

PONTIFÍCA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Raphael Boechat Alves Machado

PROPRIEDADE MINERÁRIA:
a análise da propriedade mineral pela perspectiva do direito da concorrência

Belo Horizonte
2019

Raphael Boechat Alves Machado

PROPRIEDADE MINERÁRIA:
a análise da propriedade mineral pela perspectiva do direito da concorrência

Tese apresenta ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Área de concentração: Reconstrução dos paradigmas do direito privado no estado democrático de direito.

Belo Horizonte

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M149p Machado, Raphael Boechat Alves
Propriedade minerária: a análise da propriedade mineral pela perspectiva do direito da concorrência / Raphael Boechat Alves Machado. Belo Horizonte, 2019.

203 f. : il.

Orientador: Eduardo Goulart Pimenta

Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Mineração - Aspectos econômicos - Brasil. 2. Mineração - Aspectos jurídicos. 3. Indústria extrativa mineral - Aspectos jurídicos. 4. Recursos minerais - Brasil. 5. Direito de minas - Legislação - Brasil. 6. Minas e recursos minerais - Brasil. I. Pimenta, Eduardo Goulart. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.249

Raphael Boechat Alves Machado

PROPRIEDADE MINERÁRIA:

a análise da propriedade mineral pela perspectiva do direito da concorrência

Tese apresenta ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Reconstrução dos paradigmas do direito privado no estado democrático de direito.

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta - PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães - PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva - UFMG (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira - UFPR (Banca Examinadora)

Prof. Dra. Taisa Maria Macena de Lima (Suplente) - PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 02 de dezembro de 2019.

Para Luciana e Frederico,
síntese daquilo de mais valioso que se tem.

AGRADECIMENTOS

O agradecimento é o reconhecimento pelo companheirismo e solidariedade nesta jornada, tornando-se por isto essencial, como forma de reconhecer o valor de tantas pessoas que nos estenderam a mão e mostraram caminhos, seja na vida pessoal ou mesmo na profissional.

Sinto, pois, realizado ao ver que tantos me foram (e são!) caros e solidários, pelo que a todos abraço, com sinceridade, sendo em especial referenciados meus familiares, amigos e colegas de trabalho.

Qualquer outra forma de denominação será redundante para confirmar e formalizar o quanto vocês são fundamentais.

Ao PPGD da PUC Minas fica o agradecimento especial pela contribuição na minha formação acadêmica, sintetizado este no Professor Dr. Eduardo Goulart Pimenta, a quem ressalto o valor e distinção pela inestimável orientação.

Por fim, ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, cuja sabedoria e ensinamentos são, senão, uma sempre e valiosa lição de vida.

“If you’re going to try, go all
the way.
Otherwise, don’t even start.”
Charles Bukowski.

RESUMO

A atividade minerária, em que pese a robustez econômica e ainda a essencialidade para o desenvolvimento da nação, possui ainda tímido enfrentamento doutrinário e jurisprudencial, trazendo por isso insegurança jurídica. A proposta então deste trabalho é trazer a tona os dilemas e incertezas, jurídicas e semânticas, que gravitam em torno do direito minerário, estabelecendo, a partir da compreensão da autonomia deste ramo jurídico, uma nova abordagem sobre o tema da propriedade minerária. Atualmente, novos contornos têm sido postos sobre o direito de propriedade, como a multipropriedade, o que alça este secular instituto a um novo patamar da compreensão humana, sendo por isto oportuno e valioso e analisar sob a perspectiva de uma nova proposta o direito minerário.

Palavras-chave: Propriedade. Mineração. Economia.

ABSTRACT

The mining activity, despite the economic robustness and the essentiality for the development of the nation, still has a shy doctrinal and jurisprudential confrontation, thus bringing legal uncertainty. The purpose of this paper is to bring to light the dilemmas and uncertainties, legal and semantic, that gravitate around the mining law, establishing, from the understanding of the autonomy of this legal branch, a new approach on the subject of mining property. Nowadays, new contours have been put on property rights, such as multi-ownership, which raises this secular institute to a new level of human understanding, which is why it is timely and valuable to analyze mining law from the perspective of a new proposal.

Keywords: Property. Mining. Economy.

ZUSAMMENFASSUNG

Obwohl die Bergbautätigkeit für die Wirtschaft und die Entwicklung der Nation von wesentlicher Bedeutung ist, ist das Thema akademisch und vor Gerichten noch kaum behandelt, was zu Rechtsunsicherheit führt. Das Ziel dieses Artikels ist über die Ungewissheiten und Besonderheiten von der Bergbautätigkeit aus rechtlicher Perspektive zu diskutieren, und neue Konzepte für die Themen Bergbau und Eigentumsrechte aus dem Verständnis der Autonomie dieses Rechtsgebietes zu entwickeln. Heutzutage gibt es mehrere Definitionen für das Eigentumsrecht, wie zum Beispiel die Teilzeitnutzungsrechte, und dieser Fakt führt zu einem neuen menschlichen Verständnis des Themas. Deshalb ist es sinnvoll, das Bergbaurecht aus einer neuen Perspektive zu analysieren.

Stichwörter: Eigentum. Bergbau. Wirtschaft.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Quais são os principais fatores prejudiciais a mineração?	38
Gráfico 2 - Você entende que a concessão de lavra.....	39
Gráfico 3 - Você considera claro e seguro o atual modelo?	39
Gráfico 4 - Sendo negada a concessão, você considera que:	40

LISTA DE MAPA

Mapa 1 - Controle x Poder Econômico.....	42
--	----

LISTA DE TABELA

Tabela 1 - Resumo do Comércio Exterior por substâncias (2º/2017).....	50
---	----

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Relação entre ocorrências minerais.....	96
Figura 2 - Contingências ambientais	173

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
AIR	Análise de Impacto Regulatória
ANM	Agência Nacional de Mineração
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
BACEN	Banco Central do Brasil
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CFEM	Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CSLL	Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
DNOCS	Departamento Nacional de Obras Contra as Secas
DNPM	Departamento Nacional de Produção Mineral
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
IBRAM	Instituto Brasileiro de Mineração
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
IOF	Imposto sobre Operações de Crédito
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IR	Imposto de Renda
IRPJ	Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas

LINDB	Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
MDIC	Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
MS	Ministério da Saúde
NBR	Norma Brasileira
OCDE	Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	Organização das Nações Unidas
PASEP	Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público
PIB	Produto Interno Bruto
PIS	Programa de Integração Social
PL	Projeto de Lei
RIMA	Relatório de Impacto Ambiental
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAH	Taxa Anual por Hectare
TCU	Tribunal de Contas da União
UNIPAC	Universidade Presidente Antônio Carlos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	31
2	ASPECTOS GERAIS DA EXPLORAÇÃO MINERÁRIA.....	35
2.1	A exploração minerária	35
2.1.1	<i>A análise do impacto regulatório da nova proposta</i>	<i>35</i>
2.1.2	<i>A microeconomia e a macroeconomia da atividade minerária</i>	<i>47</i>
2.1.3	<i>O regime de participação, monopólio e privilégio</i>	<i>53</i>
2.1.4	<i>A descentralização legal e negocial na mineração</i>	<i>58</i>
2.1.5	<i>Mineração e Soberania Nacional.....</i>	<i>63</i>
3	O DIREITO MINERÁRIO ENQUANTO RAMO AUTÔNOMO DO DIREITO	71
3.1	A conceituação jurídica do direito minerário	71
3.1.1	<i>A autonomia do direito minerário e suas interfaces</i>	<i>71</i>
3.2.2	<i>Principiologia do ramo jurídico minerário.....</i>	<i>83</i>
3.2.3	<i>Os Títulos Minerários e a Aquisição da “propriedade mineral”</i>	<i>93</i>
3.2.4	<i>O regime de tributação da riqueza mineral.....</i>	<i>110</i>
4	O REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS.....	117
4.1	O regime jurídico dos bens públicos.....	117
4.1.1	<i>Domínio público e domínio eminente.....</i>	<i>117</i>
4.1.2	<i>O Regime jurídico da afetação</i>	<i>123</i>
4.1.3	<i>A incompletude do conceito da propriedade para o bem mineral.....</i>	<i>127</i>
4.1.4	<i>O bem privado de interesse público</i>	<i>132</i>
5	O DIREITO DO MINERADOR COMO EXPRESSÃO ECONÔMICA	137
5.1	A Necessidade da interdisciplinariedade	137
5.1.1	<i>Os custos de transação no direito minerário</i>	<i>137</i>
5.1.2	<i>A importância da Análise Econômica do Direito para o tema problema</i>	<i>142</i>
5.1.3	<i>Incentivando a atividade minerária com foco no Interesse Nacional</i>	<i>146</i>
6	AS VÁRIAS FACES DA PROPRIEDADE.....	151
6.1	A inadequação do atual modelo posto	151
6.1.1	<i>A necessária segurança jurídica da produção mineral</i>	<i>159</i>
6.1.2	<i>Uma nova proposta para a propriedade mineral</i>	<i>162</i>
6.1.3	<i>A mineração como expressão máxima do interesse nacional.....</i>	<i>171</i>
7	CONCLUSÃO.....	177
	REFERÊNCIAS	185

1 INTRODUÇÃO

A propriedade é um dos institutos seculares do direito, permeando todo o ordenamento jurídico. Porém, esta solidez histórica e normativa acaba por prejudicar o debate apurado sobre a sua real extensão nos mais variados ramos jurídicos.

Diante disto, por vezes, o conceito de propriedade não será o mesmo de um ramo para o outro, já que os atributos que são conferidos pelo conceito do código civil podem não existir, como por exemplo, a livre disposição sobre o bem, o que não retira, contudo, o conceito e real significado da propriedade.

Apresenta-se com isto uma verdadeira celeuma jurídica ao se tratar do tema propriedade e atividade minerária, por vezes procurando a doutrina conceitos e vieses contraditórios, a fim de fazer caber no conceito propriedade civilista as idiossincrasias previstas na atividade de mineração.

Só se haverá segurança jurídica para este termo e, por seu turno para a atividade minerária, se houver a real alocação de seu conceito para este ramo jurídico, definindo-se com isto o seu sentido.

Há notada importância na apresentação deste tema, quando a atividade minerária é essencial para a sadia qualidade de vida humana, haja vista que os minerais são empregados como insumos e matérias-primas nas mais diferentes atividades do cotidiano, destacando-se a construção civil, os serviços médicos e hospitalares, a tecnologia e indústria automotiva, não sendo possível imaginar o mundo sem esta atividade.

