida compensação [...]” – (Voto da Desembargadora Revisora Maria do Carmo Cardoso).

Delimitado o objeto do caso selecionado para investigação do tema, adentraremos na sequência aos aspectos centrais do estudo.

4. A máxima de que inexistente direito adquirido contra a Constituição não é aplicável ao caso selecionado. Violação ao direito de propriedade, consumado na vigência da Constituição de 1891

A máxima de que não há direito adquirido contra a Constituição não é aplicável ao caso selecionado. Analisada de forma geral, essa afirmação é correta, tendo em vista a eficácia imediata das normas constitucionais e sua máxima efetividade.

Entretanto, o estudo minucioso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema demonstra que é preciso cautela na aplicação da máxima de que *não há direito adquirido contra a Constituição*. Esta deve ser compatibilizada, caso a caso, com a necessária proteção às situações jurídicas consolidadas no tempo, como imperativo do sobreprincípio da segurança jurídica.

É que a expressão *direito adquirido* é utilizada pela jurisprudência do STF para se referir tanto a direito consumado (ato jurídico perfeito), como, em outras oportunidades, a direito adquirido em sentido estrito⁷. Todavia, não se pode desprezar as consideráveis diferenças entre uma coisa e outra.

No direito adquirido em sentido estrito, o fato aquisitivo já se completou, mas o efeito previsto na norma jurídica ainda não foi produzido, por exemplo, porque a norma jurídica ainda não foi aplicada.

⁷ “É certo que, a despeito dessa formal tripartição, o conceito central é o conceito de direito adquirido, nele estando contemplados de alguma forma tanto a ideia de ato jurídico perfeito como a de coisa julgada”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 450.

Já no direito consumado, o fato aquisitivo se completou e o efeito previsto na norma já se produziu integralmente, não se podendo cogitar de nenhuma espécie de retroação. Veja-se, a respeito, a lição do Ministro Luís Roberto Barroso⁸:

“O direito adquirido pode ser mais bem compreendido se extremado de duas outras categorias que lhe são vizinhas, a saber: a expectativa de direito e o direito consumado. Com base na sucessão de normas no tempo e na posição jurídica a ser desfrutada pelo indivíduo em face da lei nova, é possível ordenar esses conceitos em sequência cronológica: em primeiro lugar tem-se a expectativa de direito, depois o direito adquirido e, por fim, o direito consumado. A expectativa de direito identifica a situação em que o ciclo de eventos previstos para aquisição do direito já foi iniciado, mas ainda não se completou no momento em que sobrevém uma norma alterando o tratamento jurídico da matéria. [...]

Na sequência dos eventos, direito adquirido traduz a situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes. Nessa hipótese, a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu sua formação, nada obstante a existência da lei nova. Por fim, o direito consumado descreve a última das situações possíveis – quando não se vislumbra mais qualquer conflito de leis no tempo –, que é aquela na qual tanto o fato aquisitivo como os efeitos já se produziram normalmente. Nessa hipótese, não é possível cogitar de retroação alguma.

De modo esquemático, é possível retratar a exposição desenvolvida na síntese abaixo:

- a) Expectativa de direito: o fato aquisitivo teve início, mas não se completou;
- b) Direito adquirido: o fato aquisitivo já se completou, mas o efeito previsto na norma ainda não se produziu;
- c) Direito consumado: o fato aquisitivo já se completou e o efeito previsto na norma já se produziu integralmente.”

Ou seja, na hipótese de direito consumado (*ato jurídico perfeito*), em que o fato aquisitivo ocorre por inteiro na vigência de determi-

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 207-208.

nada ordem constitucional, aperfeiçoando-se com o ato de aplicação e criação da norma individual e concreta, não é possível cogitar de retroação alguma.

Essa é a hipótese aqui verificada, em que o direito de propriedade dos mineradores sobre a jazida que explotam se efetivou e se consumou integralmente na vigência da Constituição de 1891. Esse direito de propriedade foi inclusive expressamente confirmado pela Constituição e pelo Código de Minas de 1934, que criou o instituto do Manifesto de Mina justamente para proteger o direito de propriedade que se aperfeiçoou na vigência da Constituição anterior, e que foi novamente confirmado pelo vigente Código de Mineração de 1967, integralmente recepcionado pelo Constituição de 1988.

Há consenso na doutrina a respeito do direito consumado do titular de Manifesto de Mina à propriedade da jazida. Nesse sentido, a lição de William Freire⁹:

“Pelo Manifesto, a mina manteve todos os atributos inerentes à propriedade civil plena. Por isso, os princípios constitucionais que regem o direito de propriedade deverão ser respeitados pela legislação ordinária, civil e minerária. [...]. A Constituição de 1988, seguindo a tradição das Cartas anteriores, manteve a orientação no sentido de que mina regularmente manifestada constitui propriedade particular daquele para quem foi manifestada”.

No mesmo sentido ensinam Silvia Helena Serra e Cristina Campos Esteves¹⁰: “O manifesto de mina, dessa forma, passou a ser o título representativo da propriedade sobre a mina, garantido pela nova ordem jurídica, em observância ao direito adquirido.”

Como bem asseverado pelo Ministro Gilmar Mendes¹¹, “A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos”.

⁹ FREIRE, William. **Natureza jurídica do Consentimento para Pesquisa Mineral, do Consentimento para Lavra e do Manifesto de Mina no Direito Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Mineira, 2005, pág. 141-144.

¹⁰ SERRA, Silvia Helena; ESTEVES, Cristina Campos. **Mineração: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial**. São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 59.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, pág. 427.

Se é certo que o direito de propriedade pode sofrer conformações e até mesmo restrições, por exemplo, em razão da necessária observância à sua função social, *também é certo que o núcleo essencial do direito de propriedade é imutável*, sob pena de expropriação sem justa indenização. Restrição não pode ser confundida com expropriação.

Todas as exceções à proteção ao núcleo essencial do direito de propriedade foram *expressamente* previstas pela Constituição de 1988 e, todas elas, com alta carga axiológica. Como exemplo, cite-se o art. 17, do ADCT¹² e o art. 231, §6^{o13}, com base no qual o STF tem declarado nulos e extintos, sem qualquer efeito jurídico, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios¹⁴.

