

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REGULAÇÃO - ABAR

CÂMARA DOS DEPUTADOS

Comissão Especial – PL 37/11 – Mineração

AUDIÊNCIA PÚBLICA

O NOVO MARCO REGULATÓRIO DA MINERAÇÃO

Projeto de Lei nº 37, de 2011

(Deputado Weliton Prado)

Projeto de Lei nº 5807, de 2013

(Poder Executivo)

Palestrante: Wanderlino Teixeira de Carvalho, Geólogo e Advogado
Mestre em Administração e Política de Recursos Minerais (Unicamp)
Ex - Presidente da ABAR

24 de setembro de 2013

1 – ANTECEDENTES

- Vigora no Brasil o Código de Mineração instituído pelo Decreto-Lei nº 227/1967.
- É importante informar que, no Brasil, um Código de Mineração nunca foi aprovado pelo Congresso Nacional. Sempre foi outorgado por regimes ditatoriais.
- No Brasil, até 1967, vigorou o chamado regime de acessão em que o proprietário era o proprietário do solo dos recursos minerais. Em 1946, com o advento da Constituição daquele ano, o regime de acessão sofreu uma leve modificação: o proprietário do solo passou a ser, apenas, prioritário para a pesquisa e lavra de recursos minerais.

1 – ANTECEDENTES

- Em 1967, houve a separação do solo do subsolo, contudo, para os recursos minerais passou a vigorar o regime do *res nullius*, ou seja, os minerais passaram a ser **coisa de ninguém**.
- Em face deste novo regime para os recursos minerais foi adotado o novo Código de Mineração de 1967, outorgado pelo Regime Ditatorial de 1964, através do Decreto-Lei 227/1967. Vigora, tendo como principal instituto, o chamado **direito de prioridade**.
- Tendo por base tal **direito de prioridade**, os recursos minerais passaram a ser pesquisados e lavrados por aquele que primeiro desse entrada no Protocolo do Departamento Nacional da Produção Mineral – DNPM, de **requerimento** de pesquisa objetivando realizar trabalhos de pesquisa mineral do mineral objetivado, visando encontrar uma **ocorrência mineral** da substância requerida.

- Obtido o devido **alvará de pesquisa** e, após a realização dos trabalhos, se encontrada um **depósito mineral**, avaliada as suas reservas e feito o necessário estudo de viabilidade da sua lavra, em caso de viabilidade comprovada, tal depósito se transforma em uma **jazida mineral**.
- Outorgada a Concessão desta jazida mineral, ela ao ser lavrada, transforma-se em uma **mina**.
- Observa-se que a União, no contexto deste fluxograma, **praticamente não realiza a administração ou gestão dos recursos minerais do País**, limitando-se a aprovar relatórios técnicos nestas diversas fases, quando o autorizatário e/ou concessionário procedesse de acordo com as disposições do Código de Mineração de 1967. Se não aprovasse, a área objeto do alvará de pesquisa retornaria ao de “status” de área livre.
- Como o DNPM sempre foi muito flexível (e até volátil), na prática, o autorizatário pode controlar, até durante décadas, o domínio da área que pode ser promissora para determinada substância mineral, usando uma nova profissão surgida na década de 70, chamado de “fileiro”, porque este trabalhador fica 24 horas por dia na fila do protocolo do DNPM, pago pelo minerador, para, quando necessário, entrar em primeiro lugar com o requerimento de uma nova área ou mesmo da antiga, objetivando manter o controle de seu domínio.