Além dos inegáveis ganhos para a sociedade, como destacado, a atividade minerária também acresce a uma parcela significativa do Produto Interno Bruto (PIB), representando uma fonte relevante de receita de arrecadação, seja na Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), ou ainda pelos tributos pagos pelos agentes econômicos empreendedores, como:

- a) Imposto de Renda (IR);
- b) Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL);
- c) Programa de Integração Social (PIS); e
- d) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS).

Em que pese todo este cenário de robustez econômica, a atividade minerária não preserva a mesma identidade se analisada sob o prisma jurídico, dado que paira permanente incerteza sobre a real extensão do significado da “propriedade mineral”.

A riqueza mineral é bem da União, como previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), porém, sabe-se que há uma transferência de propriedade do bem público para a esfera particular de que é titular cada cidadão, como joias, construções, carros, computadores e este cidadão não se submeteu ao procedimento licitatório para a aquisição deste bem mineral, tal qual manda a lei de licitações, sendo, por isto, o papel definidor deste trabalho identificar e solidificar o exato momento em que o bem mineral deixa de ser público, para se tornar privado, não nos contentando a hipótese existente de ser no momento da extração, haja vista os intermináveis problemas de segurança jurídica trazidos a reboque por esta solução.

A CRFB/1988 destaca, em pelos menos três momentos, a dualidade no significado desta propriedade, como nos artigos 20, IX¹; 20, §1^{o2} e ainda 176.³ A ausência do debate jurídico especializado sobre o tema, fomentado até pela inexistência desta disciplina nas grades curriculares, faz crescer o hiato doutrinário que assegure certeza jurídica a esta atividade.

Diante deste cenário, muito se tem debatido sobre o direito minerário como se este fosse um ramo do direito Administrativo, haja vista a familiaridade de muitos termos, tais quais autorização, concessão e portarias, ou mesmo impondo a este nuances do direito Ambiental, como os obstáculos do licenciamento.

¹ Art. 20. São bens da União:

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

² § 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

³ Art. 176. 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. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

A proposta deste trabalho é propor um conceito sobre a propriedade mineral, sendo, por isto, necessário enfrentar alguns temas polêmicos e abalizar as premissas do estudo.

Para tanto, o presente trabalho está subdividido em 6 capítulos,

Na introdução, capítulo 1, apresenta-se os objetivos, justificativas e escolha pelo tema.

Trata o Capítulo 2, da exploração minerária, momento este em que se abordará as relevâncias econômicas e sociais do tema, com dados de pesquisa junto aos órgãos controladores, como o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), hoje Agência Nacional de Mineração (ANM).

A partir do histórico da atividade minerária, serão conceituados os regimes de monopólio, privilégio e participação, optando-se neste trabalho pela proposta que defenda a concorrência como força motriz da atividade econômica, destacando-se, também por isto, os regimes de descentralização, seja legal, seja negocial.

Ao fim do Capítulo 2, serão abordadas a Soberania Nacional e a Mineração como expressões máximas da relevância da defesa da atividade econômica.

O Capítulo 3 foi elaborado como uma pedra angular de sustentação deste trabalho, o qual abordará o direito minerário enquanto ramo autônomo do direito, fato este a lhe garantir uma hermenêutica própria que o assegure de segurança jurídica, tão cara para o setor.

Por isto, serão destacados os princípios específicos da atividade minerária, o procedimento administrativo para aquisição da propriedade minerária, nos moldes como é encarado pela doutrina atual e ainda será elaborada uma nova proposta de natureza jurídica para a CFEM.

O Capítulo 4 terá por escopo enfrentar a problemática que envolve a conceituação do bem mineral enquanto bem público e as amarras que tal classificação impõe ao direito de propriedade, explicando-se desde as questões inerentes a esta classe de bens, como domínio público e domínio eminente, afetação e desafetação, para se propor que o conceito atual de propriedade não completa ou define de maneira satisfatória a propriedade mineral, devendo este, enquanto riqueza, sofrer nova classificação.

O Capítulo 5 deste trabalho examina a atividade minerária sob o enfoque da Análise Econômica do Direito, buscando aliar, por meio da interdisciplinariedade, traços que possam conduzir a uma definição segura e satisfatória da propriedade

mineral.

A atividade minerária possui particularidades que lhes são próprias, como os altos custos de investimento, o alto grau de incerteza e ainda os riscos jurídicos trazidos pela insegurança, o que pode afugentar investidores e ser prejudicial para toda a nação.

O capítulo 6 deste trabalho trabalhará a construção de um novo conceito de propriedade mineral, o qual se formará como conclusão a toda matéria posta, já identificado o porquê da insatisfação com o atual conceito.

Buscou-se, como forma de enriquecer o presente trabalho e ainda abalizar a segurança da conclusão, a comparação com a legislação estrangeira, em especial do Canadá, da Nova Zelândia e do Peru, países de extrema relevância para o direito minerário, debatendo-se também a recente legislação de Luxemburgo sobre a mineração no espaço, em especial em asteroides.

Trata-se de necessária atualização sobre o atual estado da técnica no mundo, a fim de mostrar a necessidade de o país dar um passo adiante na conceituação de propriedade minerária, que desatualizada no Código de Minas, Decreto-Lei n. 1985/40⁴, que teve somente uma atualização pelo Decreto-Lei n. 227/67⁵.

Além do trabalho de legislação comparada e da análise de dados disponíveis pela ANM, buscou-se a consolidação deste trabalho a partir da análise histórica e jurisprudencial dos tribunais sobre o tema, além de toda a bibliografia especializada.

⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 1985, de 29 de março de 1940**. Código de Minas. Brasília, Presidência da República, [1964].

⁵ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

2 ASPECTOS GERAIS DA EXPLORAÇÃO MINERÁRIA

2.1 A exploração minerária

2.1.1 A análise do impacto regulatório da nova proposta

Este trabalho tem por escopo a reinterpretação do conceito de propriedade mineral, preocupando-se, por isto, com os aspectos normativos e práticos dessa proposta. Com isto, buscou-se na metodologia da análise de impacto regulatório, destacar o porquê deste trabalho e as suas possíveis consequências.

O direito e as normas por ele impostas retratam a manifestação de vontade de um povo, refletindo assim o que o grupo social anseia para uma determinada situação vivida, o fato jurídico é, senão, o fato social que tem relevância para o direito.

Diante disto, sabe-se que a proposta interpretativa de propriedade aqui apresentada trará custos e benefícios e diante da imperativa existência da economicidade e da eficiência no campo regulatório, propõe-se também analisar os impactos regulatórios da medida sugerida⁶, sendo que uma boa regulação deve conter:

- a) buscar resolver problemas e alcançar metas claramente definidas e ser eficaz na consecução desses objetivos;
- b) ser fundamentada em evidências e proporcional ao problema identificado;
- c) estar fundamentada em uma base legal sólida;
- d) produzir benefícios que justifiquem os custos;
- e) considerar a distribuição dos seus efeitos entre os diferentes atores e grupos;
- f) minimizar os custos administrativos e eventuais distorções de mercado resultantes de sua implementação;
- g) ser clara e compreensível aos regulados e usuários;
- h) ser consistente com outros regulamentos e políticas;

⁶ A política regulatória define o processo pelo qual o governo, ao identificar um objetivo político, decide se deve usar a regulamentação como um instrumento político e passa a redigir e adotar uma regulamentação por meio de tomada de decisão baseada em evidências. (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2012), tradução nossa). Regulatory policy defines the process by which government, when identifying a policy objective, decides whether to use regulation as a policy instrument, and proceeds to draft and adopt a regulation through evidence-based decision-making.

- i) ser elaborada de modo transparente, com procedimentos adequados para a manifestação efetiva e tempestiva de atores e grupos interessados; e
- j) considerar os incentivos e mecanismos para alcançar os efeitos desejados, incluindo estratégias de implementação que potencializem seus resultados.

A disposição deste trabalho compreende que sob os auspícios da CRFB/1988, preferiu o Estado brasileiro a assunção do papel regulatório, isto é, desvincilhou-se do exercício da atividade econômica como regra, assumindo o papel da intervenção indireta, muitas vezes concretizada pelas agências reguladoras⁷.

A atuação do Estado no domínio econômico, por si só, gera um desequilíbrio de forças que pode corromper toda a ideia de equilíbrio de mercado. A exemplo disto, destaca-se a consolidação de oligopólios pelo controle das Agências Reguladoras; pela alteração na demanda por produtos, como nos mecanismos de indução (redução de impostos) ou direção (congelamento de preços), ou ainda, por fim, na prática concorrencial.

A visão econômica do intervencionismo direto pode ser sintetizada na obra de Ludwig von Mises:

As empresas estatais, como compradoras de matéria-prima, bens semiacabados e mão de obra e como vendedoras de bens e serviços também têm que se adequar ao funcionamento da economia de mercado; também estão sujeitas às leis do mercado. Para não perder posição, precisam ter lucro ou, pelo menos, evitar perdas. Quando o governo tenta atenuar ou eliminar essa dependência cobrindo seus prejuízos com a concessão de subsídios, está apenas transferindo o problema. Os recursos necessários para a concessão de subsídios precisam ser obtidos de alguma forma. Podem ser obtidos com a cobrança de impostos; essa carga tributária produzirá os seus efeitos no mercado; é o mercado, e não o departamento da receita que decide quem irá pagar os impostos e de que maneira a carga tributária irá afetar a produção e o consumo. Não há como escapar das inexoráveis leis do mercado.⁸

Com efeito, a condução da vida econômica da Nação tornou-se essencial para a manutenção e estabilização dos anseios sociais, sendo este o papel definidor do Direito Econômico.

⁷ “[...] a regulação consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 665.

⁸ MISES, Ludwig von. **Intervencionismo: uma análise econômica**. 2. ed. São Paulo, SP; Instituto Liberal, 2010, p. 23.

Ao intervir⁹ no mercado¹⁰, o Estado está vinculado a fazê-lo de modo eficiente e que beneficie a todos, seja de caráter mediato ou imediato. Deve, assim, atuar como o agente garantidor e regulador da atividade econômica, provendo o seu crescimento e assegurando o equilíbrio entre os interesses do Estado, dos agentes privados e da coletividade.

A intervenção desmedida pode resultar no agravamento das assimetrias de posição, fomentar as falhas de mercado, o que legitima e reafirma a aplicação da chamada análise de impacto regulatório,¹¹ sendo fundamental uma ação proativa e permanente na regulação¹² e na regulamentação.

