



Conselho de Altos Estudos e Avaliação Tecnológica

SETOR MINERAL: RUMO A UM NOVO MARCO LEGAL

2 de dezembro de 2010

PAINEL II

**ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA CONCESSÃO MINERAL, O
INTERESSE PÚBLICO DOS RECURSOS MINERAIS COMO BENS DA
UNIÃO, A AUTORIZAÇÃO E A CONCESSÃO DE PESQUISA E DE LAVRA
À LUZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS ASPECTOS
CONSTITUCIONAIS DO CÓDIGO DE MINERAÇÃO.**

**Roberto Carlos Martins Pontes
Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados**



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

Agenda

- ⇒ **Considerações iniciais**
- ⇒ **O regime constitucional atual**
- ⇒ **A natureza jurídica da concessão mineral**
- ⇒ **O direito de prioridade face à possibilidade de competição**
- ⇒ **A constitucionalização do Direito Administrativo**
- ⇒ **Conclusões**



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

A atividade minerária - contextualização

- ⇒ decisiva para o desenvolvimento das nações**
- ⇒ demanda vultosos investimentos**
 - ⇒ indispensável atuação do setor privado**
 - ⇒ ambiente de segurança jurídica (regras claras e estáveis)**
- ⇒ rigidez locacional**
- ⇒ forte impacto ambiental**
- ⇒ recursos não renováveis**



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

Breve histórico constitucional

- ⇒ **Todas as Constituições brasileiras trataram do tema**
 - ⇒ **1891** → sistema da acessão (propriedade do solo = proprietário da jazida)
 - ⇒ **1934** → sistema da concessão (princípio da dualidade)
 - ⇒ **1937** → manteve a dualidade e passou a exigir que os concessionários fossem brasileiros ou empresas constituídas por brasileiros
 - ⇒ **1946** → manteve o sistema de concessão, garantindo ao proprietário o direito de preferência à exploração
 - ⇒ **1967** → aboliu o direito de preferência do proprietário do solo



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

Legislação atual

⇒ Código de Mineração (DL nº 227/1967)

⇒ Exposição de motivos

⇒ adaptação à evolução tecnológica proporcionada pelo pós-guerra

⇒ proteção à competitividade nacional

⇒ fomento à produção mineral

⇒ adaptação da legislação à conjuntura de então

⇒ O ambiente do século XXI apresenta novos desafios em relação ao que conformou a legislação minerária na década de 1960.



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

As mudanças advindas do novo regime constitucional

- ⇒ A CF/88 redefiniu o sentido e o alcance de vários institutos do direito administrativo.
- ⇒ É a legislação minerária que deve ser interpretada pela lente da Constituição; não o oposto.
 - ⇒ A Concessão mineral e direito de prioridade são institutos que devem ser compreendidos à luz da Constituição.



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

As mudanças advindas do novo regime constitucional

⇒ **Objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 3º, III)**

⇒ ***“erradicação das desigualdades sociais e regionais”.***

⇒ **O povo brasileiro deve tornar-se “sócio” da prosperidade do Brasil, e não mero expectador.**

⇒ **Chave teórica → a correta exegese da expressão “interesse nacional” - inovação da CF/88 -, contida no art. 176, §1º.**

⇒ **Visão **parcial** → apenas a retirada das riquezas minerais que jazem inertes no subsolo já atenderia o interesse nacional.**



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

O regime constitucional atual

- ⇒ **Compensação financeira (art. 20, §1º)**
- ⇒ **Dominialidade (art. 20, IX)**
- ⇒ **Competência legislativa privativa (art. 22, XII); comum (art.23, XI); e concorrente (art. 24, VI)**
- ⇒ **Competências do Congresso Nacional (art. 48, V) - dispor sobre bens da União) e exclusiva (art. 49, XVI) - terras indígenas**
- ⇒ **Garimpo (art. 21, XXV e art. 174, §§ 3º e 4º)**
- ⇒ **Questões ambientais (art. 225, §2º)**
- ⇒ **Faixa de fronteira (art. 91, §1º, III)**
- ⇒ **Regras de aproveitamento em terras indígenas (art. 231, §3º)**



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

O regime constitucional atual (núcleo)

⇒ **Art. 176 ...**

⇒ *§1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, **no interesse nacional**, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)*



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

A natureza jurídica da concessão mineral

⇒ A correta compreensão da natureza jurídica da concessão mineral, nos termos da CF/88, é essencial para um debate profícuo sobre reformas legislativas.