2 – ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

- Durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 os recursos minerais polarizaram os constituintes e passaram a ser uma das questões mais polêmicas de todo o processo constituinte.
- Como resultado desta Assembleia os recursos minerais passaram a ser:
 - propriedade da União;
 - a pesquisa e a lavra deles **somente** poderão ser efetivadas se for **do interesse nacional com a concessão podendo ser suspensa ou revogada a qualquer tempo, desde que motivada, cabendo indenização dos investimentos realizados;**
 - Concessão por tempo determinado;
 - continuou a separação entre o solo e o subsolo;
 - o concessionário passou a ser o proprietário do produto da lavra;
 - o fazendeiro passou a ter participação no resultado da lavra;
 - o concessionário é obrigado a pagar à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município onde se localiza a mina, um *royalty* igual a um determinado percentual do faturamento líquido da comercialização do minério produzido.

3 – OS PROJETOS DE LEI RELATIVOS AO NOVO MARCO REGULATÓRIO DA MINERAÇÃO

- O Projeto de Lei nº 37, de 2011 do ilustre Deputado Federal WELITON PRADO é bastante interessante e no geral segue a mesma linha político-administrativa dos recursos minerais daquele Projeto de Lei nº 5807/2013, do Poder Executivo, embora seja menos detalhado. Assim, nesta palestra será tomado por base o Projeto de Lei do Poder Executivo.
- Depois de quase 25 anos, o Poder Executivo resolveu adotar no Brasil um Novo Marco Regulatório da Mineração, através do Projeto de Lei nº 5807/13, enviado à Câmara dos Deputados.

3 – OS PROJETOS DE LEI RELATIVOS AO NOVO MARCO REGULATÓRIO DA MINERAÇÃO

- As principais inovações deste Projeto de Lei são:
 - o aproveitamento dos recursos minerais é atividade de **utilidade pública e de interesse nacional**;
 - o **acesso ao recurso mineral**, que no Código de Mineração em vigor, é feito pelo minerador, **quase que livremente**, em relação ao Estado, sem maiores problemas, desde que consiga requerer no Protocolo do DNPM a área de seu interesse, **no Novo Marco Regulatório**, é extinto o direito de prioridade e, em consequência, o acesso ao recurso mineral dependerá de 3 situações específicas, sob total controle **estatal** (que praticamente não existe atualmente):
 - ❖ através de **processo licitatório**, para a obtenção de áreas e recursos minerais consideradas como estratégicas e/ou especiais para a União, sob seu controle total, via **concessão de até 40 anos, prorrogável de 20 em 20 anos**;
 - ❖ através de **chamada pública**, para áreas de menor relevância estratégica, também sob controle total da União, **embora mais simplificado do que o anterior**, via **concessão**;
 - ❖ sem processo licitatório ou de chamada pública, com baixo controle da União, via **autorização** para as seguintes substâncias minerais:
 - minérios para emprego imediato na construção civil;
 - argilas destinadas à fabricação de tijolos, telhas e afins;
 - rochas ornamentais;
 - água mineral;
 - minérios empregados como corretivos de solo na agricultura.
- A concessão será outorgada através de contrato, após a licitação ou a chamada pública.

- **comentários relevantes** acerca do Novo Marco Regulatório da Mineração:
 - **A extinção do direito de prioridade**, ainda vigente no atual Código de Mineração, é a **medida mais polêmica** da iniciativa governamental e tem causado **grande revolta** entre os **pequenos autorizatários de pesquisa mineral e de pessoas físicas**, alegando que, fatalmente, ocorrerá **enorme decréscimo nos trabalhos de prospecção mineral e de pesquisa mineral**, com **grande retrocesso no processo de geração de novas reservas minerais**.
 - Entretanto, o Governo Federal não tinha outra alternativa, uma vez que o **direito de prioridade**, antes da Constituição Federal de 1988 era **perfeitamente constitucional** em face do regime vigente do *res nullius* (não é de ninguém, o que não permitia realizar licitação, uma vez que os recursos minerais não eram propriedade de ninguém e nem da União);
 - Com o advento da Constituição Federal de 1988, os recursos minerais (que não pertenciam à ninguém) passaram a partir de 5 de outubro de 1988, a **constituírem propriedade da União**, sendo evidente para qualquer jurista, que, para serem concedidas, é absolutamente necessário, que ocorra o devido processo licitatório ou de chamada pública, como previsto no Projeto de Lei.

