

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is characterized by its modern architecture, featuring two prominent, tall, rectangular towers and a large, curved, white structure. The scene is captured during the day, with a clear sky and some vehicles visible in the foreground. The text is overlaid on a semi-transparent dark brown band across the top and bottom of the image.

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 02 – VOLUME Nº 02 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/DEZ 2017

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro

2017

# REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

## LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

### Conselho Editorial:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela.  
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla.  
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile.  
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu Faculty of Law.  
Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica de São Paulo.  
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília.  
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.  
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais.  
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná.  
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo.  
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil.  
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.  
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo.  
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho.

### Avaliadores desta Edição:

- |   |  |
|---|--|
| Prof Dr. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidade de Barcelona. | Profa Ms. Isabela Ferrari, UERJ.             |
| Prof. Ms. Ariane Sherman Vieira, UFMG.  | Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF.        |
| Prof. Ms. Carina de Castro, UFRJ.   | Prof. Ms. João Paulo Sporn, USP.             |
| Prof. Ms. Daniel Capecchi Nunes, UFJF.  | Prof. Ms. Jairo Boechat Jr., FUMEC           |
| Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF.  | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |
| Prof. Dr. Emerson Moura, UFRJ.  | Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ.    |
|   | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |

### Diagramação e Layout:

- Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

# SUMÁRIO

<i>Apresentação</i> .....	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Publicidade administrativa como princípio e prática: apontamentos para uma teoria do controle pelo Judiciário</i> .....	007
Veruska Sayonara de Góis	
<i>A recondução dos servidores públicos e autonomia dos entes federados</i> .....	030
Alex Cavalcante Alves	
<i>Regulações expropriatórias à luz da constitucionalização do direito administrativo</i> .....	048
Maíra Valentim da Rocha	
<i>As controvérsias doutrinárias quanto à natureza da CFEM, a decisão proferida pelo STF e respectivos reflexos na gestão dos recursos</i> .....	099
Cleber Lucio Santos Junior	
<i>Discricionariedade administrativa: alguns elementos e possível controle judicial</i> .....	117
Phillip Gil França	
<i>As agências reguladoras e captura: um ensaio sobre os desvios regulatórios na agência nacional de energia elétrica</i> .....	126
Sophia Félix Medeiros	
<i>O controle de constitucionalidade nos procedimentos administrativos fiscais: limites e possibilidades</i> .....	148
Rodrigo Pacheco Pinto	
<i>Limitação administrativa e desapropriação indireta: a linha tênue dos institutos na criação de espaços de proteção ambiental</i> .....	168
Daniel capecchi nunes e Ana Luíza Fernandes Calil	
<i>Cidades inteligentes e sustentáveis: desafios conceituais e regulatórios</i> .....	189
José Renato Nalini e Wilson Levy	
<i>La asociación para la innovación": su incorporación en la directiva europea sobre contratación pública y en el proyecto español de ley de contratos del sector público</i> .....	208
María de Los Ángeles Fernández Scagliusi	

**AS CONTROVÉRSIAS DOUTRINÁRIAS QUANTO À NATUREZA DA  
CFEM, A DECISÃO PROFERIDA PELO STF E RESPECTIVOS REFLEXOS NA  
GESTÃO DOS RECURSOS**

**THE DOCTRINAL CONTROVERSIES REGARDING THE NATURE OF THE  
CFEM, THE DECISION PRONOUNCED BY THE STF AND ITS REFLEXES IN THE  
MANAGEMENT OF THE RESOURCES**

**CLEBER LUCIO SANTOS JUNIOR**

*Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento  
Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara de  
Minas Gerais.*

**RESUMO:** O presente trabalho pretende contribuir para o estudo sobre um instituto do Direito Minerário, qual seja, a compensação financeira sobre a exploração de recursos minerais – CFEM, ligeiros apontamentos sobre o referido instituto, a importância da definição no que tange à sua natureza jurídica, especialmente para seus fins de arrecadação e fiscalização, bem como e, precipuamente, a busca por auxiliar na gestão de seus recursos de maneira íntegra e coerente com o(s) objetivo(s) pelo(s) qual(is) motivou sua implementação no ordenamento jurídico pátrio. Para tanto foi analisada doutrina sobre a matéria, principalmente relativas às divergências existentes sobre as diversas questões acerca da referida compensação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mineração. CFEM. Direito Ambiental. Meio Ambiente. Desenvolvimento Sustentável.