Logo, o discurso do intervencionismo ou não, além da questão ideológica comunitarista ou libertária, deve-se ater às consequências indiretas sociais, ambientais e econômicas daquela ação ou omissão, surgindo daí mecanismos legais e administrativos capazes de incentivar ou desencorajar certos comportamentos, cita-se:

⁹ Portanto, ao se falar em mercado, é importante ter em mente que o mercado é – antes de mais nada – um espaço social de troca de bens e serviços que tem uma enorme função social: viabilizar com que os indivíduos (e conseqüentemente a sociedade) possam obter aquilo que necessitam mas que não produzem isoladamente, por meio de um contínuo processo de comercialização daquilo que, pela especialização do trabalho, agora geram de excedentes. Mais, o mercado é um espaço público que gera eficiência, ao ensejar a concentração de agentes interessados em um determinado bem ou serviço, facilitando as trocas. TIMM, Luciano Beneti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. **Revista da AJURIS**, v. 36, n. 103, set. 2006.

¹⁰ Como uma exigência inerente a toda atividade pública. Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente. MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 10, maio/jun./jul. 2007.

¹¹ Posta assim a questão, é de se dizer a Análise de Impacto Regulatório (AIR), definida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2008), como “ferramenta regulatória que examina e avalia os prováveis benefícios, custos e efeitos das regulações novas ou alteradas” sob uma primeira perspectiva, apresenta-se como um importante mecanismo para definição do objeto de regulação, bem como justificação da intervenção. Ademais, visa evitar problemas, como contrariedade entre normas administrativas; insegurança jurídica; dificuldades geradas em matéria de compliance; restrições à pura inovação dos agentes econômicos e sociais; riscos decorrentes de desdobramentos não previstos no conteúdo regulatório; distorções mercadológicas perpetradas por agentes econômicos interessados em prejudicar competidores por meio da regulação; favorecimento de pequenos grupos em detrimento do interesse público; captura regulatória e lobby. BLANCHET, Luiz Alberto e; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, set./dez. 2017.

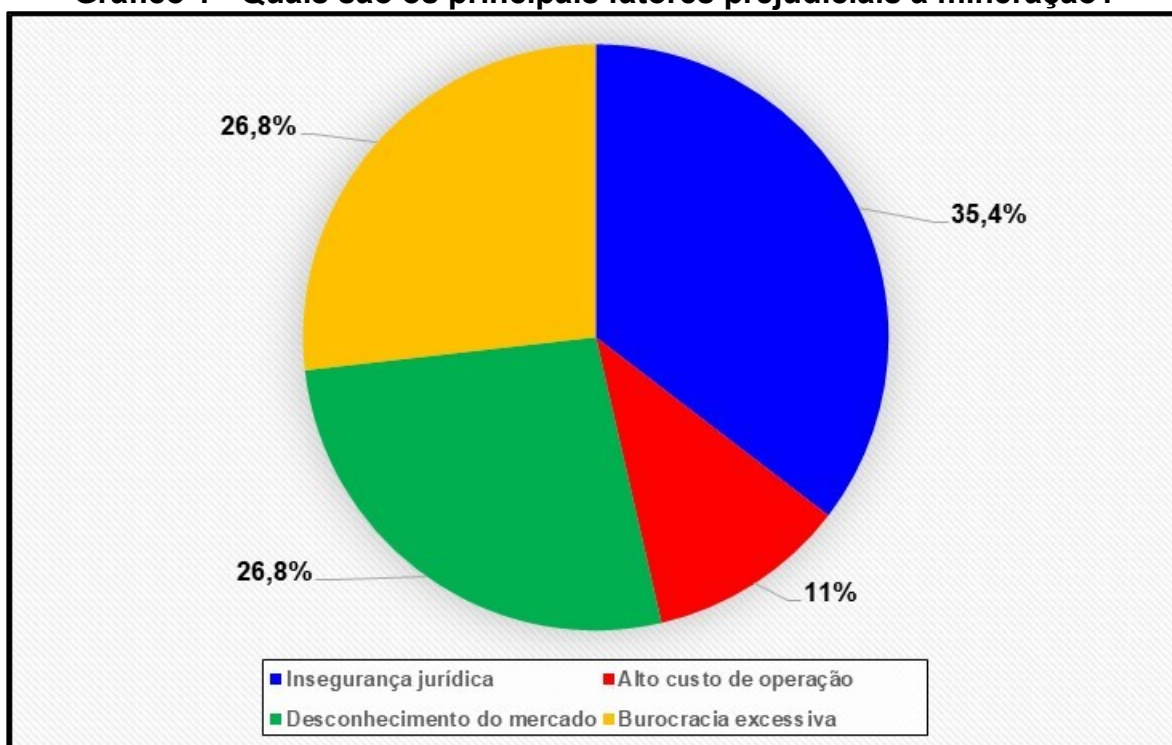
¹² O verbo “regular” e, especialmente, o substantivo “regulação” denotam a noção de instaurar normas, de fixar a disciplina. Quem regula algo estabelece os parâmetros pelos quais fatos, condutas ou situações deverão ser considerados regulares, legítimos e/ou válidos (e quais serão os desvios inadmitidos). Nesta acepção, “regular” significa “fixar as regras” - que podem instalar inovações ou consolidar costumes, mas em ambos os casos pretendem disciplinar. MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 111.

Defende-se, por isso, a concepção de ser a regulação um conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto. Essas políticas envolvem a adoção de medidas de cunho legislativo e de natureza administrativa, destinadas a incentivar práticas privadas desejáveis e a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores prezados. As políticas regulatórias envolvem inclusive a aplicação jurisdicional do Direito.¹³

E preocupada com estes efeitos da regulação e da regulamentação, buscou-se estabelecer e justificar a medida aqui proposta, a partir da definição clara de um tema problema a ser solucionado e a proposta trazida¹⁴.

Propôs-se uma pesquisa com coleta de dados, na qual os entrevistados respondiam a uma série de perguntas sobre o direito minerário, sendo que 82 entrevistados, numa base que contou preferencialmente com advogados e professores de direito, se identificou que:

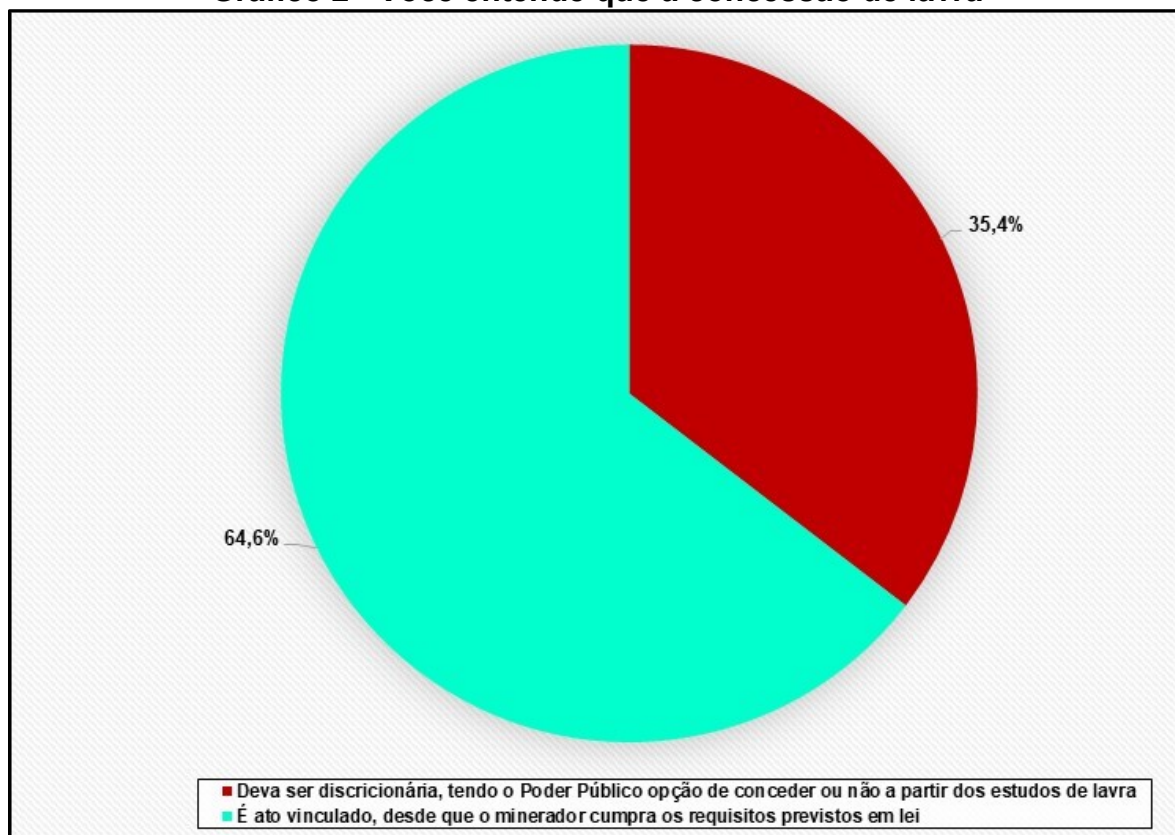
Gráfico 1 - Quais são os principais fatores prejudiciais a mineração?



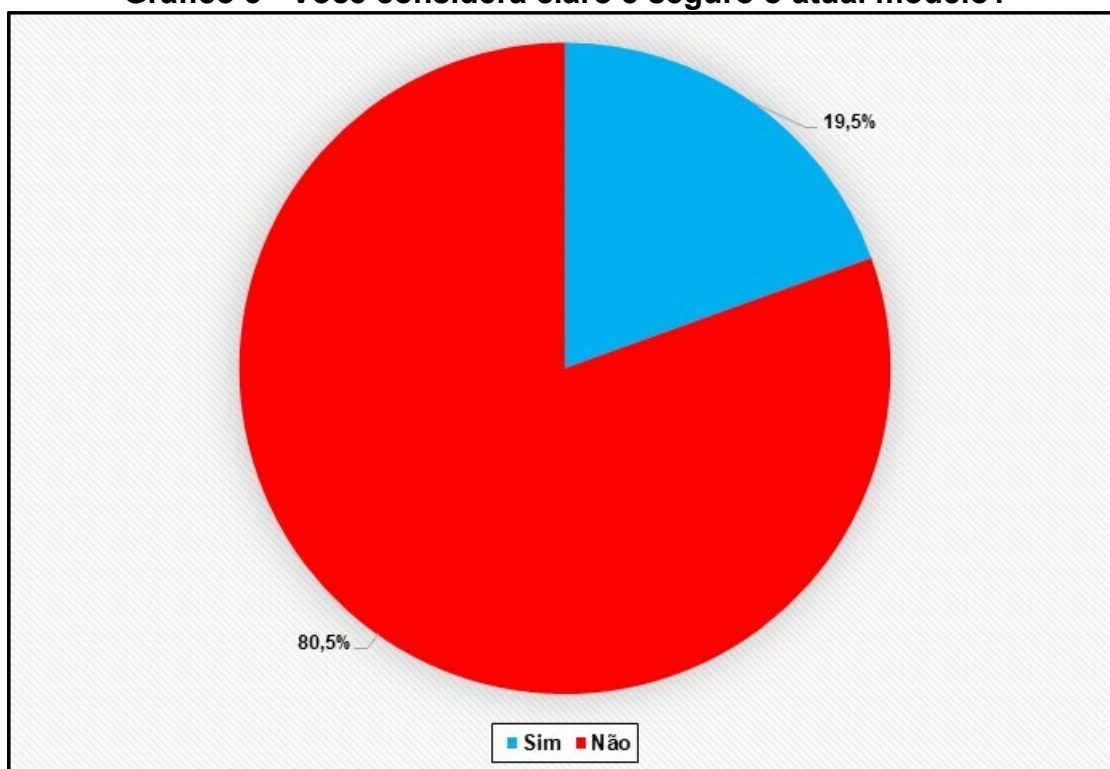
Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos dos resultados da pesquisa.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito da agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 40.