- Em realidade, o instituto do direito de prioridade para a pesquisa e lavra dos recursos minerais existente no atual Código de Mineração não foi recepcionado pelo atual texto constitucional, não tendo sido declarada sua inconstitucionalidade porque tal direito nunca foi questionado junto ao STF que é inerte e só age se questionado.
- De qualquer forma, se o Congresso Nacional não encontrar uma saída para o impasse, muito provavelmente ocorrerá um severo retrocesso no processo de geração de reservas minerais no Brasil, principalmente, enquanto durar a atual crise financeira mundial que tem levado as grandes empresas de mineração do mundo (BHP – Billiton, Vale, Anglo-Americana, Rio Tinto Zinc e outras poderosas empresas de mineração) a diminuírem substancialmente os seus recursos financeiros orçamentários (em até 35% ou mais) para aplicação nos seus setores de exploração mineral (prospecção e pesquisa mineral no Brasil).

- É possível uma saída para o impasse que foi criado?
Acredito que sim! Como?

- Com as emendas que foram apresentadas, através do processo de fusão de emendas (permitido pelo Regimento da Câmara dos Deputados) é **possível criar um novo direito que, embora seja juridicamente totalmente diferente do direito de prioridade (que é inconstitucional)**, é, na prática quase igual e ele, o que poderá manter o atual ritmo de pesquisa mineral ou, na pior das hipóteses, diminuir o ritmo atual de investimentos, porém bastante superior à situação que ocorrerá caso ele não seja adotado.
- Trata-se de criação **de um novo direito de preferência** (em contraposição ao direito de prioridade em vigor). E **como poderia ser viabilizado juridicamente este novo direito de preferência?**

- Vejam os textos de duas emendas apresentadas pelo ilustre Deputado Federal ARNALDO JARDIM (PPS-SP):

❖ **EMENDA ADITIVA N° 065A4C6200**

Acrescente-se ao art. 12 do projeto parágrafo com a seguinte redação:

“Art. 12 ...

§ No caso de chamada pública, ao interessado que houver solicitado o início do processo ao poder concedente será concedido o direito de oferecer proposta em condições mais favoráveis do que às da oferta vencedora de terceiro, na forma do regulamento.”

- ❖ Esta emenda por si só, se passar a fazer parte da futura Lei, **criará, na prática, o direito de preferência**, que propiciará a continuidade dos trabalhos de prospecção e pesquisa mineral pelas “juniors companies” quase nos mesmos moldes de que acontece atualmente.

❖ EMENDA ADITIVA N° 62F9DA5B52

Acrescente-se o seguinte parágrafo ao art. 25 do projeto:

“Art. 25 ...

§ 6º A realização de estudos geológicos, geoquímicos, geofísicos e de pesquisa mineral em áreas consideradas livres de direitos minerários deverá ser informada à Agência Nacional de Mineração para fins de registro, não gerando direito de preferência para a obtenção de concessão de lavra de recursos minerais, contudo, se realizados e forem aprovados pela ANM para inclusão nos programas de licitações ou de chamadas públicas de concessões, será assegurado à pessoa jurídica interessada o ressarcimento dos respectivos custos incorridos pelo vencedor da licitação ou chamada pública, nas condições estabelecidas no edital, caso não tenha vencido o procedimento licitatório ou de chamamento público, dos quais poderá participar.”

❖ Esta emenda foi baseada em dispositivo semelhante existente no Marco Regulatório do Setor Elétrico, com bom sucesso.

- ❖ Caso seja feita a fusão das duas emendas aditivas do Deputado ARNALDO JARDIM (PPS-SP) de números 065A4C6200 e 62F9DA5B52, obter-se-á uma terceira emenda com a seguinte redação:

Acrescente-se o seguinte parágrafo ao art. 25 do projeto de lei:

“Art. 25 ...