**ABSTRACT:** This paper aims to contribute to the study of an institute of Mining Law, namely, the financial compensation for the exploitation of mineral resources - CFEM, light notes about the institute, the importance of defining the terms of their legal nature, especially to their collection and inspection purposes, as well as and, primarily, the search for help in managing their resources fully and consistently with the (s) objective (s) by (s) which (is) led to its implementation in order legal parental rights. For this was analyzed doctrine on the matter, especially regarding existing differences on the various issues concerning the compensation payments

**KEYWORDS:** Mining. CFEM. Environmental Law. Environment. Sustainable development.

## I. INTRODUÇÃO

A atividade de mineração possui uma importância social e econômica para o desenvolvimento do Brasil que não pode ser desprezada; pelo contrário, é digna de destaque no panorama nacional em seus mais diversos contextos históricos, desde a colonização portuguesa. Nos últimos anos, em especial, é notável o crescimento da participação e a contribuição da mineração na economia nacional, como revelam os contundentes índices de evolução do Produto Interno Bruto (PIB) da indústria mineral em comparação com o PIB total do Brasil. Nos últimos anos, considerando o período compreendido entre 1997 e 2007, em apenas dois exercícios (1999 e 2007) o PIB da indústria mineral teve desempenho inferior ao do PIB total. Ressalvadas essas oscilações pontuais, mercê dos dados apresentados, observa-se que em alguns anos o crescimento do PIB mineral ultrapassou 10% (dez por cento) – 2002, desvelando a significativa influência exercida pela atividade minerária sobre a pauta comercial brasileira.

A significativa relevância do setor mineral e suas características próprias, levaram quase a totalidade dos países de tradição em extração minerária a implantar, de alguma forma, meios de compensar a sociedade pela exploração de seus recursos minerais. No caso brasileiro, a participação no resultado ou Compensação Financeira pela Exploração dos Recursos Minerais (CFEM), assegurada aos entes federados no artigo 20, §1º, da Constituição da República de 1988, foi instituída pela Lei n.º 7.990, de 28.12.1989, em cujo artigo 6º definiu-se a sua incidência sobre a exploração de recursos minerais voltada a “fins de aproveitamento econômico”, com uma alíquota, em média, de 3% (três por cento), esta incidindo “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 [...]”. A dimensão economicamente apreciável do aspecto material de sua hipótese de incidência, alcançando o resultado da exploração, conduz à conclusão de, *primus*, se considerar o faturamento líquido – eleito como base de cálculo da CFEM – como uma alusão ao próprio resultado, do qual participaria o Estado; e de que, *secundus*, no caso de não ser apurado resultado (positivo), não seria devida a exação em foco. Tal digressão, muito embora não seja objeto do presente introito, contém inegável relevância para o estudo sistemático da CFEM.

Pouquíssimo tempo depois foi publicada a Lei n.º 8.001, em 13 de março de 1990, que parece haver promovido uma genuína interpretação, ao definir faturamento líquido como o

“total das receitas de vendas”, após o expurgo – eis o esclarecimento propiciado pelo legislador -, (i) dos tributos incidentes sobre a comercialização, (ii) das despesas de transporte e (iii) de seguros. Além disso, discriminou as alíquotas incidentes sobre essa base imponível, em razão da substância mineral explorada, e determinou em qual proporção deve ser distribuído o produto da arrecadação entre os diferentes níveis de federação pátria. Essa divisão demonstra a clara intenção de prestigiar o federalismo brasileiro, privilegiando o local onde a atividade mineral foi fisicamente realizada, haja vista o percentual destinado aos municípios, qual seja, 65% (sessenta e cinco por cento).

Debalde à louvável iniciativa em prestígio da novel unidade federativa criada pela CR/1988, em geral, no arcabouço da arquitetura federalista do País não se pejaram os legisladores nacionais de caminhar no sentido de concentrar as receitas tributárias (que representam, de largo, a principal fonte das receitas públicas) nas mãos da União, quedando os Municípios – entidades mais próximas das carências diuturnas dos cidadãos -, com uma parca participação do total arrecadado. À burra da União atualmente convergem cerca de 70% (setenta por cento) das receitas públicas, enquanto os Estados e Distrito Federal arrecadam 25,6%, restando aos Municípios módicos 4,4% de toda receita tributária. Nesse sentido, sobreleva-se a altaneira relevância da CFEM como importante fonte de recursos para os Municípios em cujo território se desenvolve as atividades sujeitas à sua incidência.

Diante disso, indaga-se: Afinal, qual é a natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, a CFEM? Trata-se, a CFEM, de um instrumento financeiro eficaz na efetivação de política (s) ambiental (ais) com observância ao Princípio do Desenvolvimento Sustentável? A (s) finalidade (s) que motivou sua implementação tem sido cumprida (as)? E, quanto à gestão dos referidos recursos, essa tem sido feita de maneira responsável e coerente aos fins pela qual a referida compensação foi instituída?