Ou seja, ainda que se admita que a nova ordem constitucional possa retroagir para desconstituir direitos consumados na vigência de outra Constituição, por força da máxima de que *não existe direito adquirido contra a Constituição*, é preciso que haja expresso comando constitucional que assim determine.

Se os arts. 20, IX e 176, da Constituição de 1988, atribuíram a propriedade dos recursos minerais à União, sem dispor em momento algum acerca das jazidas descobertas na vigência da Constituição de 1891 e Código de Minas de 1934, a interpretação juridicamente adequada é a que confere coexistência harmônica entre os dois regimes,

¹² “Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

¹³ “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé”.

¹⁴ “Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF)”. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010.

inclusive por força da recepção do art. 6º, do Código de Mineração, que expressamente aduz à existência das minas manifestadas, de propriedade privada, e minas concedidas, de propriedade da União.

É ver a lição de José Adércio Leite Sampaio¹⁵:

“O Supremo Tribunal Federal tem afirmado que as normas constitucionais podem alcançar fatos consumados no passado, se expressamente assim dispuserem. Um exemplo claro dessa retroatividade expressa pode ser encontrado, hoje, no artigo 17 do ADCT, não podendo contra ele ser oposto o princípio da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito; outro exemplo é o do artigo 231, § 6º, que declara nulos e extintos, sem qualquer efeito jurídico, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios [...]”.

A Constituição tem poder para tudo, afirmou o Ministro Thompson Flores, no RE nº 74.284¹⁶, “*imposta pelo Direito Revolucionário, poderia desfazer o direito adquirido. [...] Carecia, todavia, para fazê-lo, tornar expresso que assim o dispunha*”. Do mesmo modo, o Ministro Aliomar Baleeiro não deixou em meias palavras: “*aceito que uma Constituição pode fazer do quadrado redondo, do branco preto, segunda a velha fórmula dos juristas antigos, mas é preciso que o faça expressamente, sobretudo se essa Constituição [...] consagrou expressamente [...] o direito adquirido, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito*”.

No RE 82.684¹⁷, o Ministro Xavier de Albuquerque fez um balanço da jurisprudência do STF até a data em que proferira seu voto, em março de 1979:

“O que me pareceu resultar da orientação do Tribunal foi que ele opõe certa reserva a essa afirmação apodítica de que não há direito adquirido contra a Constituição. O que o Tribunal entendeu [...] é que, quando a Constituição quer, efetivamente, desconstituir um direito adquirido

¹⁵ SAMPAIO, José A. L. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pág. 201-202.

¹⁶ RE 74284, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 28/03/1973, DJ 29-06-1973.

¹⁷ RE 82684, Relator(a): Min. CUNHA PEIXOTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 31/05/1979.

anteriormente à sua vigência, ela o diz expressamente. Caso contrário, devem conciliar-se as restrições, que ela acaso impõe, com a garantia, que ela concomitantemente dá, do direito adquirido.”

Essa orientação do Supremo Tribunal Federal não sofreu alterações na vigência da Constituição de 1988.

Diferentemente do exposto pelo TRF da 1ª Região ao julgar o tema, a moderna doutrina e jurisprudência constitucionais não mais admitem a ideia de que o poder constituinte seria um poder ilimitado. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico, havendo direitos fundamentais intangíveis, pela sua essencialidade, *como o direito de propriedade*, que devem ser preservados. Exceções a essa regra são admitidas e já foram demonstradas aqui, porém, foram expressamente consignadas no Texto Constitucional.

Nesse sentido, ensina Maria Coeli Simões Pires¹⁸:

“nem sempre será incondicionado o campo de disponibilidade do constituinte originário, já que há direitos fundamentais intangíveis, pela sua essencialidade e pela sua relação direta com as máximas da liberdade e da igualdade, e, assim, excluídos do alcance desse.”

Não difere do exposto a lição do Ministro Luís Roberto Barroso¹⁹:

“Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta na sua legitimidade, não há como imaginá-lo como um poder ilimitado. O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de Direito que traz em si. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico, nem existe norma constitucional autônoma em relação à realidade. O poder constituinte, portanto, é também um poder de Direito. Ele está fora e acima do Direito posto preexistente, mas é limitado pela cosmovisão da sociedade – suas concepções sobre ética, dignidade humana, justiça, igualdade, liberdade – e pelas instituições jurídicas neces-

¹⁸ PIRES, Maria C. S. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 325.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

sárias à sua positivação. Fora daí pode haver dominação e outorga, mas não constitucionalismo democrático.”

A questão da máxima que proclama *não haver direito adquirido contra a Constituição* foi analisada pelo STF em algumas oportunidades após 1988. Vejamos alguns exemplos.

Logo em 1993, o STF julgou o RE nº 157.538/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, que analisou a questão da ascensão funcional sem concurso público, no contexto em que o ato administrativo que determinou a investidura no novo cargo ocorrera já na vigência da Constituição de 1988.

Como o ato de aplicação do direito, ou seja, *da criação da norma individual e concreta*, se deu na vigência da nova Constituição, que não autoriza ascensão funcional sem concurso público (sendo a Constituição de 1988 o suporte de validade da norma individual e concreta e não a Constituição anterior), o Min. Moreira Alves afirmou que *não há direito adquirido contra a Constituição*. Portanto, naquele julgamento, analisou-se caso de direito adquirido em sentido estrito, tendo em vista que *o ato de aplicação do direito* não ocorreu na vigência da Constituição anterior, mas na vigência da Constituição de 1988:

“nem sequer o provimento do recurso administrativo ocorreu antes da entrada em vigor da atual Constituição, uma vez que o julgamento do Conselho de Recursos Administrativos dos Servidores do Estado (órgão da Secretaria de Estado de Administração) se deu em sessão realizada em 16 de dezembro de 1988 (fls. 51), mais de dois meses depois da vigência do texto constitucional federal.”

Em 2002, no julgamento do RE nº 219.434/DF, novamente relatado pelo Ministro Moreira Alves, o STF analisou se, na vigência da Constituição de 1988, seria possível reconhecer que houve relação de emprego entre engenheiro e uma empresa pública, eis que, à época, a Constituição de 1967 não exigia concurso público para essa situação. A conclusão foi inequívoca:

“se é certo que a Carta Magna tem aplicação imediata, e, portanto, é retroativa em grau mínimo (daí dizer-se que não há direito adquirido contra a Constituição), também é certo que, salvo quando ela expressamente o declara, não

atinge ela, para desconstituí-los, fatos ocorridos no passado, como salienta ROUBIER [...] ao observar que, ‘se, por exemplo, uma lei muda as condições do recrutamento de certas funções públicas, essa lei não terá efeito em face dos funcionários já nomeados, mas terá efeito imediato para todas as nomeações ulteriores’.”

