



# Paulo Honório: Irretroatividade do marco legal para o royalty mineral

## 1. Introdução

A Medida Provisória 789 foi publicada em 26 de julho de 2017, introduzindo alterações relevantes no *royalty* mineral brasileiro (CFEM). Algumas das novas regras entraram em vigor no mês de agosto daquele ano, vide a nova base de cálculo. Outras normas, relacionadas às alíquotas da exação, tornaram-se vigentes em novembro de 2017.

O Congresso Nacional alterou substancialmente o texto da medida provisória. A sanção do projeto elaborado pelas duas Casas Legislativas ocorreu em 18 de dezembro de 2017, com três vetos, sendo dois relacionados à destinação da CFEM a municípios socialmente afetados pela mineração e um veto quanto à alíquota fixada em 0,2% para diversas substâncias.

Por consequência, a Lei 13.540, resultado da conversão da MP 789, foi publicada em 19 de dezembro de 2017, consolidando um novo marco para a estrutura de incidência da CFEM.

A CFEM foi consideravelmente majorada para a maior parte de substâncias minerais, por aumento das alíquotas e da base de cálculo. Apenas a dedução de tributos que incidem sobre a venda é admitida, vedando-se o abatimento de despesas com frete e seguro. Ademais, todas as exportações devem ser testadas pelo Pecex, mesmo para partes não vinculadas e não localizadas em paraísos fiscais.

Contudo, a majoração apenas poderia ter sido imposta para títulos minerários novos, outorgados após a vigência da Lei 13.540/2017.

## 2. O núcleo essencial do Direito Minerário abarca a CFEM

O Consentimento para Lavra (representado pela Portaria de Lavra) é ato administrativo que inaugura uma relação jurídica de caráter permanente entre o minerador e o poder público.

Essa relação jurídica possui um núcleo essencial, composto das regras básicas do Direito Minerário brasileiro, as quais regulam o acesso e o aproveitamento econômico dos recursos minerais — ou seja, a aquisição, a conservação e a extinção do Título Minerário.

Consideramos que as regras pertinentes ao Direito Minerário podem ser classificadas em dois grupos: aquelas que dizem respeito ao núcleo essencial do Título Minerário e as que em nada repercutem nesse núcleo essencial.

A distinção é útil porque permite identificar as regras supervenientes à publicação da Concessão de Lavra que não podem retroagir para atingir as relações jurídicas consolidadas antes da sua vigência, que são justamente aquelas pertinentes ao núcleo essencial da concessão.

O núcleo essencial da concessão é o conjunto de regras relacionadas à (i) soberania da União sobre a atividade minerária, com a prevalência do interesse público; (ii) o regime de propriedade dos recursos minerais; (iii) a garantia ao concessionário da propriedade do produto da lavra, a quem incumbe o risco e investimento na atividade; (iv) o sistema de acesso e aproveitamento econômico dos recursos minerais,

calcado no direito de prioridade e em um sistema de atos administrativos vinculados; (v) *contraprestação devida à União — royalties*; (vi) regras relativas à perda do Título Minerário; (vii) o equilíbrio econômico relativo ao regime das sanções minerais.

### 3. A CFEM integra o plano de aproveitamento econômico aprovado pela entidade reguladora do setor de mineração

A CFEM integra o núcleo essencial do Direito Minerário, por configurar a contrapartida paga pelo minerador pelo direito de aproveitar economicamente bem da União. Faz parte da essência da concessão outorgada ao particular que este, ao concretizar seu objeto — exploração mineral —, tenha o dever de pagar a contrapartida decorrente da atividade concedida, que é justamente a CFEM.

Nesse sentido, há expressa previsão normativa de que a CFEM integre o Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) que deve ser apresentado pelo minerador à entidade reguladora do setor de mineração (ANM), como condição para a obtenção da Concessão de Lavra. É ver o artigo 1º, da Portaria do Diretor-Geral do DNPM 439/2003:

“Art. 1º. Quando dos requerimentos de concessão de lavra de que trata o art. 38 do Código de Mineração, na demonstração da economicidade do aproveitamento, deverá o interessado, obrigatoriamente, discriminar a previsão de recolhimento da CFEM resultante das operações de venda, consumo, utilização e transformação do produto mineral, bruto ou beneficiado, conforme o caso, obtida com base nas etapas de elaboração para obtenção do produto final e antes da incidência do IPI, levando em conta a escala de produção inicial e sua projeção, conforme art. 39, inciso II, alínea “a”, do mesmo Diploma Legal.

Parágrafo único. Esse procedimento também será obrigatório nos casos da proposição de alteração do Plano de Aproveitamento Econômico, de que trata o art. 51 do Código de Mineração” (grifamos).