A relevância da pesquisa evidencia-se na medida em que revela os argumentos controversos na doutrina acerca da natureza jurídica do instituto da CFEM, o entendimento quanto a esta firmado pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do REExt n.º228.800-5/DF, bem como no que tange à gestão desses recursos, a sua fundamental importância para a efetividade do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, e, por fim, sugere a “readequação da rota” desde o recolhimento de tais recursos pela Administração Pública até a sua aplicação coerente aos fins nos quais motivou a sua implementação, cuja finalidade de encontrar mais uma forma de tutela do meio ambiente, sem olvidar o progresso social e, conseqüentemente,

concluindo que, o gestor público, especialmente, necessita estar atento às necessidades do ente federativo a qual está vinculado, a fim de criar alternativas viáveis e exequíveis para aplicação desses recursos.

Utilizam-se como procedimentos metodológicos a pesquisa bibliográfica e documental com o levantamento de decisão judicial e análise da legislação aplicável. A partir destes procedimentos, conclui-se que existe no ordenamento pátrio uma lacuna na forma de recebimento/repasso dos recursos da CFEM, ou seja, que poderão se dar nos chamados “caixas únicos” do ente federativo, ou nos fundos especialmente criados para tal finalidade, bem como a gestão improdutiva presidida pelo gestor dos mesmos.

Nesse sentido que procurou-se realizar este trabalho acerca da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, verificando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência quanto à sua definição, um de seus temas mais divergentes e problemáticos, objetivando um melhor entendimento sobre o assunto e verificando quais os aspectos positivos e negativos do trabalho que vem sendo desenvolvido na legislação e doutrina, além de observar como tem sido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, nessa busca de proteção e preservação do meio ambiente, bem fundamental na vida de todas as espécies.

## **II. LIGEIOS APONTAMENTOS SOBRE A ATIVIDADE DE EXTRAÇÃO MINERAL E A COMPENSAÇÃO FINANCEIRA SOBRE A EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS - CFEM**

A atividade de mineração integra um setor da economia que reconhecidamente apresenta peculiaridades, observadas também em vários outros países, em virtude de determinadas especificidades não contempladas em outras searas, notadamente a característica da *rigidez locacional* e do conhecimento prévio da *vida útil* do empreendimento. A *rigidez locacional* consiste na indisponibilidade do bem mineral em um local previamente desejado ou planejado, mas sim sua configuração em sítios nos quais convirjam diversas variáveis de ordens física, química e geológica, determinantes do acúmulo de recursos minerais em quantidades e teores economicamente viáveis. Já a *vida útil* da mina é consequência do aproveitamento econômico da jazida, conceito ligado à quantidade finita de minério, o que, obrigatoriamente, leva ao seu esgotamento no futuro, culminando na exaustão do depósito mineral.

A despeito da notoriedade do precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) firmado no julgamento do RExt n.º228.800-5/DF, no qual se assentou, de forma lacônica, a definição da natureza jurídica da CFEM, mercê da magnitude e de seus relevantes desdobramentos, não deve a *quaestio iures* ser abandonada, mormente ao se considerar a superficialidade com a qual foi versada no aludido arresto. O tema ainda demanda maiores reflexões da doutrina e da jurisprudência, porquanto se revela decisivo para a identificação do regime jurídico aplicável à exação, determinante da disciplina jurídica de seus mais variados aspectos.

Por certo, a relevância da natureza jurídica CFEM exsurge sob vários prismas, seja a partir de sua importância jurídica, econômica ou social, dentre outras.

A título exemplificativo de sua relevância econômica e social, vale destacar a louvável política de fomento adotada em alguns países para estimular o processamento local dos minérios, geração de empregos, riquezas, maior capacidade de consumo, etc., notadamente levada a cabo por países africanos e pela Austrália. Revela-se, pois, a CFEM como um valioso instrumento de indução de investimentos e impulso da economia nacional/local.

A par disso, as receitas públicas auferidas em decorrência da arrecadação da CFEM revelam-se expressivas e significativas, ensejando, apenas para o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), receitas que se aproximam a R\$900 milhões/ano. Considerando que a menor parte do volume arrecadado se destina ao órgão federal, mediante um simples cálculo de aritmética se conclui que os Municípios receberam mais de R\$5 bilhões, enquanto os Estados perceberam quase R\$2 bilhões.

De forma geral, aqui e alhures, a indústria da mineração é digna de tratamento peculiar, merecendo gravames especiais em virtude de implicar a exploração econômica, potencialmente ofensiva ao meio ambiente, de um bem finito, não renovável e de titularidade do Estado.

Contudo, não se pode olvidar que se não houver atividade de extração mineral, os recursos minerais acumulados pela natureza no sítio geológico não são suscetíveis de qualquer valoração econômica.