§ 6º A realização de estudos geológicos, geoquímicos, geofísicos e de pesquisa mineral em áreas consideradas livres de direitos minerários deverá ser informada à Agência Nacional de Mineração para fins de registro, se realizados e forem aprovados pela ANM para inclusão nos programas de licitações ou de chamadas públicas de concessões, será assegurado à pessoa jurídica interessada o ressarcimento dos respectivos custos incorridos pelo vencedor da licitação ou chamada pública, nas condições estabelecidas no edital, caso não tenha vencido o procedimento licitatório ou de chamamento público nos quais poderá participar, ou, alternativamente, ser-lhe concedido o direito de oferecer proposta em condições mais favoráveis do que às da oferta vencedora de terceiro, na forma do regulamento.”

❖ Observa-se que esta emenda de fusão é, ainda, mais vantajosa quanto a um eventual direito de preferência que seria criado em relação a primeira emenda, na medida em que diminui substancialmente os elevados riscos financeiros da prospecção e pesquisa mineral iniciais de uma determinada área e/ou ambiente geológico, propiciando às “juniors companies” continuar suas operações, o que, muito provavelmente, não será possível sem o advento deste dispositivo na nova lei minerária (ou daquele gerado pela primeira emenda, embora em menor escala). Pode ser que este **novo direito de preferência** seja mais favorável e promissor do que o **atual direito de prioridade** existente no atual Código de Mineração que, contudo, não oferece segurança jurídica por ser claramente inconstitucional.

- ❖ Emenda definindo o que será o **interesse nacional** na pesquisa e lavra de recursos minerais apresentada pelo Deputado ARNALDO JARDIM (PPS-SP):

Acrescente-se o seguinte inciso ao art. 2º do projeto:

“Art. 2º ...

XII – interesse nacional – é o mesmo que o interesse público como considerado juridicamente em conjunto ou isoladamente para os entes federativos, sendo definido pelo Presidente da República quando proposto pelo Conselho Nacional de Política Mineral tendo por base estudos elaborados e atualizados, pelo menos, a cada 3 (três) anos, pela Agência Nacional de Mineração e aprovados pelo Ministro de Minas e Energia para toda substância mineral, considerando sua importância internacional, nacional, regional, estadual, distrital, municipal e setorial, específica e/ou geral, suas reservas, produção, demanda, oferta, importação, exportação e preços, sua geologia e tecnologia de pesquisa, lavra, metalurgia, química ou cerâmica, dentre outras particularidades que possam torná-la estratégica para o Brasil e/ou outros países;”

- ❖ Acredito que esta emenda relativa ao interesse nacional na pesquisa e lavra de recursos minerais é muito importante e deveria ser incorporada ao futuro marco regulatório da mineração caso o Poder Executivo, no futuro, tenha o interesse de fazer valer as disposições do art. 20 do projeto de Lei nº 5807, de 2013 (caso tal artigo seja incorporado na nova lei), senão poderá ter grandes dificuldades no Poder Judiciário para conseguir que ele seja observado.

4 – CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO – ANM E DO CONSELHO NACIONAL DE POLITICA MINERAL – CNPM

▪ A Teoria do Triângulo da Regulação:

- O objetivo da regulação é a mediação entre os 3 (três) atores institucionais da regulação: poder concedente (governo), os operadores do serviço ou atividade regulada (concessionária) e os seus usuários (população), visando mediar e resolver os naturais conflitos que surgem entre estes 3 (três) atores institucionais.
 - Assim a ação do regulador deve ser feita com muito critério e responsabilidade. Em realidade, ele navega no *“fio da navalha”*, de forma a manter, o máximo possível, o equilíbrio entre os 3 (três) atores institucionais da regulação;
- A criação da ANM é um grande passo no sentido de melhorar a eficiência da gestão pública dos recursos minerais brasileiros.
- Respeitando a posição de alguns estudiosos da regulação que defendem as Agência Reguladoras somente para o **serviço público**, em sentido estrito (art. 175 da CF), defendo que elas também são importantes para a regulação das atividades econômicas sujeitas à regulação, como é o caso do petróleo e gás (ANP) e da mineração.