Nesse caso, o STF estava claramente diante de *direito consumado* (ato jurídico perfeito), hipótese em que, via de regra, a máxima de que não há direito adquirido contra a Constituição *não se aplica*.

Considerando que o direito dos mineradores titulares de Manifesto de Mina à propriedade da jazida que exploram se consumou definitivamente na vigência da Constituição de 1891 e do Código de Minas de 1934, não há que se falar, nesse caso, em direito adquirido contra a Constituição. Trata-se apenas de dar efetividade ao princípio *tempus regit actum*, protegendo o núcleo essencial do direito de propriedade, tal como disposto na própria Constituição de 1988, em seu art. 5º, *caput* e XXII.

Como recurso didático, importa diferenciar a situação analisada de uma outra hipotética, a qual, caso fosse verificada, realmente poderia ensejar a invocação da inexistência de direito adquirido contra a Constituição. Caso a hipótese aqui tratada fosse de propriedade de imóvel na vigência da Constituição de 1891, *com o descobrimento de jazida mineral já na vigência da Constituição de 1988*, não haveria qualquer direito à propriedade particular dessa jazida, sob o fundamento de que, em 1891, a propriedade do solo se confundia com a propriedade dos recursos minerais.

O essencial é verificar qual a ordem constitucional vigente no momento do ato de aplicação do direito, eis que essa Constituição será o suporte de validade para a criação da norma individual e concreta: se a Constituição de 1988 é a vigente, que atribui à União a propriedade dos recursos minerais, toda e qualquer jazida *descoberta* na sua vigência pertence à União.

Mas, no caso, no momento em que fora descoberta a jazida mineral, era vigente a Constituição de 1891, que não distinguia a propriedade do solo da dos recursos minerais. Por isso é que o direito de propriedade dos mineradores titulares de Manifesto de Mina à jazida que exploram se consumou integralmente no passado, não havendo qualquer possibilidade de retroação da nova ordem constitucional, eis que inexistente norma expressa nesse sentido.

O quadro abaixo ilustra a jurisprudência do STF após 1988 acerca da máxima da inexistência de direito adquirido contra a Constituição, e demonstra o cuidado que impõe sua aplicação, mediante a verificação, caso a caso, de qual a espécie de direito existente:

STF - Análise da questão do "direito adquirido" em face da nova ordem constitucional					
Processo	Data	Relator	Objeto	Espécie de direito	Decisão
RE 157.538/RJ	22.06.1993	Min. Moreira Alves	Ascensão funcional sem concurso público	Direito adquirido	Não há direito adquirido contra a CR. O provimento do recurso administrativo (aplicação do direito) do recorrente se deu já na vigência da CR/88
ADI 248/RJ	18.11.1993	Min. Celso de Mello	Ascensão funcional sem concurso público	Direito adquirido	Não há direito adquirido contra a CR. O ADCT da Constituição Estadual autorizava a transferência e ascensão de cargos públicos de acordo com o regime constitucional anterior, sem concurso público. Mas a aplicação do direito ocorreria na vigência da CR/88
RE 182.641/SP	22.08.1995	Min. Octavio Gallotti	Investidura na titularidade de serventia sem concurso público	Direito adquirido	Não há direito adquirido contra a CR. Apesar de ter preenchido o tempo de serviço (art. 208, CR/67), a vacância ocorreu na vigência da CR/88 (época da aplicação do direito)
RE 172.082/PA	12.12.1995	Min. Celso de Mello	Equiparação salarial, com base norma editada e revogada na vigência da CR/67, além de ter sido considerada inconstitucional na ADI 159/PA	Direito inexistente	A questão foi resolvida antes da vigência da CR/88 (revogação e declaração de inconstitucionalidade). É, ainda que assim não fosse, o art. 17, do ADCT da CR/88 expressamente determina a redução dos proventos de aposentadoria aos limites por ela determinados, de modo que não há direito adquirido contra a CR
CC 6.967/RJ	01.08.1997	Min. Sepúlveda Pertence	Conflito de competência entre Justiça do Trabalho e Justiça Comum	Direito consumado	O art. 114 da CR/88 determina a competência da Justiça do Trabalho para julgar demandas de Sindicato. Porém, em que pese ter eficácia imediata, só se aplicaria a situações passadas se houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido. Mantida a competência da Justiça Comum
AGRE 227.030/RJ	11.05.1999	Min. Carlos Velloso	Ascensão funcional sem concurso público	Direito consumado	A CR/67 só exigia concurso público para a primeira investidura. Direito aplicado e aperfeiçoado antes da CR/88. Impossibilidade de retroação da nova ordem constitucional
RE 219.434/DF	27.08.2002	Min. Moreira Alves	Empresa pública. Reconhecimento de relação de emprego na vigência da CR/67, quando inexistia exigência de concurso público	Direito consumado	Relação de emprego existente (direito aplicado e consumado) antes da CR/88, quando não se exigia concurso público para o ingresso em empresa pública. Em que pese a CR/88 ter eficácia imediata, só se aplicaria a situações passadas se houvesse expressa disposição constitucional nesse sentido
MS 28.279/DF	16.12.2010	Min. Ellen Gracie	Investidura na titularidade de serventia sem concurso público	Direito adquirido	Não há direito adquirido contra a CR. A vacância ocorreu na vigência da CR/88 (época da aplicação do direito)

Além disso, destaca-se que, no Brasil, o núcleo essencial do direito de propriedade apenas foi afetado por nova norma, sem justa indenização, no caso da abolição da escravatura. Ou seja, em verdadeira revolução, operada inclusive por norma infraconstitucional, apenas justificada pelo evidente abuso que era o regime escravocrata. Situação essa que não pode ser comparada, de modo algum, à opção política do Constituinte de 1988 (repetindo a opção de 1934) pela atribuição da propriedade dos recursos minerais à União.

O TRF da 1ª Região, ao asseverar que os mineradores titulares de Manifesto de Mina, a partir de 1988, não seriam mais proprietários

da jazida que exploram, está a admitir verdadeira expropriação do patrimônio particular, sem respaldo constitucional.