Nos termos do artigo 20, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, os recursos minerais não se confundem com a titularidade do solo (superfície), mas são bens reservados à União. Os depósitos minerais (jazidas) não são do minerador, contudo, é ele quem se responsabiliza por todos os investimentos de pesquisa, prospecção, análise, viabilidade, enfim, de todos os custos necessários para a consecução do empreendimento, de modo a atribuir ao recurso mineral uma utilidade ou valor economicamente apreciável. Significa dizer que o valor

da substância mineral que pertence à União guarda pouca relação com o valor do produto mineral *per si in loco et in natura*, mas deriva das atividades de sua prospecção, exploração e industrialização. Nesse diapasão, Gomes de Souza assevera que “[...] o recurso mineral in situ está totalmente dissociado do produto mineral, pois é o minerador que atribui valor econômico ao bem escondido na natureza, ao investir seus recursos para descobri-lo e transformá-lo em riqueza, por meio da pesquisa e da lavra autorizada pela União Federal”.

Nessa ordem de ideias, Gomes de Souza entende ser mais adequado compreender a CFEM como uma participação estatal no resultado da exploração do recurso mineral de sua titularidade, e não como uma participação no lucro do minerador, pois enquanto a primeira decorreria da relação jurídica entre o titular do bem (União) e o concessionário privado, o lucro nasceria da exposição ao risco tomado pelo empreendedor, sem qualquer participação estatal. Em sentido oposto, milita o reconhecimento de dois pressupostos fáticos cumulativos ao nascimento da obrigação de recolher CFEM, quais sejam, (i) a operação de exploração de recursos minerais para fins econômicos e (ii) a auferição de resultado positivo ou lucro nessa operação, de forma a não bastar a exploração, uma vez que se houver resultado positivo, não haveria do que o Estado participar.

### **III. DA NATUREZA JURÍDICA DA CFEM**

Na aceção assentada pelo STF no julgamento do RExt n.º228.800-5/DF, restou definida laconicamente a natureza jurídica da exação. Tal decisão da Suprema Corte causou surpresa no meio jurídico brasileiro por haver não mais que tangenciado a discussão sobre a CFEM, porquanto tal acórdão é praticamente desprovido de fundamentação, induzindo à conclusão de não terem merecido atenção a grande controvérsia carreada pelo tema e seus relevantes desdobramentos.

Importa ressaltar que a natureza jurídica da CFEM é relevante pelo fato de ser decisiva e determinante para a identificação do regime jurídico que lhe é aplicável, ou seja, pode-se afirmar que o regime jurídico aplicável (tributário, administrativo, cível, etc.) decorre da natureza jurídica de que lhe for reconhecida. Por certo, a escorreita e coerente resposta à várias importantes questões não prescindem de uma definição da natureza jurídica da CFEM, por exemplo:

- 1) Quais os seus prazos decadenciais e prescricionais? Qual é o *dies a quo* do cômputo de cada um deles?
- 2) Afinal, há que se falar em decadência, ou apenas prescrição?
- 3) A exigência da CFEM se sujeita ao primado da estrita legalidade? Pode a definição de seus contornos ser delegada ao Poder Executivo? Em qual medida? Podem os elementos de seu critério quantitativo (base de cálculo e alíquota) ser definidos ou alterados por ato normativo infralegal, a exemplo do que ocorre nos casos das tarifas ou preços públicos? Devem seus elementos quantitativos guardar relação de pertinência ou equivalência a eventual dilapidação do patrimônio da União como ocorrem nas indenizações?

Da forma como a CFEM vem sendo manejada e cobrada, em alguns momentos pode-se inferir que a Administração confunde os conceitos de resultado, beneficiamento, industrialização e transporte, dentre outros, bem como o risco de uso do artifício das sanções políticas, morais e indiretas, tão combatidas na seara do Direito Tributário, para viabilizar arrecadações através da instrumentalização do poder de polícia e sua variante regulatória, e até mesmo através de enviesado uso da imprensa com fins ideológicos, o que acarreta perdas no valor do empreendimento e influencia os mercados. Some-se a isso o cenário de insegurança jurídica gerado pela demora nas fiscalizações; as incertezas quanto ao seu escopo e na produção dos relatórios e cumprimentos de obrigações acessórias; a pressão exercida pelas administrações municipais, cada vez mais interessadas no volume gerado pela CFEM, dentre vários outros.

Os efeitos de uma decisão do STF sobre a natureza jurídica da CFEM podem inibir investimentos em novas fronteiras minerais, pois pode gerar considerações de cenários institucionais no futuro em que há (a) um aumento desproporcional da exação, (b) sua redução, ou mesmo (c) maior ou menor autonomia regulatória do Poder Executivo sobre a atual compensação. Acresça-se a isso a influência que incertezas jurídicas, econômicas e regulatórias têm sobre recursos dos potenciais investidores, pois, como bem ressaltado pela literatura econômica, as decisões de investimentos de capital dependem basicamente, mas sem se esgotar, de alguns fatores fundamentais, a saber: *primus*, da demanda, *secundus*, dos juros e tributos que oneram a atividade, e, *tercius*, da estabilidade e expectativas sobre a situação da economia. No caso da CFEM é certo que a definição de sua natureza jurídica e, *ipso iure*, de seu regime jurídico, exercerá influência nas decisões de inversão de capital em função da estabilidade, do aumento (ou não) dos custos de operação e de oportunidade envolvidos em qualquer exploração

mineral. Acredita-se, pois, que a relevância da investigação da natureza jurídica da CFEM é ponto nuclear, determinante e decisivo para a identificação do regime jurídico aplicável à exação, o que implicará em desdobramentos fiscalizatórios, tributários, econômicos, sociais e políticos na evolução da mineração brasileira.