4 – CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO – ANM E DO CONSELHO NACIONAL DE POLITICA MINERAL – CNPM

- Contudo, dada a complexidade do setor mineral em termos legais, técnicos e econômicos o sucesso inicial da ANM poderá ser comprometido caso a sua primeira Diretoria Executiva não seja de comprovada competência e de grande conhecimento das particularidades da mineração e, sobretudo, caso não tenha a necessária seriedade e moralidade administrativa e política, em face da atual difícil situação que atravessa o setor regulatório neste aspecto, em termos gerais.

4 – CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO – ANM E DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA MINERAL – CNPM

- Neste contexto, chamo a atenção quanto ao pernicioso fenômeno da **captura** que é tradição no Brasil, nas suas atividades regulatórias em geral, seja aquelas realizadas por Agências Reguladoras, seja aquelas feitas por outros órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual e municipal. São muitas as formas de **captura**, contudo, as principais e mais danosas aos interesses públicos são as seguintes:
 - A **Captura Ideológica e Partidária**, em que reguladores preferem sucumbir aos interesses ideológicos e/ou partidários em detrimento da independência decisória do ente regulador. Ex. O caso do FED nos Estados Unidos.
 - A **Captura pela incompetência** dos reguladores, em que estes tomam decisões técnicas e/ou legais equivocadas que podem desequilibrar o triângulo da regulação, favorecendo um (ou outro) dos três atores institucionais, prejudicando os demais, rompendo o necessário equilíbrio que deve vigorar na ação reguladora e, levando, frequentemente a judicialização da regulação.
 - A **Captura** através da pura e simples corrupção, em que o regulador (ou reguladores) é comprado por um dos 3 (três) atores institucionais da regulação.

4 – CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO – ANM E DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA MINERAL – CNPM

- Por outro lado, a equipe de reguladores da ANM deve ser, idealmente, a mais eclética em termos jurídicos, científicos e tecnológicos possíveis em face da enorme diversidade geológica, tecnológica e econômica em que atua a indústria da mineração: são várias centenas de substâncias minerais que são utilizadas em praticamente todos os setores econômicos produtivos (indústria e agricultura, principalmente), cada uma delas com suas especificidades científicas, tecnológicas e econômicas e rebatimentos internos e externos de um mercado essencialmente especializado e com características oligopolísticas, em que o enorme risco é a variável dominante.
- Quanto a forma legal com que a ANM foi concebida no Projeto Lei, pode-se considerar que ela está adequada e segue o mesmo padrão administrativo das demais Agências Reguladoras Federais.
- Quanto ao CNPM, ele está sendo proposto tendo por base o exemplo do CNPE (Conselho Nacional de Política Energética). A crítica é a não participação, nele, da sociedade civil organizada.

5 – CUSTOS PARA O SETOR MINERAL

- Com certeza o Novo Marco Regulatório da Mineração aumentará, sobremaneira, o custo das atividades de mineração no Brasil, em face das novas despesas nele previstas para a outorga de direitos minerários (que hoje são praticamente inexistentes), tais como:
 - bônus de assinatura, o que será pago após o processo licitatório ou de chamada pública, na assinatura dos contratos de concessão;
 - bônus de descoberta, a ser pago após a declaração de comercialidade da nova jazida;
 - participação no resultado da lavra;
 - programa exploratório mínimo;
 - taxa de fiscalização.