O direito dos mineradores ao reconhecimento de que são efetivamente proprietários dos recursos minerais que exploram é um imperativo também do sobreprincípio da segurança jurídica. O fato jurídico correspondente à atribuição de propriedade da jazida se deu há mais de 70 anos.

Não é concebível sustentar que, a partir de 1988, tais mineradores teriam sofrido a expropriação do seu patrimônio imobiliário, de forma tácita, sem nenhum ato administrativo formal, e sem qualquer previsão legal ou constitucional de indenização, porque isso violaria de modo absurdo a confiança que se deve preservar quanto ao passado (princípio da proteção da confiança).

A jurisprudência do STF demonstra que o longo transcurso do tempo tem o condão até mesmo de legitimar situações que, em essência, seriam inconstitucionais. É o caso do julgamento do MS nº 22.357/DF, de 27.05.2004, Relator Min. Gilmar Mendes, que julgava contratações feitas pela INFRAERO sem concurso público:

“Observa-se que mais de 10 anos já se passaram em relação às contratações ocorridas entre janeiro de 1991 e novembro de 1992, restando constituídas situações merecedoras de amparo.

Dessa forma, meu voto é no sentido do deferimento da ordem, tendo em vista as específicas e excepcionais circunstâncias do caso em exame. E aqui considero, sobretudo: a boa-fé dos impetrantes; a existência de processo seletivo rigoroso e a contratação conforme o regulamento da Infraero; a existência de controvérsia, à época da contratação, quanto à exigência de concurso público [...]; o longo período de tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa-fé.”

No mesmo sentido, o voto do Min. Celso de Mello no julgamento do RE nº 601.215/DF, de 06.03.2012:

“A fluência de tão longo período de tempo culmina por consolidar justas expectativas no espírito dos cidadãos e, também, por inculcar, neles, a confiança de que serão satisfeitas as suas pretensões, inclusive as de natureza creditória, contra os entes estatais, não se justificando – ante a plena

legitimidade do direito que resulta de tais circunstâncias – a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público (e, também, de direito privado) entre o cidadão, de um lado, e o Poder Público, de outro.

[...]

A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Judiciário não pode ficar alheio, como resulta da jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal Federal.”

Conclui-se que o TRF da 1ª Região se equivocou ao considerar que a máxima de que não existe direito adquirido contra a Constituição seria aplicável ao caso em estudo, para legitimar a expropriação da jazida dos titulares de Manifesto de Mina, de forma tácita e sem justa indenização.

Além disso, por respeito ao sobreprincípio da segurança jurídica, tendo em vista o transcurso de mais de 70 anos desde o descobrimento da jazida e a obtenção do título do Manifesto de Mina pelos mineradores, o referido Tribunal deveria ter reconhecido o seu direito de propriedade sobre as jazidas que exploram.

5. Sendo a CFEM uma receita patrimonial (RE nº 228.800/DF), admitir sua incidência sobre recursos minerais privados implica desnaturar sua identidade jurídica

Como exposto na introdução deste trabalho, o STF decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 228.800/DF, que a CFEM não seria tributo porque (i) a regra de competência para a sua instituição (art. 20, §1º, da CR/88) está em parágrafo do artigo da Constituição que trata dos bens da União; e (ii) tem *sua causa* na exploração de recursos minerais, integrantes do *patrimônio da União*:

“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.

[...] a CFEM têm a sua causa [...] na exploração de recursos [...] minerais – bens integrantes do patrimônio da União”.

Se o fundamento de existência da CFEM é a exploração de um bem da União, a conclusão lógica é que, no caso do Manifesto de Mina – em que o bem não é da União, e sim do particular – não há fundamento jurídico válido a justificar a cobrança.

Se a CFEM é a uma receita patrimonial, conforme pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, isso obrigatoriamente significa que tem sua origem no patrimônio do Estado. Se os mineradores exploram recursos minerais de sua propriedade, não podem jamais se sujeitar ao pagamento de CFEM, eis que não existe propriedade estatal nessa hipótese.

Portanto, admitir a incidência dessa exação, cuja natureza é de receita patrimonial, sobre o aproveitamento econômico de recursos minerais que não pertencem à União, e sim aos mineradores – por força do ato jurídico perfeito construído nos regimes constitucionais de 1891 e 1934 –, implica desnaturar sua identidade jurídica.

Com efeito, apenas uma exação qualificada como *receita derivada* poderia incidir sobre a exploração econômica de *patrimônio privado*. Por isso, a CFEM, sendo *receita patrimonial*, apenas incide no caso de aproveitamento econômico de recursos minerais *da União*. Do contrário, sua identidade jurídica é desnaturada, de receita patrimonial para receita derivada, em violação direta à jurisprudência do STF, firmada a partir do julgamento do RE nº 228.800/DF.

Antônio Falabella de Castro corrobora o exposto²⁰:

“Decompondo-se a natureza jurídica dessa obrigação [da CFEM], conforme acima fartamente exposto, originária [...] de qualquer modo representativa de uma remuneração financeira devida à União pelo aproveitamento de bem integrante do seu patrimônio por aqueles beneficiários de títulos alcançados por um dos regimes de exploração previstos pelo Código de Mineração, chega-se à conclusão óbvia de não estarem os proprietários de minas manifestadas, sujeitos a essa obrigação. Para isso basta a observação

²⁰ CASTRO, Antonio Falabella de Castro. O Manifesto de Mina em face da Compensação Financeira (Lei n. 7.990/89). **Direito Minerário Aplicado**. SOUZA, Marcelo Gomes de (COORD.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 249.

de que o patrimônio mineral que possuem nada tem a ver com o patrimônio mineral da União [...]”

No mesmo sentido, Fernando Facury Scaff²¹:

“Ocorre que, sendo propriedade privada, essas *minas e potenciais de energia hidráulica manifestados*, remanescentes do sistema de acesso que vigorou no país até 1934 e respeitadas pela legislação posterior, devem pagar *royalties* à União?”

Entende-se que não, pois o instituto do *royalty* decorre do pagamento de uma quantia a título de preço público em face da exploração de um bem que é da União. Sendo propriedade privada, as *minas e potenciais de energia manifestados*, não há justificativa para essa exigência por parte do Poder Público.”