### III.I. A CFEM COMO CONTRAPRESTAÇÃO PELO USO DE BEM PÚBLICO

A melhor apreensão do instituto em comento requer uma interpretação sistemática do texto constitucional. Conforme demonstrado, há previsão constitucional da propriedade dos recursos minerais pela União e da sua garantia de sua exploração pelos particulares. Tudo isso, aliado à possibilidade de instituição de uma compensação financeira ou de participação nos lucros decorrentes de tal exploração, só pode levar à conclusão de que o uso de aludidos bens públicos somente poderá ser outorgado de forma onerosa.

É de se salientar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal (STF), nessa mesma esteira, já decidiu que, a despeito da denominação “*compensação financeira sobre a exploração mineral*”, a CFEM representa, na realidade, verdadeira participação nos lucros, o que corrobora a tese esposada.

O uso especial ou privativo possui conteúdo amplo, açambarcando faculdades tais como a ocupação, exploração, poderes de transformação e até disposição do bem.

Em razão deste vasto espectro de situações que o uso de bem público contempla, mostra-se possível estabelecer uma analogia simples, para fins didáticos, entre o uso especial dos recursos minerais e a utilização dos terrenos de marinha pelos particulares.

Da mesma forma que, no tocante aos terrenos de marinha, se cede o uso do imóvel mediante pagamento de taxa de ocupação marinha, foro e laudêmio, no que tange aos recursos minerais cede-se o uso de bem público mediante o pagamento de percentual sobre o faturamento líquido, verificando-se, em ambos os casos, uma retribuição pela utilização do bem público.

Desta feita, a CFEM configura verdadeira contraprestação pelo uso especial dos recursos minerais, sendo certo que, vez que o *quantum* devido, *in abstracto*, é fixado de forma percentual sobre o valor do faturamento líquido, tem-se uma contraprestação ilíquida, a princípio – já que seu valor não pode ser fixado aprioristicamente -, mas determinável quando de seu cumprimento.

Assentada a premissa da CFEM enquanto contraprestação pelo uso de bem público, remanesce o questionamento sobre definir em qual das espécies contraprestacionais ela se enquadraria. Há correntes que defendem sua subsunção às taxas, ao preço público e aos *royalties*.

### III.II. A CFEM COMO INDENIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

O verbo compensar possui os sinônimos “reparar”, “ressarcir” e “indenizar”. Assim, necessário se faz o reconhecimento da similaridade dos termos “compensação” e “indenização”.

Neste ponto não se pode discordar, pois, ao utilizar o termo “Compensação”, o constituinte determina a instituição de verdadeira indenização. Comprovando tal assertiva, insta transcrever o disposto no artigo 27, da Lei n.º2.004/53, que sinalizava ser necessária uma indenização ao ente federativo, pela extração dos minerais ali mencionados, *in verbis*:

“Art.27. **A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios** onde fizerem a lavra do petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, “INDENIZAÇÃO” correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás. (...) 3º. Os Estados e Territórios distribuirão 20% (vinte por cento) do que receberem, proporcionalmente aos Municípios, segundo a produção de óleo de cada um deles devendo este pagamento ser efetuado trimestralmente. (...)”

Isso porque, somente com o advento da Lei n.º7.990/90, e seguindo orientação contida na Constituição Federal, o termo “indenização” foi alterado por “compensação financeira” já que, no entendimento do legislador pátrio, seria um ressarcimento, ou melhor, uma compensação, pela utilização dos recursos minerais, insista-se, de propriedade da União. Nesta ordem de ideias, este valor recebido seria, por conseguinte, uma receita originária.

Mas, como dito, a alteração do vocábulo não foi capaz de alterar a natureza jurídica da CFEM, mantida como uma verdadeira indenização.

Neste aspecto podemos traçar uma similaridade com a moderna teoria do usuáriopoluidor, nova denominação do poluidor-pagador.

Este princípio significa que o poluidor deverá ser imputado das despesas relativas às medidas, emanadas pelo poder público, para que o meio ambiente permaneça num estado aceitável, sendo um princípio de aplicação universal.

Tal princípio dá ensejo à instituição de mecanismos capazes de fazer com que, na cadeia de produção, sejam internalizados os custos decorrentes da utilização de recursos naturais. Esses mecanismos podem ter natureza reparatória, compensatória e até mesmo preventiva.