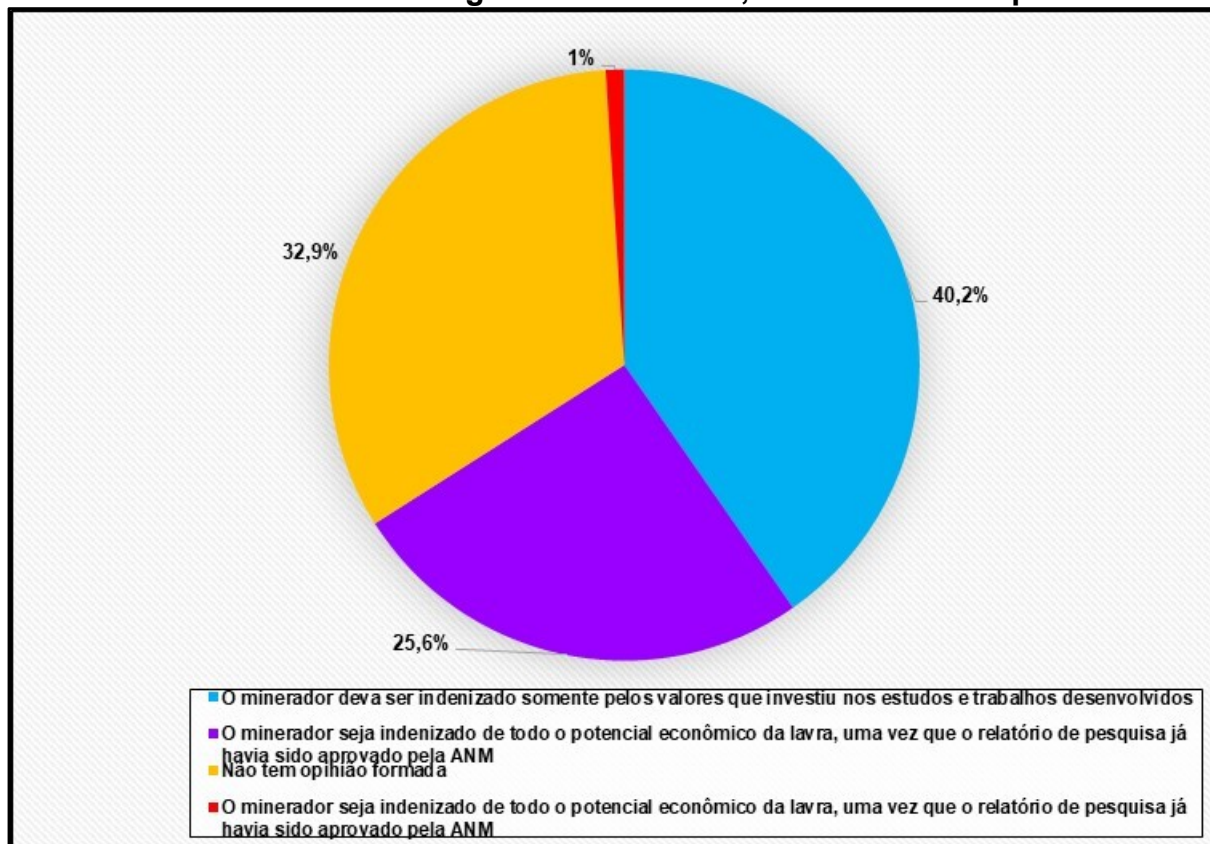
¹⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendations and Guidelines on Regulatory Policy**. Paris: OECD, 2012b.

Gráfico 2 - Você entende que a concessão de lavra

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos dos resultados da pesquisa.

Gráfico 3 - Você considera claro e seguro o atual modelo?

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos dos resultados da pesquisa.

Gráfico 4 - Sendo negada a concessão, você considera que:

Fonte: Elaborado pelo autor com dados extraídos dos resultados da pesquisa.

Revela-se com isto que no atual estado da arte do direito minerário há notável insegurança jurídica, haja vista a existência da natureza da concessão, se ato vinculado ou discricionário, sobre os efeitos patrimoniais da decisão denegatória da concessão e, o que se traduz numa contundente insegurança jurídica.

E, de fato, os dados apurados na referida pesquisa encontram ressonância no Poder Judiciário, fato este notório quando da análise do julgamento da ADI nº 3.273/DF¹⁵, quando o Supremo Tribunal Federal

¹⁵ A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos --- distintos regimes --- aplicáveis a cada um deles. 6. A distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio [art. 177 da CB/88]. 7. A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. 8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada. 9. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. 10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas

A título de primeira problematização sobre este tema, veja-se o evidente confronto estabelecido entre o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.273/DF), quando houve uma dissonância no conceito de propriedade e se revelou a sua natureza plural e multifacetada.

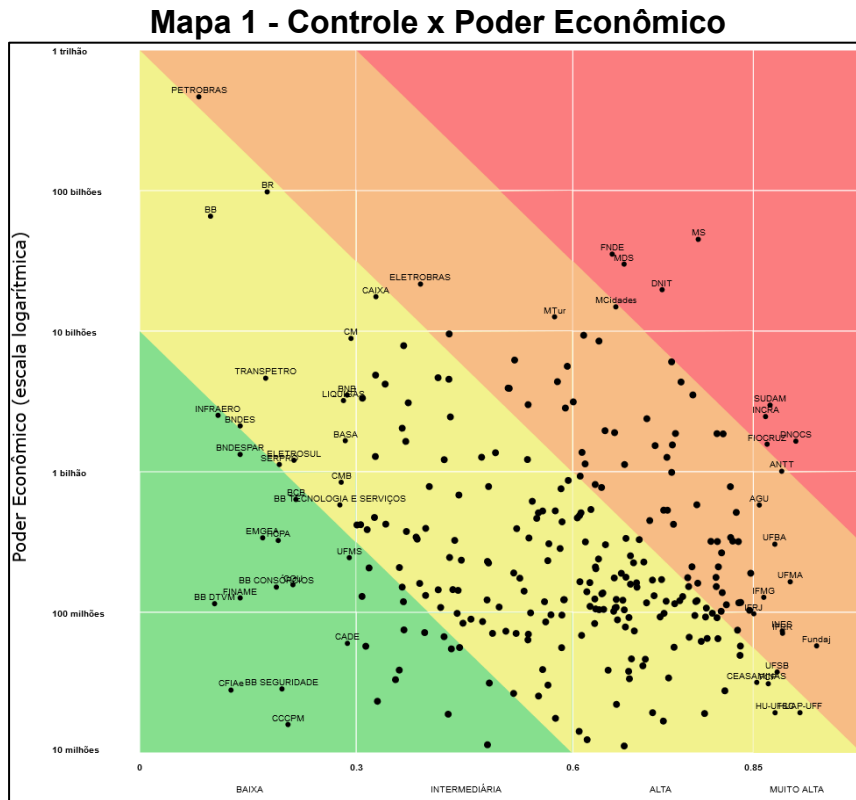
Ainda que eventualmente sujeito a críticas, o atual modelo proposto busca estabelecer uma opção política que clara e bem definida, permitirá aos agentes envolvidos uma melhora na simetria de posição e real possibilidade de alocação dos recursos¹⁶.

Outro grande problema a assolar a nação e a permear de insegurança jurídica o setor minerário, como qualquer outro, é a corrupção. Recentemente, por meio do processo nº 010.348/2018-2, Acórdão 2604/2018 PL, de Relatoria da Conselheira Ana Arraes, o Tribunal de Contas da União (TCU) apresentou o seguinte Mapa sobre a Fragilidade do Controle x Poder Econômico¹⁷:

estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas. 11. A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. 12. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º NÃO PODEM SER CHAMADAS de "concessionárias". Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.273. Rel. Min. Carlos Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 2 mar. 2007. [Certidão de julgamento da sessão do dia 16.03.05].

¹⁶ Sobre o tema, cita-se Fábio Gabriel de Oliveira e Eduardo Goulart Pimenta: Nenhum ocidental, hoje, concebe como ideal qualquer modelo de Estado em que não seja preservada sua liberdade de escolha econômica. Essa liberdade é exercida em dois planos, no plano da aquisição de recursos e no plano da disposição de recursos. Esta é a verdadeira importância da autonomia no Direito Patrimonial Privado. Ser livre para escolher em que empreender seus fatores de produção ou sua força de trabalho. E também, ser livre para escolher, de acordo com as suas necessidades e desejos, como alocar os recursos percebidos com o seu trabalho e (ou) investimento. OLIVEIRA, Fábio Gabriel de; PIMENTA, Eduardo Goulart. A autonomia privada no estado democrático de direito em uma visão de direito & economia. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009. **Anais [...]**. Brasília: Fundação Boiteaux, 2009, v. 1.

¹⁷ Sobre o tema, dissertam Cristiana Fortini e Ariane Sherman: Em face desse cenário, é preciso reconhecer que a corrupção, por sua intrínseca complexidade e caráter multifacetado, não pode ser analisada apenas por um ou outro viés. A perspectiva econômica, por exemplo, em voga na atualidade, ao destacar os altíssimos custos financeiros da corrupção e enfocar as condutas individuais de agentes na busca pela rentabilidade a qualquer custo, deve ser aliada a outras visões do fenômeno. Só assim será possível combatê-lo com o máximo de efetividade. Podemos dizer, ainda no que toca ao enfoque econômico, que realça comportamentos individuais, que há uma verdadeira personalização da corrupção. Essa se manifesta na associação do fenômeno à atuação de específicos governantes e, de modo geral, a determinados agentes públicos, o que tem sido usual na realidade brasileira. FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 2, p. 91-112, 2018.