A mineração, enquanto atividade globalizada, calcada em institutos próprios e semelhantes em todo o mundo, tem como pressuposto da criação de participações financeiras estatais a exploração de um bem do Estado (ou de toda a coletividade). É ver a lição de James Otto²²:

“Although the structure and rates of mineral royalties vary widely internationally, most are collected for the same reason, that is, *payment to the owner of the mineral resource* in return for the removal of the minerals from the land”.
– (grifamos).

Essa passagem resume nosso argumento: o *royalty* da mineração [no Brasil, a CFEM] só é devido quando a exploração mineral é feita por sujeito diverso daquele que é proprietário do recurso mineral.

²¹ SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

²² OTTO, James. **Mining Royalties: a global study of their impact on investors, government, and civil society**. Washington, D.C: The World Bank, 2006, p. 41.

Em tradução livre:

“Embora a estrutura e as alíquotas dos royalties minerais variem bastante internacionalmente, a maioria é recolhida pela mesma razão, qual seja, pagamento ao proprietário dos recursos minerais, em contrapartida à sua extração da terra”.

6. A *causa* de uma exação não se confunde necessariamente com sua *finalidade*: a *causa* da CFEM não reside na necessidade de reparação do meio ambiente, e, sim, na exploração econômica de um bem da União

Outro fundamento invocado pelo TRF da 1ª Região para negar provimento ao Recurso de Apelação dos mineradores no caso em estudo consiste em que a CFEM teria como suposta *finalidade* a reparação de danos ao meio ambiente, decorrentes da exploração de recursos minerais – os quais seriam verificados tanto na mina concedida, como na mina manifestada. Para tanto, suscitou-se o voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RE nº 228.800/DF, que afirma que a CFEM se *vincula* aos *problemas* que gera nas searas ambiental, social e econômica.

Em primeiro lugar, não é possível equiparar, como algo necessário, a finalidade de uma exação à sua causa (ou hipótese de incidência). Por exemplo, o fato gerador (a *causa* ou hipótese de incidência) da Cofins consiste em *auferir receita*. Já sua finalidade é o *financiamento da Seguridade Social*.

O caso da CIDE-combustíveis é ainda mais nítido. Sua causa, ou fato gerador, é a realização de uma *operação mercantil de importação ou venda no mercado interno*, dos combustíveis elencados no art. 3º da Lei nº 10.336, de 2001 (gasolinas, diesel, querosenes, etc.). Já sua finalidade é a *intervenção econômica do Estado no setor de óleo e gás* (art. 177, II, “a”, da Constituição).

As únicas exceções são (i) as taxas, de polícia ou de serviço, em que a hipótese de incidência (atuação do Estado, específica e divisível) configura também a finalidade da exação (custear a atuação do Estado que motiva a incidência do tributo); e (ii) os empréstimos compulsórios.

Nem mesmo na contribuição de melhoria se pode equiparar causa e finalidade, uma vez que a obra pública não dá ensejo ao pagamento do tributo, e sim a valorização imobiliária, se existente, e na exata medida em que verificada.

Ou seja, ainda que fosse possível admitir a correção do entendimento do TRF da 1ª Região no que tange à *suposta* finalidade da CFEM, a *causa* de uma exação não tem necessária correlação com

sua *finalidade*, salvo excepcionalmente. Daí que a causa da CFEM seja o aproveitamento econômico de recursos minerais de propriedade da União – o que justifica sua natureza de receita patrimonial –; causa esta que está desvinculada da sua finalidade, como será exposto a seguir.

Por isso, o TRF da 1ª Região incorreu em erro ao equiparar a *finalidade* da CFEM à sua *hipótese de incidência*, validando a cobrança desta exação mesmo dos mineradores titulares de Manifesto de Mina, os quais, sendo titulares dos recursos minerais que exploram, não praticam o fato que *causa* a sua incidência.

A incidência da exação em estudo não tem como causa, ou seja, como hipótese de incidência, os eventuais *problemas* que gera. A sua *causa* é a *exploração econômica do patrimônio da União*, tal como expressamente afirmado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no RE nº 228.800/DF: “[...] a CFEM têm a sua causa [...] na exploração de recursos [...] minerais – bens integrantes do patrimônio da União.”

Se o fundamento de existência da CFEM é a exploração de um bem da União, a conclusão lógica é que, no caso do Manifesto de Mina – em que o bem não é da União, mas, sim, do particular – não há fundamento jurídico válido a justificar a cobrança.

Historicamente, os *royalties* da mineração no Brasil sempre estiveram fundamentados na dualidade de propriedade: ou seja, quando os recursos minerais foram de propriedade do Estado, eram devidos *royalties*; e, quando foram de propriedade privada (1891), não havia previsão de incidência. Nesse sentido, ensina o Professor Frederico Munia Machado²³:

“ao longo da história brasileira, os royalties da mineração tradicionalmente estiveram [...] vinculados à titularidade do direito de propriedade. Dessa forma, em se cuidando de jazida ou mina pública, a legislação, em regra, sempre exigiu que o minerador destinasse um royalty ao Estado.”

Portanto, o fundamento de que a incidência da CFEM teria como causa (ou hipótese de incidência) os efeitos danosos da ati-

²³ MACHADO, Frederico Munia. A Evolução Histórica da Legislação sobre os Royalties da Mineração Brasileira. In **A Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM**. SOUZA, Marcelo Gomes de (COORD.). Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 28.

vidade na seara ambiental, é contraditório em relação ao próprio precedente do STF que supostamente o embasa.

Fosse possível admitir que os eventuais *problemas* gerados pela atividade minerária sejam a causa da CFEM, isso implicaria necessariamente que o produto da arrecadação da exação fosse afetado a este mesmo fim. Ou seja, a CFEM seria uma exação *finalística*.

E isso é uma inverdade. Exceto a regra de parcial (e ínfima) destinação da receita da CFEM para o IBAMA e FNDCT – sendo que não há determinação legal para que referidos órgãos apliquem os recursos da CFEM em questões envolvendo a mineração –, inexistente vinculação dos recursos arrecadados a qualquer fim específico, desde que observada a vedação contida no art. 8º da Lei nº 7.990/89, consistente na impossibilidade de “*aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal*”.

Para comprovar o exposto, basta uma análise a respeito da destinação dada aos recursos provenientes da CFEM pelos principais Municípios mineradores do Brasil, localizados nos Estados de Minas Gerais e Pará.