Isso porque toda atividade produtiva ou de exploração dos recursos, gera, além dos danos ambientais, impactos sociais e econômicos, chamados em linguagem econômica de “externalidades”.

Neste sentido, a CFEM nada mais seria do que valorização monetária destas externalidades, sendo naturalmente calculadas sobre a remuneração gerada pela exploração dos minerais.

Assim como o princípio do poluidor-pagador ou usuário-pagador que não visa contestar a poluição, mas evitar que o dano ecológico fique sem reparação, a CFEM se dá da mesma maneira, tentando reparar os danos outros causados à localidade onde se dá a exploração.

Desta forma, a CFEM pode ser entendida como recurso econômico utilizado para que o explorador arque com os custos da atividade, ou seja, haja a internalização dos efeitos externos (externalidade), passando assim a repercutir nos custos finais dos produtos e serviços oriundos da atividade. Por outro ângulo *“busca-se fazer com que os agentes que originaram as externalidades assumam os custos impostos a outros agentes, produtores e/ou consumidores”*.

### **III.III. A CFEM COMO INDENIZAÇÃO AMBIENTAL**

A Constituição Federal, tanto no artigo 20, inciso IX, quanto no artigo 176, estabelece que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens de propriedade da União.

Por sua vez, o artigo 177, inciso V, da CR/88, estatuiu como monopólio da União: a pesquisa; a lavra; o enriquecimento; o reprocessamento; a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Com base nesses dispositivos, infere-se que, no Brasil, os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são de propriedade da União, porquanto esta detém o monopólio de sua exploração. Além disso, a pesquisa ou a lavra de tais recursos só podem ser desempenhadas por

brasileiros ou empresas de capital nacional, na forma da lei, e mediante autorização ou concessão da União, com vistas ao interesse nacional.

Por conseguinte, a exploração das riquezas do subsolo, nas condições acima, pode acarretar danos ao patrimônio público, mais especificamente aos Estados e aos Municípios. Nesse sentido, o artigo 20º, §1º da CR, estabeleceu que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos da Administração Direta da União têm legitimidade para usufruir da compensação financeira devida frente aos riscos de dano decorrentes de tal atividade de exploração.

Com vistas a assegurar tal ressarcimento, temos a CFEM – Compensação Financeira pela Exploração Mineral – que se enquadra na hipótese de compensação financeira paga por aqueles que exercem atividades mineradoras, em razão dos danos causados ao meio ambiente pela prática de tal atividade.

### **III.IV. A CFEM COMO PREÇO PÚBLICO**

Caso a Carta Magna permitisse simplesmente a criação de taxas, a União, os Estados, o Distrito Federal, e os Municípios poderiam criar quaisquer modalidades de taxas. Entretanto, a Constituição autorizou as pessoas políticas a criarem taxas de serviço e de polícia, implicitamente proibindo-as de instituir quaisquer outras modalidades desse tributo.

Considerando a vedação demonstrada, verifica-se a impossibilidade de se caracterizar a CFEM como uma taxa, vez que ela deriva da venda do bem público, qual seja, os recursos minerais extraídos pelo particular.

Conforme anteriormente explicitado, a concessão do título de direitos minerários consiste em um contrato de promessa de compra e venda, que se transforma em um efetivo contrato de compra e venda no momento da extração dos recursos minerais, quando ocorre a tradição do bem para o patrimônio do particular. Como qualquer contrato de compra e venda, pressupõe-se o recebimento de uma soma em dinheiro, denominada preço. Como no caso em tela o credor é o Poder Público, chama-se essa contraprestação de preço público.

O preço público representa o pagamento pela aquisição do direito de propriedade ou de uso e gozo de bem público dominial, ou a retribuição pela utilização e consumo de serviço ou bem, de natureza comercial ou industrial, que o Estado fornece.

Dessa assertiva, conclui-se pela existência de dois requisitos essenciais para a caracterização de preço público, quais sejam, a prestação de um serviço ou a venda de um bem (elemento financeiro) e o fato de a contraprestação ser decorrente de obrigação contratual, ou autônoma (elemento jurídico), que se distingue das obrigações *ex vi lege* (heterônomas).

Embora o preço público se caracterize como uma contraprestação, não é possível afirmar que exista equivalência econômica entre o bem vendido e o montante exigido pelo Estado. A relação preço-custo não afeta a natureza contraprestacional do valor pago pelo particular, uma vez que o preço público atende a anseios da economia pública, quando o objetivo de lucro pode até mesmo inexistir.

Por esse motivo, a CFEM é definida por critérios objetivos, com base no faturamento líquido do explorador, podendo-se afirmar que sua quantificação se baseia no princípio da capacidade econômica.