Fonte: (BRASIL, Processo nº 010.348/2018-2, 2018)¹⁸.

Chama a atenção que órgãos e entidades estratégicas como: Ministério da Saúde (MS), Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), Ministério das Cidades, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS), Advocacia-Geral da União (AGU), ELETROBRÁS estejam nas linhas laranja e vermelha da corrupção e da fraqueza dos mecanismos de controle, o que confirma a premissa lançada da fragilidade institucional do Estado em atuar em tantas áreas.

Sobre a relevância e, ao mesmo tempo, precariedade do tema na estrutura burocrática brasileira, são válidas as palavras de Cristiane Fortini e Ariane Shermam:

Não se pode esquecer que governança pública passa necessariamente pela existência e efetividade de controle interno. A Constituição o prevê no art. 70, e o retoma no art. 74, fixando o dever de os entes federados, em cada esfera de Poder, criar estrutura integrada de controle interno. A realidade brasileira não é essa. Para além de diversos entes em que o controle interno simplesmente não existe, sua posição na estrutura organizacional, por vezes, revela a pouca importância que lhe dispensa.¹⁹

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 010.348/2018-2**. Acórdão 2604/2018 PL - Relatoria da Conselheira Ana Arraes. Sessão de Julgamento 14 nov. 2018, Brasília: TCU, 2018

¹⁹ FORTINI, Cristiane; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas

Dáí, por uma questão de hermenêutica constitucional e de dados empíricos trazidos pelo julgamento do Tribunal de Contas da União, entende-se pela conveniência de atribuir a exploração da atividade econômica ao particular, devendo o Estado manter-se na regulação.

Esta conclusão decorre tanto do mandamento constitucional, assim como da experiência recente vivenciada quanto dos impactos e efeitos da corrupção.

Revelando-se assim todo este cabedal de informações a natureza obscura do procedimento minerário, os dados coletados de insegurança jurídica e ainda da corrupção, a proposta que se segue partirá da premissa da racionalidade humana na maximização de ganhos e ainda na transparência da regulamentação, fazendo nossas as palavras do professor Eduardo Goulart Pimenta:

O Direito é eficiente, segundo o padrão ótimo de Pareto, quando molda a conduta dos indivíduos de forma a incentivá-los a alocar os recursos materiais disponíveis na propriedade daqueles que mais os desejem. Cumprir à legislação, como variável economicamente relevante, incentivar a que os agentes econômicos se movam a produzir a quantidade ideal de sorvetes e a trocá-los entre si até que se seja atingido o nível em que qualquer alteração superveniente seja prejudicial aos interesses envolvidos.²⁰

Com isso, a conduta normativa necessita de ser eficiente, garantindo que os mecanismos de incentivos e desestímulos aplicados sejam apropriados aos fins que se destinam, prevendo, com isso, a retroalimentação do sistema, *feedback*, possibilitando assim coletar se a medida tomada foi adequada ao fim que se buscou atingir.

E, sob este aspecto, atendendo-se a todas as disposições previstas para as boas práticas de governança e legislação, busca-se a construção de uma normatividade que fomente a concorrência entre os agentes de mercado, partindo-se da análise de Louis Brandeis, no caso *Board of Trade of City of Chicago*:

é legal regular a concorrência em certo grau. E não foi de forma alguma o objetivo do Plano, nem da prática por ele implementada, regular a concorrência sob qualquer forma. Sua finalidade foi a de tornar possível uma regulação racional, fornecendo dados de outra forma não disponíveis, e sem os quais a maioria dos participantes do mercado não teriam a possibilidade de mercadejar inteligentemente ²¹.

perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

²⁰ PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 43, n. 170, abr. /jun. 2006, p. 164.

²¹ UNITED STATES. Supreme Court. **Justia Opinion Summary and Annotations**. American Column & Lumber Co. v. 257 U.S. 377 (1921). US: Supreme, 1921.

Em 1921, em julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos, os Juízes Holmes e Brandeis derrubaram o voto do Relator (Clarke), sob o argumento de que o “Plano Aberto de Concorrência” adotado pelas empresas, não violava a Lei Sherman. Holmes afirmou:

Quando há vendedores concorrentes numa classe de bens, o conhecimento do estoque total disponível, da demanda provável, e dos preços pagos, de certo tenderá para equalizar os preços cobrados. Mas eu suponho que a Lei Sherman não se coloca contra o conhecimento.... Eu penso que o ideal de um mercado seja um intercâmbio inteligente realizado com pleno conhecimento dos fatos como uma base para a previsão do futuro em ambos lados [...]²²

Einer Elhauge afirma que:

uma vez mais, eu penso que a maioria se esqueceu de um poderoso argumento. O maior problema da tendência doutrinária é que, tendo em vista o recente precedente da Suprema Corte, a regra per se contra os acordos horizontais de fixação de preço não mais se aplica em casos em que estes acordos possivelmente promovem finalidades PRO-COMPETITIVAS de uma relação de mercado.²³

Daí, a conceituação e a normatização do direito de propriedade minerária deve estar conectado aos efeitos que esta previsão gera no mercado em especial, aos benefícios da boa prática regulatória e de mercado, pois, de nada adianta uma normatização fechada e estanque que, sob a premissa do interesse e segurança nacional, impeça a boa prática na gestão deste recurso.

A utilização então do direito da Concorrência como força motriz da análise da propriedade mineral garantirá, a partir dos dados e das informações coletadas, uma melhor prática na gestão deste recurso, inclusive quanto aos benefícios ambientais oriundos dessa possibilidade.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, dentre outras decisões, traz ensinamento sobre a necessidade de analisar cuidadosamente os fatos. Na decisão *State Oil v. Kahn*, ficou decidido que:

Embora a Lei Sherman, pelos seus termos, proíba todo acordo em restrição do comércio, esta Corte tem já há muito tempo decidido que o Congresso quis proibir somente restrições não razoáveis. ... Como consequência, a

²² UNITED STATES. Supreme Court. **Justia Opinion Summary and Annotations**. American Column & Lumber Co. v. 257 U.S. 377 (1921). US: Supreme, 1921.

²³ ELHAUGE, Einer R. Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions?. **Competition Policy International**, v. 3, n. 2, Autumn, 2007.

maioria das questões antitruste são analisadas sob uma “regra da razão”, segundo a qual a crítica do fato deve decidir se a prática questionada impõe uma restrição não-razoável sobre a concorrência, tendo em conta uma variedade de fatores, incluindo-se uma específica informação sobre o mercado em questão, sua condição antes e depois da restrição imposta, a história da restrição, sua natureza e efeito²⁴

Como o dito, além da necessária estrutura operacional, o conhecimento das práticas de mercado e a fixação de uma jurisprudência sólida garante a instrumentalização de mecanismos para o fomento do mercado minerário, em especial, com políticas transparentes e seguras.

A doutrina de Ronald Coase auxilia ao utilizar das ferramentas da Análise Econômica do Direito como forma de garantir uma alocação eficiente de recursos:

O que deve ser decidido é se o ganho de prevenir o dano é maior do que a seria a perda de deixa-lo acontecer. No mundo em que se há custos para se alocar, os direitos estabelecidos pelo sistema legal, os tribunais, na verdade, estão tomando uma decisão econômica e determinando como os recursos devem ser empregados. Argumentou-se que os tribunais estão conscientes disto e eles costumam comparar, embora de forma não explícita, uma comparação entre o que se ganha e o que se perde com a prevenção de ações que causam efeitos nocivos. (tradução nossa)²⁵

Pois, a partir do conhecimento da análise econômica do direito e de seus pressupostos, a ideia de neutralidade da lei ganha corpo, já que os agentes que atuam no ramo minerário terão certeza dos custos envolvidos.

A ideia de neutralidade legal é esculpida como certeza sobre os custos impostos pela lei, afugentando-se a ideia de insegurança e incerteza. Ora, se o legislador não desejar que a atividade minerária seja desenvolvida, bastará então a alteração na balança dos custos benefícios, como a imposição de pesadas sanções em caso de eventual descumprimento ou de dano.

Não se faz aqui uma defesa da incauta ou desmedida do capitalismo de mercado, mas, tão e somente, a idealização de que a certeza sobre a propriedade reduzirá os custos imprevisíveis da insegurança jurídica, o que, em última consequência, afugentará agentes econômicos avessos ao risco ou desprovidos de capital para tanto.

²⁴ UNITED STATES. Supreme Court. **Justia Opinion Summary and Annotations.**

Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 - 457 U.S. at 343, n. 13. US: Supreme, 1918.

²⁵ COASE, Ronald. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, Oct. 1960.

A assimetria de posição é uma característica que pode fomentar a formação de oligopólios, o que pode ser prejudicar a exploração mineral, já que sementes grandes conglomerados realizarão esta atividade e explorarão a riqueza que seja relevante para o momento, perdendo a nação com isto a obtenção de arrecadação tributária.

Neste sentido, etimologicamente empreender e agir tem sentido histórico semelhante, sendo impensável o Direito dissociado da capacidade criativa e econômica do homem racional:

De fato, tanto a expressão portuguesa e espanhola empresa como as expressões francesa e inglesa entrepreneur procedem etimologicamente do verbo latino in prehendo-endi-ensum, que significa descobrir, ver, compreender, dar-se conta de, apanhar; e a expressão latina in prehensa implica claramente a ideia de ação, significando tomar, agarrar, segurar. Em suma, empresa é sinônimo de ação e, na França, o termo entrepreneur é utilizado desde a alta Idade Média para designar as pessoas encarregadas de ações importantes, geralmente relacionadas com a guerra, ou de conduzir os grandes projetos de construção de catedrais.²⁶

Este sentido de agir está impregnado em toda a sociedade, e não somente nos ‘empresários’²⁷. Quando um empregado decide mudar de posto de trabalho, ele está empreendendo, assim como uma pessoa larga a iniciativa privada para prestar um concurso público, pois tais condutas são maximizadoras de riqueza e buscam um melhor estado de satisfação pessoal²⁸.

Neste aspecto, para que surja e se solidifique a atividade econômica organizada dos fatores de produção que vise à prestação de serviço ou fabricação de produtos, é necessária a criação pelo Estado de um ambiente minimamente favorável, com os riscos inerentes ao mercado e que tragam ao empreendedor o maior grau de certeza possível sobre os desígnios da política monetária.²⁹

²⁶ SOTO, José Huerta do. **Socialismo, cálculo, econômico e função empresarial**. São Paulo: Instituto Von Mises, 2013, p. 36.