- observa-se que tais custos são semelhantes na forma e não no preços aos contratos existentes para o petróleo e gás.
- além dos custos referidos acima (que são inexistentes no atual modelo de mineração) ocorrerá aumento nos *royalties* da mineração, que poderá, inclusive dobrar ou mais em relação aos valores atuais. A alíquota será de até 4% da receita bruta, deduzidos os tributos efetivamente pagos incidentes sobre a comercialização do produto da lavra.
- o valor a ser pago ao superficiário do solo será de 20% da CFEM (se a Bancada Ruralista deixar).
- o pagamento anual pela ocupação da área, será definido pela ANM.
- O valor das multas administrativas variará entre R\$ 10.000,00 até R\$ 100.000.000,00.

6 – TRANSIÇÃO DO ATUAL CÓDIGO DE MINERAÇÃO PARA O NOVO MARCO REGULATÓRIO DA MINERAÇÃO

- Esta questão da transição relativa aos direitos minerários outorgados sob a égide do atual Código de Mineração para o Novo Marco Regulatório da Mineração, regulado pelo Capítulo IX das DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS tem causado grande preocupação aos mineradores.
 - A citada transição, art. 44, será feita, em resumo, da seguinte forma:
 - I – caso a pesquisa não tenha sido iniciada no prazo legal, será concedido prazo adicional de sessenta dias para seu início, sob pena de revogação da autorização de pesquisa;
 - II – caso a pesquisa esteja em andamento, o titular poderá concluir a pesquisa e apresentar o relatório final, aplicando-lhe o disposto no inciso III; e
 - III – caso o relatório final de pesquisa tenha sido aprovado ou o requerimento de concessão de lavra tenha sido apresentado, será deferida a respectiva concessão de lavra, cujo contrato será firmado nos termos desta Lei.
- § 1º As autorizações de pesquisa expedidas antes da data de publicação desta lei poderão ser prorrogadas por até um ano, contado a partir do termo final da respectiva autorização, desde que comprovada a execução dos trabalhos de pesquisa previstos.

- As concessões de lavra serão preservadas (art. 45).

- Os direitos minerários para os quais os respectivos trabalhos não tenham sido iniciados nos prazos legais previstos no Decreto-Lei 227/1967, serão caducados, com exceção daqueles que tenham:
 - I. pedido de suspensão temporária de lavra aceito pela autoridade competente;
 - II. paralisação tecnicamente justificada e aceita pela ANM; ou
 - III. ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Parágrafo único. O titular de concessão de lavra cujos trabalhos de aproveitamento estiverem suspensos na data de publicação desta Lei deverá reiniciar a atividade de lavra no prazo de um ano, sob pena de caducidade do título.

7 – PAPEL DA CPRM NO NOVO MODELO DE MINERAÇÃO PROPOSTO (art. 49)

- Em resumo, a CPRM terá um papel relevantíssimo no novo modelo de mineração, principalmente, porque será ela a entidade oficial que irá definir as áreas que serão submetidas a licitação ou chamadas públicas visando a outorga de direitos minerários.
- Esta inovação preocupa sobremaneira a comunidade geológica, na medida em que a CPRM, que é o Serviço Geológico do Brasil, poderá deixar as tarefas inerentes a tal serviço em segundo plano e passar a privilegiar a seleção de áreas para licitação e chamadas públicas, o que será lamentável, caso aconteça.

7 – PAPEL DA CPRM NO NOVO MODELO DE MINERAÇÃO PROPOSTO (art. 49)

- A probabilidade de que esta deformação institucional ocorra é grande, principalmente se não for adotado no novo marco regulatório da mineração, algo como o **direito de preferência** que estou propondo em substituição ao atual **direito de prioridade**, na medida em que a CPRM, então, será a única instituição a propor áreas para licitação em chamadas públicas, objetivando a outorga de concessões de pesquisa e lavra e, fatalmente, o serviço geológico propriamente dito ficará em segundo plano.

OBRIGADO!!

Wanderlino Teixeira de Carvalho
wanderlinoteixeira@hotmail.com