Nessa ordem de ideias, vale destacar que a jurisprudência tem entendido não ser a CFEM um tributo, reconhecendo-a como uma receita originária, decorrente de alienação (ou exploração) do patrimônio público.

Por tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no artigo 20, §1º, CR, que configuram receita patrimonial”. (STF. RE n.º228.800. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ: 16/11/2001).

Interessante observar que, em sendo a CFEM considerada receita patrimonial, aplicar-se-ão aos créditos dela derivados os prazos previstos na Lei n.º9.636/98, alterados pela Lei n.º10.852/04, quais sejam, o decadencial de dez anos para sua constituição, mediante lançamento, e o prescricional de cinco anos para sua exigência, contados do lançamento. Note-se que o lançamento, ou a constituição do crédito, no caso da CFEM consiste na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito para Pagamento.

### **III.V. A CFEM COMO ROYALTY**

A classificação da CFEM como receita pública originária, ou como *royalty* corresponde à remuneração pela exploração de bem público, encontra ainda alguns outros aparentes obstáculos face à forma como foi prevista pelo constituinte e pelo legislador ordinário.

Uma das eventuais dificuldades dessa tese é a alegação de que, como remuneração pela exploração de bem público, a CFEM teria que ser recebida e utilizada pela União, haja vista que os recursos minerais lhe pertencem de maneira exclusiva.

Contudo, a própria Constituição (artigo 20, §1º) assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a participação no resultado da exploração ou a compensação financeira por essa exploração. Em princípio, haveria, portanto, uma incongruência, uma vez que não é possível atribuir receita originária a quem não seja proprietário do bem.

Com o objetivo de atender ao mandamento constitucional é que se promoveu um compartilhamento da CFEM entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, haja vista que somente com recursos adequados é que se pode ter uma efetiva autonomia administrativa, descentralizar o poder e, assim, fortalecer o federalismo.

A Lei n.º8.001/90, ao definir percentuais de distribuição da CFEM, estabelece (artigo 2º, parágrafo 2º) que 23% serão destinados aos Estados e ao Distrito Federal, 65% aos Municípios, 2% ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT -, 10% ao Ministério de Minas e Energia, a serem integralmente repassados ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), que, por sua vez, destinará 2% de sua parte para a proteção mineral das regiões mineradoras, por intermédio do IBAMA.

Diante da ausência de restrição, observa-se, portanto, que Estados e Municípios têm liberdade de empregar esses recursos segundo suas atribuições, enquanto os órgãos federais têm a discricionariedade de empregá-los conforme seus fins, estando apenas o IBAMA limitado a destinar os recursos à proteção mineral e o FNDCT vinculado à destinação dos recursos para o desenvolvimento científico e tecnológico do setor mineral.

É natural que os recursos possam ser empregados na proteção do meio ambiente, haja vista que tal proteção é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme estabelecido no texto constitucional (artigo 23); entretanto, o administrador tem a discricionariedade na utilização desses valores.

Ainda que grande parte da arrecadação tivesse um uso expressamente previsto na legislação, essa simples atribuição não ensejaria uma alteração da natureza jurídica do instituto.

### **III.VI. A CFEM COMO TRIBUTO - CIDE**

As Contribuições Especiais são tributos autônomos, categoria singular com critério distinto de validação e regulamentação. Consistem em uma espécie tributária distinta da vinculada a uma atuação estatal em benefício ou pertinência em favor de um grupo de contribuintes.

Em princípio, aduz-se que somente a União é competente para a instituição das contribuições. Cristalino que a CFEM é instituída exclusivamente pela União, embora esta tenha delegado a arrecadação e fiscalização à entidade autárquica, o DNPM.

Contribuição Social destina-se à atuação da União no custeio de metas fixadas na Ordem Social, ou seja, se destinam ao custeio da sociedade no atendimento aos direitos sociais elencados pela Constituição Federal, razão pela qual, não guardando estas características únicas, não poderia certa exação ser classificada como essa espécie de Contribuição.

A CFEM se enquadraria na distinta espécie de Contribuição Especial que visa resguardar a Ordem Econômica quando o Estado entende conveniente a intervenção direta ou indireta no domínio econômico para alcançar certos objetivos que poderiam se mostrar prejudiciais à livre iniciativa praticada no mercado brasileiro.

Pelo exposto, verifica-se que a Compensação em destaque apresenta todas as características de uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), haja vista assumir a natureza jurídica tributária a se enquadrar perfeitamente na intervenção do Estado na proteção ambiental.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a Compensação Financeira pela Exploração Mineral possui natureza jurídica tributária, tendo em vista preencher as características constantes do artigo 3º, do Código Tributário Nacional, bem como se enquadrar perfeitamente no conceito de receita derivada, sujeitando-se às regras do Sistema Tributário Nacional.