²⁷ Expressão utilizada em sua conotação vulgar, com a finalidade de conceituar empreendedores ou sócios.

²⁸ Importa deixar bem fincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A constituição, ao contemplar livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a “iniciativa do Estado”; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa. É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho. Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional- de um lado- enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e - de outro – o seu artigo 170, caput coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando tudo no sentido de que o primeiro seja valorizado. GRAU, Eros Roberto. **Comentários à Constituição do Brasil**. Brasília: Saraiva, 2014, p. 1793.

²⁹ “O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que

2.1.2 A microeconomia e a macroeconomia da atividade minerária

A microeconomia é uma metodologia de análise voltada para a individualidade da tomada de decisão, ou seja, importa-se com os elementos intrínsecos da firma, como os custos, a receita, a margem de lucro, o preço, enfim, toda a organização do complexo de bens e direitos chamado de estabelecimento.

Contudo, a partir da matriz macroeconômica, ou seja, a análise voltada para os efeitos da tomada de decisão acima, o exercício de uma atividade econômica revela-se fundamental para a compreensão de um todo social, haja vista que reflete na renovação e abertura de postos de trabalho, na arrecadação fiscal, na geração de toda uma cadeia produtiva, enfim, a atividade econômica é uma força motriz capaz de impulsionar toda uma nação³⁰.

Tanto a análise macroeconômica como microeconômica são complementares e permitem a determinação e compreensão do cenário de mercado, sendo que a manutenção da higidez e integralidade deste é papel do Estado.

Ainda que tenha nossa Constituição optado pela economia de mercado, o Estado desempenha papel centrado no incentivo e no planejamento econômico, prerrogativa esta que garante a manutenção e o estabelecimento dos agentes de mercado.

A junção então destes dois cenários, micro e macroeconômicos, são fundamentais para a compreensão da essencialidade deste tema e do porquê imaginar e pressupor no minerador, a mola propulsora desta atividade.

Contudo, a análise da mineração como um todo é extremamente complexa, já que esta pode ser dividida em mercados específicos, como metais raros, metais preciosos ou mesmo, as também essenciais argila, areia e saibro.

somente pode ser obtido mediante restrições a esta última.” AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: São Paulo: Atlas, 2012, p. 266.

³⁰ A teoria econômica pode ser dividida em duas partes: microeconomia e macroeconomia. A primeira estuda o comportamento dos consumidores e das empresas em seus mercados, as razões que levam os consumidores a comprar mais, ou menos, de um determinado produto e a pagar mais, ou menos, por ele. Estuda também os motivos que levam uma empresa a produzir maior ou menor quantidade de uma mercadoria e de que forma os preços são determinados. Finalmente, considera os tipos de mercado nos quais empresas e consumidores atuam. Já a macroeconomia analisa as consequências globais dessas ações. Preocupa-se com o conjunto de decisões de todos os agentes econômicos que se refletirão em maior ou menor produção e nível de emprego. Inflação, taxa de juros, taxa de câmbio, nível de emprego global, crescimento econômico são objetos da análise macroeconômica. A macroeconomia estuda também as decisões tomadas pelo formulador de política econômica. GONÇALVES, Antonio Carlos Pôrto *et al.* **Economia aplicada**. 7. ed. Rio de Janeiro (RJ): Fundação Getúlio Vargas, 2006. (Gestão empresarial).

Em que pese tais particularidades, algumas regras de mercado serão válidas para todos os mercados, como lei da oferta, lei da demanda, elasticidade e ainda economia por escopo e economia por escala.

Enquanto a lei da oferta está associada a disposição dos ofertantes em fabricar ou fornecer um determinado produto, a partir do preço, a lei da demanda, lado outro, analisa o engajamento dos consumidores em adquirir este produto e serviço pelo preço.

No mercado em concorrência perfeita, as empresas não detêm poder suficiente para fixar o preço, sendo este imposto pelo mercado, o que torna aqueles agentes econômicos *price-takers*, fato este diferenciado no mercado monopolizado, quando as empresas são *price-makers*.

O fomento então a concorrência se apresenta como força motriz a prestigiar o consumidor e a saúde dos mercados, impedindo assim que haja a imposição de vontade na formação do preço e neste aspecto, revela-se uma inegável particularidade do Estado na atividade setorizada da mineração.

Isto porque a mineração, sob o aspecto da microeconomia, pode ser analisada pelo regime do monopólio, haja vista que o título de concessão de lavra garante ao seu titular explorar, em regime de exclusividade, aquela determinada área.

Contudo, do ponto de vista macroeconômico e da política pública, pode se visualizar um regime concorrencial, haja vista que serão inúmeros agentes econômicos detentores de pequenos monopólios que disputarão os consumidores de minerais.

Quando a questão é analisada sob a perspectiva de minerais que dependem de pouco ou nenhum enriquecimento, não havendo a aplicação de tecnologia específica para a determinação do produto final, incentivar e proteger a variedade e mineradores garante o estabelecimento de concorrência perfeita e afugenta estruturalmente, o surgimento de carteis.

Um mercado competitivo reserva como principais características a inexistência de relevância na marca de origem do produto, há livres entrada de empresas para a operação e muitas produzindo, sendo todas pequenas em relação ao mercado total.

E por isto a relevância econômica e social da atividade minerária, a partir dos dados coletados, constata-se definitivamente a pujança da atividade de mineração no cenário nacional, impondo ao Estado o seu bom gerenciamento e condução.

Todo o setor minerário faz os seus investimentos fundados na segurança jurídica das leis, da constituição e da jurisprudência dos tribunais superiores que garantem a atividade econômica. Os ativos minerários abrangem investimentos para explorações de ouro, ferro, diamantes, em suma, todos os recursos minerais devem usufruir da mesma segurança jurídica proporcionada pela mesma legislação. Conforme o Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM): O setor minerário brasileiro

[...] conquistou posição de destaque no cenário global, tanto em reservas quanto em produção mineral, esta tendo atingido no ano de 2014 o valor de US\$ 40 bilhões, o que representou cerca de 5% do PIB Industrial do país. No Comércio Exterior, a indústria extrativa mineral contribuiu com mais de US\$ 34 bilhões em exportações de minérios, sendo somente o minério de ferro responsável por US\$ 25,8 bilhões deste valor. Por outro lado, significativos investimentos precederam tal produção de bens minerais, os quais, para dar continuidade à exploração e ao aproveitamento de novos depósitos minerais, são estimados em US\$ 53,6 bilhões no período 2014/2018.³¹

Sobre o tema, também pontuam Maurício Saraiva de Abreu Chagas e Gabriela Cabral Pires que: “A atividade de extração mineral permeou toda a história do Brasil, influenciando significativamente sua colonização, seu desenvolvimento econômico e até mesmo a formação política e social em seu território.”³²

A exploração minerária é substancialmente relevante para a economia nacional, seja no aspecto da obtenção de receita direta, isto é fruto do exercício da atividade, ou mesmo na chamada receita derivada, que é aquela oriunda da arrecadação tributária, destacando-se para o ramo a CFEM, e a Taxa Anual por Hectare (TAH).

Segundo o Informe Minerário do segundo semestre de 2017³³, o Comércio Exterior por substância está mensurado em US\$ 14.333.725.381 (quatorze trilhões, trezentos e trinta e três bilhões, setecentos e vinte e cinco mil e trezentos e oitenta e um dólares americanos):

³¹ INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO. **Informações sobre a economia mineral brasileira 2015**. Brasília: IBRAM, set. 2015.

³² CHAGAS, Maurício Saraiva de Abreu; PIRES, Gabriela Cabral. Histórico da CFEM no Brasil. SILVA, Paulo Roberto Coimbra (coord.). **CFEM - Compensação financeira pela exploração de recursos minerais**: natureza jurídica e questões correlatas. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2010, p. 36.

³³ BRASIL. Agência Nacional de Mineração. Publicações nacionais. **Informe Mineral**, Brasília, jul./dez. 2. sem. 2017.

Tabela 1 - Resumo do Comércio Exterior por substâncias (2º/2017)

EXPORTAÇÕES		IMPORTAÇÕES	
SUBSTÂNCIA	VALOR US\$	SUBSTÂNCIA	VALOR US\$
Ferro	9.143.197.987	Carvão	1.607.938.641
Ouro	1.409.647.562	Potássio	1.365.525.273
Ferronióbio	841.533.280	Cobre	475.087.841
Cobre	1.399.084.513	Enxofre	96.438.278
Alumínio	129.134.882	Zinco	134.016.681
Manganês	221.768.222	Rocha fosfática	67.763.227
Caulim	84.293.496	Ouro	2.094.836
Pedras nat.(1)	424.204.885	Pedras nat (1).	16.680.840
Outros	680.860.554	Outros	372.972.822
TOTAL	14.333.725.381	TOTAL	4.138.518.439

Fonte: (BRASIL, 2017)³⁴

Além deste pujante cenário no comércio exterior, o setor da mineração é responsável pela geração de milhares de empregos diretos e indiretos que, se somados por meio do multiplicador 3,6³⁵, utilizado para o setor, percebe-se um estoque de mão de obra de 742.806 (setecentos e quarenta e dois mil, e oitocentos e seis) postos de trabalho, quando compreendidas atividades como fabricação de cerâmicas, construção civil e produção de ferro/aço.

Os valores oriundos da arrecadação da CFEM e da TAH revelam a essencialidade destas para a economia nacional, tendo os cofres públicos recebidos no segundo semestre de 2017 o valor aproximado de R\$ 916.000.000,00 (novecentos e dezesseis milhões de reais), garantindo para o DNPM uma receita em 2017 de aproximados R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), dos quais R\$ 59,4M (cinquenta e nove milhões e quatrocentos mil reais) são oriundos da Taxa Anual por Hectare (TAH).³⁶

Em palestra, no I Congresso Mineiro sobre exploração Mineral o Diretor de fiscalização Minerária da ANM, Walter Lins Arcoverde, afirmou:

³⁴ Apud BRASIL. Agência Nacional de Mineração. Publicações nacionais. **Informe Mineral**, Brasília, jul./dez. 2. sem. 2017.

³⁵ O multiplicador é a razão entre o estoque de mão de obra da indústria de transformação mineral e o estoque da indústria extrativa mineral, de modo que $579.743/163.063 \approx 3,6$ (cálculo feito com os estoques de 31/dez/2017) BRASIL. Agência Nacional de Mineração. **Publicações nacionais. Informe Mineral**, jul./dez. 2. sem. 2017. . Brasília: ANM, 2017.