⇒ **Concessão vs. “Consentimento”**

⇒ Equívoco do legislador constituinte ??? - **NÃO !!!**

⇒ Instituto específico do direito minerário, para designar ato administrativo “*sui generis*” ??? - **NÃO !!!**

⇒ “Ato administrativo vinculado” ??? - **NÃO !!!** (“*Ginástica hermenêutica*”)



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

A natureza jurídica da concessão mineral

⇒ **Concessão** → pluralidade de configurações. Gênero.

⇒ **Espécies**

⇒ concessão de serviço público

⇒ concessão de obra pública

⇒ concessão de uso de bem público

⇒ concessão florestal

⇒ concessão para exploração de minas e jazidas

⇒ ...

⇒ ***“A tentativa de produzir uma solução única para a concessão não encontra respaldo na ordem jurídica”***. (Justen Filho, Marçal. *“As diversas configurações da concessão de serviço público”*).



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

A natureza jurídica da concessão mineral

⇒ **Concessão** → viável a categorização.

⇒ Constitutiva (ou translativa)

⇒ De exploração (ou temporária/perpétua, remunerada/gratuita, utilidade pública)

⇒ Dominial (e de serviços públicos)

⇒ A CF/88 (art. 176) refere-se ao gênero **CONCESSÃO**, do qual é espécie a **CONCESSÃO MINERAL**.

⇒ A **CONCESSÃO MINERAL** é de natureza dominial e constitutiva; classificada como “**CONCESSÃO DE USO E EXPLORAÇÃO DE BEM PÚBLICO**”, a ser conformada por legislação específica.



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

A natureza jurídica da concessão mineral

⇒ **Concessão** → Instituto de assento constitucional, de conformação essencialmente legal.

⇒ Regime jurídico de direito público → **CONTRATO ADMINISTRATIVO**. (prazo determinado; condições de prorrogação; critérios de extinção; garantias; prestação de contas; sanções; auditorias e fiscalizações; responsabilidade ambiental; condições de trabalho, etc.)

⇒ Exemplos de concessões de lavra por prazo determinado → África do Sul (30a +), Austrália (21a +); Índia (20a-30a); Austrália (21a +).

⇒ (fonte: apresentação do Diretor-Geral do DNPM Miguel ^a C. Nery, no 1º Congresso Internacional de Direito Minerário, realizado em Salvador-BA, em 9/6/2010. Disponível em <http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00000717.pdf>)



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

Quadro comparativo - prazos de concessão

País	Prazo de concessão de lavra	Prazo de pesquisa
África do Sul	30 anos, renovado por no máximo mais 30 anos	Até 5 anos. Pode ser renovado apenas uma vez por um período não maior que 3 anos.
Chile	Indeterminado	2 anos, prorrogáveis por igual período
Colômbia	30 anos, prorrogáveis por, no máximo, 20 anos	3 anos, prorrogáveis, em períodos de 2 anos, até o limite total de 11 anos.
Canadá Ontário	21 anos, no máximo	Concessão Ministerial
Canadá Quebec	20 anos, renováveis pelo período de 10 anos, até o limite de 50 anos, e após, por prazo indeterminado	Ilimitado, como taxa progressiva
South Australia	21 anos, prorrogáveis	5 anos, renováveis pelo Ministro em casos específicos
Western Australia	21 anos, prorrogáveis	Exploração inicial e licença de retenção (na maioria das concessões garantida por cinco anos, renováveis) e inclui direito de prioridade para requerer o direito de garantia do título de lavra.
Índia	20 a 30 anos	Licença de pesquisa: máximo de 3 anos; licença de reconhecimento: 3 anos, prorrogáveis por até 5 anos.