Dentre os três Municípios que mais arrecadam CFEM no Brasil, destacam-se Parauapebas/PA e Nova Lima/MG, que ano a ano figuram nos primeiros lugares do *ranking* nacional, em virtude de projetos monumentais de mineração localizados nestas municipalidades.

Caso fosse verdadeira a premissa de que a CFEM deve ser paga pelos problemas que gera, sendo uma exação finalística, indaga-se qual seria a explicação lógica para os seguintes fatos²⁴:

(i) Nova Lima/MG possui o maior Índice de Desenvolvimento Humano – IDH do Estado de Minas Gerais, classificado no índice máximo (“muito alto”) pela Organização das Nações Unidas – ONU, com amplos investimentos em educação, saúde e infraestrutura urbana.

(ii) Parauapebas/PA possui o 3º IDHM do Estado do Pará, em índice classificado pela ONU como “alto”, também com relevantes investimentos em saúde, educação e infraestrutura urbana.

O exemplo de Parauapebas/PA é emblemático, sobretudo por se tratar, há anos, do principal município minerador brasileiro, em

²⁴ Vide Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil, disponível em << <http://www.atlasbrasil.org.br/2013/> >>.

virtude do Projeto Carajás, de minério de ferro. O estudo *A Importância da Compensação Financeira pela Exploração Mineral no Município de Parauapebas (PA)*²⁵, aprovado para apresentação na Sessão Pôster da Expossibram da Amazônia 2012, retrata o seguinte sobre a importância da CFEM para este Município:

“A atividade mineradora de grande porte, presente em Parauapebas, configura-se numa abundante fonte de recurso financeiro para a prefeitura local, uma vez que a principal fonte de receita municipal é oriunda da arrecadação da Compensação Financeira pela Exploração Mineral (CFEM), também chamado de royalty. Este representa um quarto da arrecadação municipal.

A ocorrência do crescimento econômico do município nos últimos anos vem se caracterizando pela melhoria de qualidade de vida da população. Os indicadores sociais mostram que o número de analfabetos no município foi reduzido significativamente”.

Em idêntico sentido, sobre o desenvolvimento de Parauapebas/PA vinculado à CFEM, é o artigo intitulado *Projetos minerais resultam em bonança para cidades*, publicado no Diário do Pará de 30.05.2010:

“A indústria extrativa mineral operada pela Vale S.A. no município de Parauapebas recolheu somente no ano passado, a título de Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), a importância de R\$ 165.744.836,88. Desse bolo o município ficou com R\$ 107,7 milhões, o correspondente a 65% da receita total, conforme determina a legislação. Mesmo tendo pelo meio a crise financeira que abalou economia mundial em 2008, esse valor representa mais que o dobro do arrecadado apenas dois anos antes. [...] Bastaria esses números para endossar avaliação feita recentemente pelo ex-ministro Paulo Haddad, que no governo Itamar Franco ocupou as pastas da Fazenda e do Planejamento. Nome de sólido prestígio no meio acadêmico e um dos mais dedicados estudiosos do setor mineral no Brasil, Haddad classifica como preconceito a descrença quanto à possibilidade de

²⁵ FURTADO, Lucas Lacerda e MACEDO, Alexandre. **A Importância da Compensação Financeira pela Exploração Mineral no Município de Parauapebas, Pará**. Artigo apresentado na Expossibram 2012.

um município cuja base econômica seja a atividade de mineração vivenciar um processo de desenvolvimento sustentável.

O ex-ministro, hoje professor do Ibmec em Minas Gerais, sustentou, em recente artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo (leia na página ao lado), que em quase todos os municípios menos desenvolvidos do país, onde está localizado um grande projeto de investimento de mineração, os benefícios socioeconômicos já são hoje muito expressivos. Em defesa, Paulo Haddad citou dados do Índice Mineiro de Responsabilidade Social (IMRS), estudo divulgado pela Fundação João Pinheiro (FJP).

[...]

Os indicadores hoje disponíveis mostram, em relação ao Pará, que está correta a linha de raciocínio do professor Haddad. Um exemplo é o Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal, divulgado em 2006. Na relação dos dez municípios do Pará com melhor classificação no ranking, entre os 144 que compõem o Estado, cinco abrigam atividades ligadas à indústria mineral, extrativa ou de transformação. São eles, pela ordem: Belém, Ananindeua, Parauapebas, Barcarena, Marabá, Tucumã, Canaã dos Carajás, Marituba, Santarém e Benevides.”

Além disso, apesar de a CFEM se *vincular*, sim, aos eventuais problemas que gera, esta não é sua *finalidade*, tampouco sua *causa*, ante a ausência de comando constitucional ou infraconstitucional que assim determine, bem como porque a experiência dos principais Municípios mineradores, com alto desenvolvimento socioeconômico, comprova que a CFEM visa a muito mais do que tão somente reparar eventuais perdas geradas pela atividade minerária.

Até porque, se fosse assim, o produto da sua arrecadação estaria destinado a recompor estas perdas. E, como restou demonstrado, a CFEM é instrumento de amplo desenvolvimento socioeconômico, transformando os maiores Municípios mineradores do país em Municípios com alto desenvolvimento humano.

A causa da CFEM reside no simples fato de que o particular está a aproveitar economicamente um bem da União. Daí sua natureza jurídica ser de receita patrimonial. Por essa razão, no caso da exploração de recursos minerais que não são propriedade da União, mas propriedade privada, não há causa de incidência de CFEM.

Como bem ensina o Professor Onofre Batista²⁶, ao determinar que os recursos minerais pertencem à União, a Constituição outorgou a propriedade desses recursos à toda a população brasileira. E a forma com que a população pode receber os benefícios do aproveitamento econômico de bens que são seus (recursos minerais) é por meio dos *royalties* da mineração (CFEM).

Por isso, não se pode afirmar que a CFEM teria como finalidade a mera reparação de perdas, *sendo esta a suposta causa de sua incidência*, pois seria o mesmo que negar à população brasileira o seu direito a que os recursos provenientes desta exação sejam perenizados na sociedade, como em investimento em educação e saúde, que inclusive beneficiem gerações futuras, tão proprietárias dos recursos minerais brasileiros como as gerações atuais. Nega-se, na verdade, a própria realidade, uma vez que, inexistindo óbice legal ou constitucional à aplicação dos recursos da CFEM nas mais diversas atividades estatais, os grandes Municípios mineradores, como visto, são altamente desenvolvimentos do ponto de vista socioeconômico.