³⁶ BRASIL. Agência Nacional de Mineração. **Publicações nacionais. Informe Mineral**, jul./dez. 2. sem. 2017. . Brasília: ANM, 2017.

Nosso dia a dia é moer minério e sair carro, televisão, transporte. A sociedade hoje é essa e tem uma qualidade de vida à qual chegamos depois de muitos séculos de trabalho. As inovações tecnológicas estão sempre associadas ao recurso mineral.³⁷

A construção de uma tese que busque segurança jurídica para este setor tão essencial revela-se convergente com os interesses nacionais, superando-se a superficialidade do discurso meramente teórico para a solução de um relevante problema capaz de afetar a economia nacional.

Preceitos abstratos, porém, nucleares, como o princípio da dignidade da pessoa humana são esgarçados quando não se prestigia o avanço econômico de uma sociedade.

A mineração é essencial para o atual estilo e padrões de vida da sociedade, haja vista ser insumo fundamental para a medicina, para materiais cirúrgicos, para aparelhos eletrônicos, para a construção civil, de modo que, a boa e sustentável utilização dos recursos naturais é fundamental para alcançarmos uma vida com dignidade.

Para a então proteção deste modo de vida e de sua inteireza, torna-se fundamental a leitura do texto constitucional de maneira apurada, revelando-se desserviço ao ordenamento jurídico enfatizar cortes ou mesmo subjetividades distanciadas do conteúdo programático do texto legal.

Isto porque a Constituição da República traz em seu texto fundamentos, objetivos e meios para alcançá-los, hierarquizando os dispositivos legais de seu diploma, como forma de operacionalizar o que é verdadeiramente caro.

A leitura do texto constitucional indica a necessidade de calibrar numa mesma equação fins e meios, e, diante desta situação, o exercício da atividade econômica, como no caso da exploração mineral, está direcionado para:

- a) construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- b) garantir o desenvolvimento nacionais;
- c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais e sociais; e
- d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade

³⁷ ARCOVERDE, Walter Lins. Expansão da atividade minerária. In: CONGRESSO MINEIRO SOBRE EXPLORAÇÃO MINERÁRIA, 1., 2015. Belo Horizonte. **Anais** [...]. 3 jul. 2015. 1 vídeo (1:07 42 min). Publicado por AMAGIS Minas Gerais. Belo Horizonte: AMAGIS, 2015.

e quaisquer outras formas de discriminação.

Seja para o aspecto econômico, como devidamente demonstrado, ou mesmo para a satisfação de questões existenciais, debater o tema do direito minerário torna-se essencial.

A partir dessa separação entre meios e fins, percebe-se que a organização da atividade econômica pelo Estado, campo de atuação do Direito Econômico, incidirá diretamente sobre a atividade minerária, já que esta é, para todos os fins compreendida como atividade econômica.

Ainda que se pense na hipótese de classificar a atividade minerária como serviço público, o que também se revela coerente sob determinado ponto de vista, haja vista a necessidade da concessão, revela-se, contudo, que este serviço público possuirá relevância econômica, possuindo então atenção específica em sua regulamentação, destacando-se traços assimétricos nos posicionamentos de José dos Santos Carvalho Filho³⁸, Fernando Herren Aguillar ³⁹ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro ⁴⁰.

³⁸ Serviços sociais são os que o Estado executa para atender os reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos.[...] Serviços econômicos são aqueles que, embora classificados como serviços públicos, rendem ensejo a que o prestador aufera lucro oriundos de sua execução, tendo nesse tipo de atividade fisionomia similar à daqueles de caráter tipicamente empresarial.[...] As atividades econômicas são destinadas, em princípio, às empresas privadas, como assinala o art. 170, parágrafo único, da CF, que consagra o princípio da livre iniciativa. CARVALHO FILHO, José. dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 333.

³⁹ Não é porque uma atividade é considerada essencial para a população que ela é erigida como serviço público. Uma atividade é erigida em serviço público, importando a necessidade de o particular obter a concessão ou a permissão do Estado para exercê-las. É fundamentalmente uma restrição de acesso ao mercado, do ponto de vista dos particulares. Já as atividades econômicas em sentido estrito são desempenhadas pelo Estado, em regra, em regime de concorrência com as demais empresas privadas. Serviços Públicos, no atual regime jurídico-constitucional brasileiro, são atividades econômicas exercidas em regime de privilégio pelo Estado em função de sua reserva constitucional. Ou seja, dá-se o nome de serviço público às atividades econômicas desempenhadas sob o regime jurídico de direito público. AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 374.

⁴⁰ A noção de serviço público não permaneceu estática no tempo, houve uma ampliação na sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social; é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos arts. 21, incisos X, XI, XII, XV, e XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5 de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o estado não a assumir como própria; daí outra conclusão: o serviço público varia não só no tempo, como também no espaço, pois depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos; não se pode dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; pode-se graduar, de forma crescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia,

A análise do objetivo da sociedade deve ser bem definida, já que a prestação do serviço público é de titularidade do Estado, havendo a prevalência de princípios como o da continuidade, da modicidade e ainda da generalidade, pois, caso exista o exercício da atividade econômica, haver-se-á uma invasão pelo Estado no ambiente dos particulares, a qual deve ser justificada pelo interesse coletivo ou pela segurança nacional⁴¹.

Dáí, assegura-se como sólida a premissa de tratar a mineração como atividade econômica duramente regulada pelo Estado, e não como serviço público econômico, uma vez que a competência inicial para o seu exercício é do particular.

2.1.3 O regime de participação, monopólio e privilégio

Como bem aponta Egon Bockman Moreira, em *Notas Sobre o Estado Administrativo: De Omissivo A Hiperativo*, a ação estatal é cambiante e pendular no tempo, ultrapassando o mero Estado vigilante noturno para um Estado hiperativo e atuante nos mais diversificados setores econômicos e sociais⁴².

O Estado lança mão de um vasto poderio intervencionista para conduzir e direcionar a economia aos objetivos traçados pelo interesse político momentâneo, havendo a expansão ou a retração deste papel, a partir da análise da economicidade desta medida.

Diante disto, o presente tópico investigará sobre essas formas de atuação, com foco na atividade minerária, que é o tema central do presente trabalho.

Uma das questões inerentes ao direito da propriedade e ao monopólio se refere ao reconhecimento destes pelo Estado, tratando-se, por isso de direito positivo. Ao

fomento e intervenção; os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 106-107.

⁴¹ O art. 170, parágrafo único da Constituição de 1988 assegura a todos o livre exercício da atividade econômica, ressalvados os casos previstos em lei. Assim, a participação da iniciativa privada não depende de justificativas; já a participação do Estado depende de motivação, que deve vir estabelecida em lei. Neste contexto, o que justifica a atividade administrativa é o atendimento a um interesse público, o que ora toma a forma de segurança nacional, ora de relevante interesse coletivo. Aqui, também o interesse público é o fundamento da norma constitucional que permite a intervenção estatal no domínio econômico. BONFIM, Natália Bertolo. **O interesse público nas sociedades de economia mista**. São Paulo: Atlas, 2011.

⁴² o Estado Administrativo não se cansa de surpreender àqueles que dele esperavam algum comportamento preconcebido. O que apenas aumenta os incentivos para que olhemos com atenção o Estado que nos cerca, abdicuemos de visões preconceituosas e nos dediquemos a desenvolver novas ferramentas para o seu exame. Esse é o chamado que não cessa de nos conclamar ao estudo apurado do Estado Administrativo brasileiro.

investigar sobre o tema, encontrou-se relevante subsídio na doutrina estrangeira, citando-se Willian F. Dana, na obra *Monopoly under the National Anti-Trust Act*:

A monopoly is an allowance by the king to, a particular person or persons of the sole buying, selling, making, working, or using of any thing, whereby the subject in general is restrained from the freedom of manufacturing or trading which he had before.

"Monopolies" in the above, sense, became especially common in the reign of Queen Elizabeth, who granted great numbers of them to her favorite courtiers. Hume thus describes them in his History of England⁴³

Sintetizando-se que: "The "monopolies" here described were nothing more than royal patents; and restriction of competition under them was effected, not by the act of the individual, but by the exclusive character of the grant."⁴⁴

A intervenção do Estado sobre o domínio econômico se concretiza por meio de dois grandes gêneros, a saber: a intervenção direta e a intervenção indireta, distinguindo-se basicamente se o modelo proposto é o de Estado executor (artigo 173 da CRFB/1988) ou o do chamado Estado regulador (artigo 174 da CRFB/1988).

Estes modelos genéricos de intervenção serão subdivididos em espécies, a saber: Participação e Absorção na intervenção direta, com o escopo direcionado para a existência ou não do regime de competição do Estado com os particulares; e, Direção e Indução na intervenção indireta, situação esta condicionada à imposição de um comportamento cogente pelo estado ao particular na regulação.

Os termos absorção e monopólio serão utilizados como sinônimos, possuindo estes uma leve diferenciação para o termo privilégio, situação que teve destaque quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF, 46), a qual analisou o chamado monopólio dos correios, diferenciando-se aqueles termos para o regime de participação que diz respeito ao regime concorrencial do Estado com os particulares, como no sistema bancário.

⁴³ Um monopólio é um subsídio do rei para uma pessoa ou pessoas da compra, venda, fabricação, uso ou uso exclusivo de qualquer coisa, em que o sujeito em geral é restringido pela liberdade de fabricação ou comércio que ele tinha antes. HAWK. PC, bk. ic 79 apud DANA, William F. "Monopoly" under the National Anti-Trust Act. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 6, p. 338-355, Jan. 25, 1894.

Os "monopólios", no sentido acima, tornaram-se especialmente comuns no reinado da rainha Elizabeth, que concedeu um grande número deles a seus cortesãos favoritos. Hume assim os descreve em sua História da Inglaterra.

⁴⁴ Os "monopólios" aqui descritos não passavam de patentes reais; e restrição de concorrência sob eles foi efetuada, não pelo ato do indivíduo, mas pelo caráter exclusivo da concessão. DANA, William F. "Monopoly" under the National Anti-Trust Act. **Harvard Law Review**, v. 7, n. 6, p. 338-355, Jan. 25, 1894.

Sob o escopo da intervenção indireta, a Direção é a imposição pelo Estado ao particular de um comportamento de caráter cogente, como no tabelamento de preços. Já a Indução, decorrente do conhecimento de macroeconomia e externalidades, pode ser exemplificada pelo comportamento decorrente da extrafiscalidade de alguns tributos, como a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI).