O dispositivo em comento é esclarecedor, sob dois aspectos: (i) primeiro, ao deixar claro que a avaliação do impacto financeiro da CFEM sobre o empreendimento minerário é condição imprescindível para se avaliar sua *economicidade*; (ii) disso resulta que a CFEM, normativamente, pode ser causa da *inviabilidade econômica* do empreendimento, o que resultaria no indeferimento do pedido de Concessão de Lavra.

Ora, se a CFEM, tal qual apresentada à entidade reguladora do setor de mineração, é considerada para fins de avaliação da viabilidade econômica do empreendimento, pode-se afirmar que se trata de elemento que integra o núcleo essencial da Concessão de Lavra, a balizar prospectivamente a relação jurídica entre o minerador e o poder público.

Essa baliza, em termos quantitativos, é geradora de justa expectativa: (i) para o minerador, que planejará sua atividade econômica considerando a dimensão quantitativa da CFEM vigente à época em que aprovado o Plano de Aproveitamento Econômico; e (ii) para o poder público, que se planejará considerando a mesma dimensão quantitativa.

Isso significa, portanto, que o ato administrativo da entidade reguladora do setor de mineração, que



aprova o Plano de Aproveitamento Econômico, cria uma espécie de acordo de estabilidade fiscal no que tange à CFEM, fixando definitivamente a carga fiscal que pode ser exigida do minerador a título de *royalty*, até a exaustão da jazida.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVI, dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Trata-se de uma regra que viabiliza a realização do sobreprincípio da segurança jurídica, mediante a estabilização das relações constituídas no passado, com a confiança quanto aos efeitos delas decorrentes.

O titular de Concessão de Lavra outorgada antes da vigência do novo marco regulatório possui direito consumado — ou, pode-se dizer, ato jurídico perfeito — às regras inerentes ao *núcleo essencial* do Título Minerário, vigentes à época do ato administrativo de outorga.

É que o ato de outorga da Portaria de Lavra estabelece a relação jurídica, de caráter permanente e com produção de efeitos para o futuro entre o minerador e o poder público. Não há outro ato posterior de aplicação das normas gerais e abstratas de Direito Minerário no que se refere estritamente ao seu núcleo essencial, apenas este, de outorga do Título Minerário, que se torna permanente e passa a reger, em definitivo, as relações jurídicas que emanam do título.

Por isso é que a presente questão é resolvida pelo princípio *tempus regit actum*, que significa que o ato é regido pelo direito vigente no tempo (ou momento) da sua ocorrência. O ato de outorga do Título Minerário faz com que o minerador possua direito consumado (ou ato jurídico perfeito) a que as relações jurídicas que emanam do núcleo essencial da concessão sejam regidas, no futuro, de acordo com os direitos e obrigações abstratamente previstos no momento da outorga.

Em decisão monocrática da lavra da ministra Cármen Lúcia, o Supremo Tribunal Federal analisou caso semelhante ao presente, sob a ótica do direito consumado ao regime jurídico relativo às concessões: trata-se da decisão acerca das alterações do regime de partilha dos *royalties* do petróleo, cobrados a partir da mesma regra constitucional da CFEM (artigo 20, parágrafo 1º).

O Congresso Nacional, superando o veto da então presidente Dilma Rousseff, modificou os percentuais de partilha dos *royalties*, atribuindo-lhes inclusive a estados não produtores. Dessa forma, o governador do Rio de Janeiro ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.917/DF, deduzindo pedido subsidiário de invalidade da aplicação das novas regras aos *royalties* derivados das concessões instituídas nos termos da legislação anterior.

A ministra Cármen Lúcia acolheu a fundamentação deduzida pelo então procurador do estado do Rio de Janeiro, atual ministro Luís Roberto Barroso, de que haveria “direito adquirido às participações atreladas às concessões já celebradas, constituído nos termos das regras vigentes ao tempo da celebração”.



No caso analisado pelo STF, a decisão foi no sentido de que a modificação no regime de partilha dos *royalties* do petróleo apenas poderia se aplicar para concessões outorgadas *após* a sua vigência. Já no caso da Lei 13.540/2017, parece claro que, pelas mesmas razões, a modificação no regime da mineração, *quanto ao seu núcleo essencial*, apenas poderá se aplicar para os atos de outorga produzidos após a sua vigência.

Isso significa que a Concessão de Lavra outorgada antes da vigência da MP 789, convertida na Lei 13.540/2017, representa direito consumado — ou ato jurídico perfeito — às regras inerentes ao *núcleo essencial* do Título Minerário, vigentes à época do ato administrativo de outorga, *inclusive no que se refere à estabilidade da carga fiscal pertinente à CFEM*.

#### **4. Conclusão**

Ante o exposto, os Direitos de Lavra em geral, vigentes à época da publicação da MP 789, não podem ser alcançados pelo novo marco legal do *royalty* mineral brasileiro, que apenas pode produzir efeitos válidos sobre títulos novos.

#### **Date Created**

01/12/2018