Importante lembrar que, entre as espécies tributárias presentes no ordenamento nacional, a CFEM apresenta todas as características de uma contribuição especial, mais precisamente em uma Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, demonstrando, de forma incontestável, sua natureza jurídica tributária.

### **IV. CONCLUSÃO**

Este trabalho buscou realizar uma análise sobre a esfera de um instituto do Direito Minerário, qual seja, o da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, buscando através da doutrina e jurisprudência buscar informações de como vem sendo trabalhada a questão, com o objetivo de ampliar o conhecimento da matéria e verificar seus pontos positivos, negativos e as divergências que ocorrem entre os operadores do Direito.

Após, buscou-se um aprofundamento acerca da questão da natureza jurídica da CFEM, as controvérsias doutrinárias existentes ao que tange à mesma, tendo esta sido objeto de decisão em sede de Recurso Extraordinário (REExt n.º228.800-5/DF) a qual foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

Pela pesquisa realizada, pode-se observar que está cada vez mais sendo percebida a importância fundamental do meio ambiente e que é crescente a preocupação com o mesmo. Esta preocupação vem refletida na legislação, ficando clara em artigos como o artigo 225, da Constituição Federal de 1988, onde diz que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e essencial à vida e impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

Percebe-se que há a necessidade de se atualizar o instituto da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, visando alcançar um Estado, interna e externamente, mais aparelhado e mais justo, do ponto de vista ambiental.

Assim, fica clara também a necessidade de uma melhora na educação ambiental, para que todos tenham conhecimento da extrema importância de um meio ambiente saudável e que é preciso preservá-lo para que também se preserve a vida.

## **REFERÊNCIAS**

BENJAMIN, Antônio Herman V. **O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental**. In: *Dano ambiental: Prevenção, reparação e repressão*.

BITTENCOURT, Sidney. **Comentários À Lei de Crimes Contra o Meio Ambiente e Suas Sanções Administrativas**. São Paulo: J. H. Mizuno. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º228.800-DF. Requerente: Mineração Taboca Ltda. Requerido: União e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.** Brasília, 25 de dezembro de 2001.

COPOLA, Gina. **A Lei dos Crimes Ambientais Comentada Artigo por Artigo – Jurisprudência sobre a Matéria.** São Paulo: Fórum. 2012.

DIAS, Edna Cardozo. **Direito Ambiental no Estado Democrático de Direito.** São Paulo: Fórum. 2013.

DNPM. Sumário Mineral 2007: **Desempenho da Economia Mineral Brasileira.** Disponível em: <http://www.dnpm.gov.br>. Acesso em 12/06/2016.

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: Aspectos Teóricos e Práticos.** São Paulo: Fórum. 2015.

FERRARA, Marina, GALLO, Luciana Drumond, WERKEMA, Maurício Sirihal, PERSECHINI, Sílvia Ferreira. **Estudos De Direito Minerário – Volume 1.** São Paulo: EDUSP. 1981.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro.** 9ª ed. Atualizada por Izabel Camargo Lopes e Célia Marisa Prendes. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 229.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA et al. **Análise e avaliação de impactos ambientais.** 2001.

REIS, Nelson Lara dos, BARRETO, Maria Laura. **Desativação de empreendimento mineiro no Brasil.** São Paulo: Signus, 2001.

REIS, L. B. dos; FADIGAS, E. A. A.; CARVALHO, C. E. **Energia, recursos naturais e a prática do desenvolvimento sustentável**. Barueri: Manole, 2005.

REZENDE, Leonardo Pereira. **Avanços e Contradições de Licenciamento Ambiental de Barragens Hidrelétricas**. São Paulo: Fórum. 2015.

RIZZINI, C. T. **Preliminares acerca das formações vegetais e de reflorestamento no Brasil Central**. Rio de Janeiro: SAI, 1962.

ROSA, L. P.; Sigaud, L.; La Rovere, E. L. **Estado, energia elétrica e meio ambiente**. Rio de Janeiro: La Rovere Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1995.

SCLIAR, Cláudio. **Geopolítica das minas do Brasil: a importância da mineração para a sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, 1996. P. 35.

SOUZA, Leonardo da Rocha de; HARTMANN, Débora; SILVEIRA, Thaís Alves da. **Dano Ambiental e a Necessidade de uma Atuação Proativa da Administração Pública**. Revista Veredas do Direito. Vol. 12. P. 343-373. Belo Horizonte: ESDHC, jul/dezembro. 2015.

SOUZA, Marcelo Mendo Gomes de. **A Compensação Financeira pela exploração dos recursos minerais - CFEM**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 314 p

TÔRRES, Heleno Taveira. **A compensação financeira (art. 20, §1º, da CF) na discriminação constitucional de rendas – regime jurídico e aspectos tributários**. *Revista da Associação Brasileira de Direito Tributário*, n.º3. Belo Horizonte: Del Rey, maio/ago 1999. Ano II.