7. Como a CFEM não é tributo, o parágrafo único, do art. 7º, do Código de Mineração, não é aplicável no caso de Manifesto de Mina

O fundamento infraconstitucional que sustenta o Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, objeto do nosso estudo, consiste na aplicação do art. 7º, do Código de Mineração, à hipótese de lavra sob o título de Manifesto de Mina, previsto no art. 6º, do mesmo Diploma Legal:

“Art. 7º O aproveitamento das jazidas depende de alvará de autorização de pesquisa, do Diretor-Geral do DNPM, e de concessão de lavra, outorgada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

²⁶ “Os minerais no subsolo são bens públicos, de propriedade do povo brasileiro. A CRFB/88 estabelece, em seu inciso IX, art. 20, que os recursos minerais são bens da União. O termo “União” empregado no artigo não diz respeito à pessoa jurídica de direito interno, mas à união dos Estados-Membros, ao representante do Estado Federal soberano. Os recursos minerais, nesse compasso, são bens do povo, razão pela qual cabe a todas as pessoas políticas proteger e zelar por estas riquezas (art. 23, XI da CRFB/88)”. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves e DA SILVA, Fernanda Alen Gonçalves. A Função Social da Exploração Mineral no Estado de Minas Gerais. In **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 475 - 505, jan./jun. 2013.

Parágrafo único. Independe de concessão do Governo Federal o aproveitamento de minas manifestadas e registradas, as quais, no entanto, são sujeitas às condições que este Código estabelece para a lavra, *tributação* e fiscalização das minas concedidas”. – (grifou-se).

Trata-se simplesmente de perceber que, não sendo a CFEM um tributo, sua incidência jamais poderia se subsumir à norma extraída do art. 7º, acima transcrito. A resolução deste caso passa pela aplicação do princípio da legalidade (art. 5º, II e 37, da Constituição), que norteia o Direito Administrativo.

A saída por venda de recursos minerais extraídos sob o regime do Manifesto de Mina submete-se à incidência de diversos tributos, quais sejam, o ICMS, PIS, Cofins e, no caso do ouro comercializado como ativo financeiro, IOF. Nada mais natural, uma vez que os tributos constituem receitas derivadas, que têm origem no patrimônio do particular; ao passo que a CFEM, sendo receita patrimonial, apenas deve incidir sobre os recursos minerais de propriedade da União.

Ampliar o conceito de tributação – que pressupõe o próprio conceito de tributo – tão somente para nele enquadrar a CFEM, permitindo sua incidência sobre as Minas Manifestadas, é inadmissível, porquanto implicaria alterar ambos os institutos jurídicos, tanto o de tributo, como o da CFEM, em violação ao princípio da legalidade.

Ademais, o referido dispositivo é muito claro ao determinar que as condições a que as Minas Manifestadas estão sujeitas, em matéria de lavra, tributação e fiscalização, são apenas aquelas “*que este Código estabelece*” (o Código de Mineração). Como a CFEM foi instituída e regulamentada por legislação diversa – Leis nºs 7.990/89 e 8.001/90 –, e não tendo o Código de Mineração em nenhuma oportunidade se referido a qualquer forma de participação estatal na atividade minerária por meio de receitas patrimoniais²⁷, por mais esse motivo, demonstra-se a inaplicabilidade do parágrafo único, do referido art. 7º, ao presente caso.

Além da inaplicabilidade do art. 7º, do Código de Mineração ao caso, por se referir à *tributação*, ao passo que a CFEM *não é tributo*,

²⁷ A Taxa Anual por Hectare não pode ser considerada uma “participação no resultado” da mineração, por se tratar de preço público, com a finalidade de remunerar a União pelo privilégio de deter, por certo período, o exclusivo direito de pesquisar determinada parte do território nacional.

há ainda outra razão que justifica a reforma do acórdão recorrido: a interpretação histórica desse dispositivo.

A Constituição de 1946 atribuiu à União a competência para a criação de um Imposto Único sobre Minerais (“IUM”), determinando a repartição da sua receita aos demais Entes Federados. Apenas em 1964, foi instituído o IUM, por meio da Lei nº 4.425, sendo que, até então, outros tributos incidiam sobre a atividade minerária. O Supremo Tribunal Federal afirmou, no julgamento do RE 50.164, em 07.03.1963²⁸, que o art. 15, III, da Constituição de 1946 não seria autoaplicável, dependendo de lei para produzir efeitos. Assim, seria legítima a incidência de outros tributos sobre a mineração até que fosse editada lei que instituísse o imposto único.

Instituído o IUM, em 1964, determinou-se a exclusão dos demais tributos sobre a atividade minerária, sendo que a sua hipótese de incidência foi desenhada como a saída do produto do respectivo depósito, jazida ou mina, assim entendida a área constante de licença, autorização de pesquisa ou lavra; ou, quando se tratasse de mineral obtido por fiação, garimpagem ou trabalhos similares, a primeira circulação aos respectivos produtores, vide art. 2º, da Lei nº 4.426/64.

Isso significa – e esta é a interpretação histórica relevante para a solução do presente caso –, que quando o atual Código de Mineração foi promulgado, em 28 de fevereiro de 1967, apenas uma exação incidia sobre a venda de recursos minerais, desde 1964: o Imposto Único sobre Minerais, de nítida natureza tributária.

Daí que o art. 7º, na redação original do Código de 1967, tenha disposto que se aplicariam, às Minas Manifestadas, as mesmas regras das Minas Concedidas no que tange à tributação, em nítido intuito de expressar – ainda que isso não fosse juridicamente necessário – que o IUM, cuja natureza era de tributo, incidiria também sobre os recursos minerais extraídos sob Manifesto de Mina.

Ocorre que, na vigência da Constituição de 1988, em que vários outros tributos incidem sobre a venda de recursos minerais (ICMS, IOF, PIS e Cofins), não é correta a interpretação de que a CFEM – sendo receita patrimonial – deva incidir também sobre os recursos minerais aproveitados sob Manifesto de Mina.

²⁸ RE 50.164. Rel. Ministro Luis Galotti. Primeira Turma. Julgado em 07.03.1963. DJ, 06 maio 1963.