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

O direito de prioridade

- ⇒ Regime de primeiro no tempo → aplicação da regra da descoberta - remonta ao período colonial.
- ⇒ Recursos minerais → bens da União
- ⇒ Interessados na exploração → tratamento isonômico
- ⇒ Mais de um interessado → possibilidade de competição + atendimento do interesse nacional → certame licitatório



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

O direito de prioridade

⇒ O interesse público não é prestigiado quando a regra contempla, entre vários interessados, aquele que primeiro alcançar o guichê do protocolo.

⇒ Não deve haver privilégio de ordem cronológica em desfavor de aspectos técnicos / econômicos, tendo sempre em vista o “**interesse nacional**”

⇒ Alternativas de competição (legítima prognose legislativa)



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

Direito Constitucional e Administrativo

- ⇒ A CF/88 redefiniu o sentido e o alcance de vários institutos do direito administrativo.
- ⇒ Vinculação e discricionariedade (“A Administração Pública aproveita-se para tentar atuar segundo uma discricionariedade que não existe?”)
- ⇒ Administração Pública → mero verificador do atendimento de requisitos burocráticos ?
- ⇒ Discricionariedade vs. Arbitrariedade
- ⇒ Direito Fundamental → direito a uma boa administração (art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia - Carta de Nice, 2000)



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

Direito Constitucional e Administrativo

⇒ *“A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade”.*

⇒ *“(...) O discurso da autonomia do direito administrativo serviu de pretexto para liberar administradores públicos da normatividade constitucional. A mesma reflexão pode ser feita em relação à discricionariedade administrativa. Durante muito tempo (...), a discricionariedade era definida como uma margem de liberdade decisória dos gestores públicos, sem qualquer remissão ou alusão aos princípios e regras constitucionais”.*



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

Direito Constitucional e Administrativo

⇒ “Ocorre que o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX” → **conceitos relacionados ao princípio da legalidade e discricionariedade administrativa.**

⇒ “O conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás”.

⇒ (A Constituição é hoje o fundamento primeiro do agir administrativo (Canotilho)).



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

Conclusões

- ⇒ A legislação atual deve ser interpretada pela lente da CF/88
- ⇒ A legislação minerária precisa ser adequada aos objetivos, fundamentos, princípios e regras da Carta da República.
- ⇒ O eixo central orientador da exploração mineral deve ser o **“interesse nacional”**.
- ⇒ A natureza jurídica da Concessão Mineral ➔ natureza dominial e constitutiva; classificada como **“CONCESSÃO DE USO E EXPLORAÇÃO DE BEM PÚBLICO**, a ser conformada por legislação específica.
- ⇒ Direito de prioridade ➔ Deve ser repensado (mitigado ou extinto).



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

Conclusões

⇒ **Sugestões genéricas:**

- ⇒ **Definição de critérios de escolha das propostas que melhor atendam o interesse público.**
- ⇒ **Utilização de contratos administrativos nas concessões.**
- ⇒ **Redução drástica de expedientes burocráticos e valorização da eficiência, agilidade e transparência.**
- ⇒ **Criação de instrumentos que viabilizem a efetiva gestão dos recursos minerais.**
- ⇒ **Combate à inércia de empreendimentos que, movidos pelo baixo custo, mantêm extensas áreas improdutivas → sanções suficientes para desencorajar condutas contrárias ao IP.**



Setor mineral: rumo a um novo marco legal

⇒ “*Sou a favor que se mude o Código Mineral. O Código Mineral no Brasil é muito fraco. Você pode ‘sentar em cima’ de áreas do tamanho da Bolívia sem pagar nada, sem performance. Está errado! E o ‘royalty’ é muito baixo. Tem que mudar’.*”

⇒ Eike Batista - Empresário do setor minerário, em entrevista ao programa Roda Viva, da TV Cultura, em 30/08/2010.