Prova disso é que, na vigência da Constituição de 1988, o referido art. 7º foi modificado²⁹ pela Lei nº 9.314, de 14 de novembro de 1996, sem que a menção à “*tributação*” fosse retirada, alterada ou fosse incluída expressa previsão a respeito de receitas patrimoniais, em sentido geral, ou especificamente à obrigação decorrente das Leis nºs 7.990/89 e 8.001/90. Não é crível que, passados mais de 7 anos desde a promulgação da lei que instituiu a CFEM, o Congresso Nacional não pudesse considerar sua existência ao alterar o referido art. 7º, do Código de Mineração.

E o art. 7º em comento determina que as condições a que as Minas Manifestadas estão sujeitas, em matéria de lavra, tributação e fiscalização, são apenas aquelas “*que este Código estabelece*” (o Código de Mineração). Diferentemente da CFEM, que não possui regramento naquele Código, o IUM foi contemplado em diversos artigos, na sua redação original, o que corrobora a interpretação histórica aqui arguida:

“Art 8º Faculta-se ao proprietário do solo ou a quem dêle tiver expressa autorização, o aproveitamento imediato, pelo regime de Licenciamento, das jazidas enquadradas, na Classe II, desde que tais materiais sejam utilizados “*in natura*” para o preparo de agregados, pedras de talhe ou argamassas, e não se destinem, como matéria-prima, à indústria de transformação.

§ 1º O Licenciamento cabe às autoridades locais, mas é necessária a inscrição do contribuinte ao Ministério da Fazenda para efeito do impôsto único sôbre minerais”. (Revogado pela Lei nº 6.567, de 1978).

“Art 11. Serão respeitados na aplicação do regime de Autorização Concessão, subordinados aos preceitos dêste Código:

b) o direito de participação nos resultados da lavra, que corresponde ao dízimo do impôsto único sôbre minerais, aplica-se às concessões outorgadas após 14 de março de 1967”. (Revogado pela Lei nº 6.403, de 1976).

²⁹ A modificação em questão objetivou tão somente alterar os órgãos responsáveis para a outorga de Alvará de Pesquisa e Concessão de Lavra, bem como para eliminar a restrição relativa à obtenção de Direitos Minerários por parte de estrangeiros, em decorrência do advento da Emenda Constitucional nº 6/1995.

“Art. 50 O Relatório Anual das atividades realizadas no ano anterior deverá conter, entre outros, dados sobre os seguintes tópicos:

III - Quadro mensal, em que figurem, pelo menos, os elementos de: produção, estoque, preço médio de venda, destino do produto bruto e do beneficiado, recolhimento do Imposto Único e o pagamento do Dízimo do proprietário”.

“Art. 74. Dependem de consentimento prévio do proprietário do solo as permissões para garimpagem, faiscação ou cata, em terras ou águas de domínio privado.

Parágrafo único. A contribuição do garimpeiro ajustada com o proprietário do solo para fazer garimpagem, faiscação, ou cata não poderá exceder adízimo do valor do imposto único que for arrecadado pela Coletoria Federal da Jurisdição local, referente à substância encontrada”.

“Art. 78. O imposto único referente às substâncias minerais oriundas de atividades de garimpagem, faiscação ou cata, será pago pelos compradores ou beneficiadores autorizados por Decreto do Governo Federal, de acordo com os dispositivos da lei específica”.

Caso a opção do Constituinte de 1988 fosse pela manutenção de um Imposto Único sobre a mineração, e não por uma pluri-incidência de receitas tributárias (ICMS, IOF, PIS e Cofins) e não tributárias (CFEM), poder-se-ia cogitar da incidência desse eventual Imposto Único sobre a venda de recursos minerais em sede de Mina Manifestada.

Todavia, não se pode interpretar, contra a legalidade e a historicidade, admitindo que a CFEM possa se subsumir ao conceito de *tributação*, mesmo tratando-se de receita patrimonial.

Considerando haver incidência de diversos tributos sobre a venda dos recursos minerais, os quais, estes sim (e não a CFEM), subsumem-se ao art. 7º, do Código de Mineração, por essa segunda razão, conclui-se que o TRF da 1ª Região não ofereceu a melhor solução jurídica à controvérsia.

8. Conclusão

Concluimos que o Acórdão proferido pelo TRF da 1ª Região, na Apelação em Mandado de Segurança nº 0014384-51.2001.4.01.3400,

violou os arts. 5º, caput, XXII, XXXVI; 20, IX e § 1º, 176 e Princípios da Segurança Jurídica e da Proteção à Confiança, uma vez que:

- A máxima de que inexistente direito adquirido contra a Constituição não é aplicável ao caso, tendo ocorrido flagrante violação ao direito fundamental de propriedade dos mineradores à jazida mineral que exploram, consumado na vigência da Constituição de 1891.
- Sendo a CFEM uma receita patrimonial (RE nº 228.800/DF), admitir sua incidência sobre recursos minerais privados implica desnaturar sua identidade jurídica.
- A causa (ou hipótese de incidência) de uma exação não se confunde necessariamente com sua finalidade: a causa da CFEM não reside na necessidade de reparação do meio ambiente, e, sim, na exploração econômica de um bem da União.

E violou também os arts. 6º e 7º, do Código de Mineração, uma vez que:

- A CFEM não possui natureza jurídica de tributo, e, sim, de receita patrimonial. Considerando que o art. 7º, do Código de Mineração dispõe que, às Minas Manifestadas, aplicam-se as mesmas regras das Minas Concedidas no que tange à tributação, logicamente, conclui-se que referido dispositivo é inaplicável à CFEM.
- A interpretação histórica do art. 7º, do Código de Mineração, permite concluir que, ao se referir à tributação, esse dispositivo legal tinha por objetivo não deixar dúvida quanto à incidência do Imposto Único sobre Minerais – IUM sobre o aproveitamento econômico de recursos minerais em regime de Manifesto de Mina. O que é muito lógico, considerando a natureza tributária do IUM – ao passo que a CFEM não é tributo –, bem como por se tratar, evidentemente, de um “imposto único”, quando, por sua vez, na vigência da Constituição de 1988, outros tributos incidem sobre a venda de recursos minerais, como o ICMS, IOF, PIS e Cofins.



Este livro foi impresso em papel Off-Set 75g,
com tipografia Bembo Std 12/14.