Na citada ADPF 46, o Ministro Eros Roberto Grau apontou que o termo monopólio está adstrito ao exercício de uma atividade econômica, sendo por isto as atividades listadas no artigo 177 da CRFB/1988 de natureza taxativa; já o termo privilégio estaria atrelado às competências para prestação exclusiva desvinculada da atividade econômica, como aquelas trazidas no artigo 21 da CRFB/1988.⁴⁵

E isto se apresenta tudo muito claro quando nos deparamos com voto vencido do Ministro Marco Aurélio Mello no referido Julgamento da ADPF 46, cita-se alguns trechos:

Todavia, a partir da década de 80, surge no Brasil a tendência de o Estado se retirar da prestação direta de atividades econômicas, ora devido ao fato de que isso impunham, uma descarada desigualdade em comparação com as empresas privadas, ora porque a submissão ao regime de direito público simplesmente não se coaduna com o dinamismo e a necessidade de inovação tecnológica que se fazer presentes na atividade empresarial, ora porque essa modalidade de intervenção já não mais se faz necessária. [...] A ingerência estatal termina por ser mais forte e mais eficaz quando não é o próprio Estado que presta diretamente o serviço. A influência sobre a gestão privada, em se tratando de eficiência, tornou-se maior após as privatizações do que quando o poder público prestava diretamente, ou por intermédio de empresas estatais, os serviços públicos, de forma que, hoje, melhores resultados são alcançados. A regulação, à época do intervencionismo direto, era precária e casuística, fenômeno que pode ser analisado também em outros países que, tais como o Brasil, utilizaram-se de empresas estatais para o desenvolvimento de setores tidos por estratégicos.⁴⁶

A leitura atenta sobre o tema da intervenção do Estado sobre o Domínio Econômico, a partir de obras de João Bosco Leopoldino da Fonseca⁴⁷, Fernando

⁴⁵ É imprescindível distinguirmos o regime do privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime do monopólio sob o qual, em algumas vezes, a exploração da atividade econômica é empreendida pela Estado. Eros Roberto Grau – ADPF 46. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 46. Rel. originário Min.: Marco Aurélio. Rel. para o Acórdão Min.: Eros Roberto Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 fev. 2010.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 46. Rel. originário Min.: Marco Aurélio. Rel. para o Acórdão Min.: Eros Roberto Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 fev. 2010.

⁴⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Herren Aguillar⁴⁸, Leonardo Vizeu Figueiredo⁴⁹, Modesto Carvalhosa⁵⁰ e outros permite concluir que há um núcleo duro comum sobre o tema, sendo a intervenção direta do Estado sobre a economia uma exceção, enquanto a intervenção indireta é a regra.

Tal conclusão pode também ser permitida a partir da comparação dos dispositivos constitucionais do artigo 170 e seu respectivo parágrafo único, e dos artigos 173 e 174 do mesmo diploma legal, a saber:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.⁵¹

O modelo constitucional adotado é de uma economia de mercado, livre e não intervencionista, preferindo o Estado assumir o papel da regulação, da fiscalização e do planejamento, o qual somente será determinante para o setor público.

Daí, será também um desserviço ao modelo constitucional adotado buscar argumentos em planos econômicos voltados para a estatização dos meios de produção; aliás, a propriedade privada é direito fundamental previsto no artigo 5º XXII da CRFB/1988, impondo, por isto, que a produção, a circulação e o consumo (ciclo econômico) estejam na propriedade do particular.

Sobre o tema, vale a citação de David Friedman: “Mas direitos de propriedade não são os direitos das propriedades; eles são os direitos dos seres humanos em relação às propriedades.”⁵²

⁴⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2012.

⁴⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 6. Rio de Janeiro Forense, 2013.

⁵⁰ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

⁵¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

⁵² FRIEDMAN, David. **As engrenagens da liberdade**. 2. ed. [S. l.]: Portal Conservador, 2009.

Talvez, por isto, haja um certo distanciamento da doutrina publicista de enfrentar o problema da propriedade do mineral, ou mesmo de qualquer direito sobre a propriedade, o que revela um distanciamento técnico sobre o tema em si que é, justamente, o direito humano à propriedade.

Ao falarmos da intervenção do Estado sobre a economia, estamos, a todo o momento, afastando a individualidade do agente econômico de exercer uma atividade econômica, para, ao invés disso, propor que esta seja gerida pelo Estado.

A grande questão que deve repelir esta ideia, da gestão estatal de algo, está ligada justamente à ausência de um conhecimento econômico básico da escassez, a qual, em sua máxima, representará a finitude de um determinado recurso.

Os agentes econômicos particulares devem, desde o início de qualquer atividade econômica, entender a máxima da necessidade de a receita superar a despesa, para auferir lucros, fato este que, por sua vez se alcançado, beneficiará a sociedade como um todo, como na geração de riquezas, empregos e na própria arrecadação tributária.

Sobre o tema, cita-se Luciano Benetti Timm:

A teoria econômica tradicional pressupõe que a decisão de agentes públicos tende a não ser a mais eficiente, já que funcionários públicos não emprestam o seu dinheiro, mas o dinheiro dos outros. Além disso, o risco de demissão por escolhas erradas não é tão evidente quanto no setor privado (pois servidores públicos têm estabilidade e não pagam com a sua própria cabeça). Também há riscos claros de corrupção e de favorecimento no setor público nacional – que não é necessariamente diferente do setor privado, faça-se a ressalva.⁵³

A ideia da intervenção estatal carrega consigo elementos nobres em seu discurso como *relevante interesse coletivo* ou mesmo *imperativos de segurança nacional*, os quais rapidamente podem ser incorporados ao discurso de pessoas competentes e bem-intencionadas, mas se mostrarão o verdadeiro “*caminho para a servidão*”⁵⁴ quando postas em prática na gestão obsoleta e lenta do Estado.

Obviamente que a regulação da economia tem o seu papel, e de destaque, como na redução da assimetria de posição, ou mesmo no *enforcement* contra condutas anticompetitivas ou desleais.

⁵³ TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. São Paulo: Lumen Juris, 2018, p. 123.

⁵⁴ Referência a obra do economista Austríaco radicado nos Estados Unidos Friedrich Hayek com o mesmo título.

Na obra *A theory of oligopoly*, George Stigler busca identificar o porquê de haver em certos mercados a propensão à conduta monopolista, enquanto em outros, há uma dispersão sadia dos agentes de mercado. Destaca o referido autor, contudo, a *eficácia do enforcement*:

Esta literatura é tendenciosa: conspirações que são bem sucedidas em evitar uma quantidade de corte de preços que leva ao colapso do acordo são menos prováveis de serem relatadas ou detectadas. Mas nenhuma conspiração pode negligenciar o problema da execução (tradução nossa).⁵⁵

Logo, é plenamente favorável que haja a mão do Estado na regulação da economia, como forma de evitar abusos⁵⁶, porém, o ultrapassar dessa linha poderá representar grandes mazelas para a população, como a corrupção.

2.1.4 A descentralização legal e negocial na mineração

A atividade minerária traz consigo termos já conhecidos dos juristas, em especial aqueles afetos ao direito administrativo, o que muitas vezes representará uma confusão conceitual.

A terminologia jurídica possui significados semânticos que lhes são próprios, induzindo, muitas vezes, os juristas em erro, tal como adverte o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca:

Uma língua é para nós esse instrumento fabuloso que permite expressar um número INDEFINIDO de pensamentos ou de coisas com um número FINITO de signos, que precisamente foram escolhidos de tal modo que sejam capazes de recompor exatamente todo o novo que se possa dizer e comunicar a evidência das primeiras designações das coisas. [...] O estudo do direito como linguagem e como identificação de discursos jurídicos se insere dentro de uma preocupação metodológica: a de visualizá-lo como uma estrutura. Ver o direito como um discurso é, numa perspectiva linguística, aprendê-lo estruturadamente. [...] ⁵⁷

⁵⁵ This literature is biased: conspiracies that are successful in avoiding a amount of price-cutting which leads to collapse of the agreement are less likely to be reported or detected. But no conspiracy can neglect the problem of enforcement. STIGLER, George. *A theory of oligopoly*. **The Journal of political economy**, v. 72, Issue 1, p. 44-61, Feb. 1964.

⁵⁶ Discorre o Professor Rodrigo Magalhães, em a Função Social e a Responsabilidade Social da Empresa e ainda em, sobre o necessário equilíbrio que deve existir entre o direito da propriedade e a efetivação do fim social da atividade econômica. MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A função social da empresa. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 5-12, set. 2009; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A função social e a responsabilidade social da empresa. [S. l.]: Wordpress, 2012.

⁵⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2-6.

Outro problema estruturante do direito Minerário, e aliás de toda a economia setorizada, é a atuação das agências reguladoras, problemas estes que o presente capítulo se destina a abordar.

O termo administrativo conhecido como *descentralização* implica no surgimento de uma pessoa jurídica interposta entre a Administração Pública direta e o usuário do serviço, decorrendo então do surgimento de uma entidade.

Diferentemente do exposto se situa o termo *desconcentração*, o qual resulta na mera fragmentação de uma mesma pessoa jurídica, fazendo-se surgir órgãos, os quais não possuem personalidade jurídica.⁵⁸

E, neste sentido, a descentralização será legal ou negocial a partir do instrumento jurídico utilizado pelo Estado para a inserção de uma pessoa jurídica interposta entre a Administração Pública direta e o usuário, sendo chamada de legal quando o instrumento utilizado foi uma lei e sendo chamada de negocial quando se utilizar do contrato administrativo.

A criação de uma agência reguladora, por exemplo, será resultado de uma descentralização legal, enquanto a concessão por meio de contrato administrativo decorrerá da descentralização negocial.

Na estrutura do direito minerário, a Administração Pública se valeu das duas modalidades de descentralização (legal e negocial), sendo que naquela o instrumento que realiza a delegação é uma lei, tendo-se com isso a criação de uma agência reguladora, a ANM, que veio a substituir o DNPM⁵⁹.

As agências reguladoras são, em teoria, um relevante e independente instrumento de atuação do Estado, já que sob a forma de autarquia de regime especial, estas possuem em tese uma maior independência do poder central, sendo dotadas de receita, patrimônio, servidores, próprios, assim como de poder normativo, cita-se Irene Patrícia Nohara:

A opção por criar agências reguladoras, com maior autonomia técnica, e transferir atribuições próprias do poder concedente, foi uma forma encontrada pelo governo de tentar assegurar aos investidores internos ou externos

⁵⁸ Sobre o tema, ver: artigo 1º, §2º. BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, Presidência da República, [2009].

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017**. Cria a Agência Nacional de Mineração (ANM); extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); altera as Leis nº 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994, e dispositivos do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Brasília, Presidência da República, 2017.

(concessionárias ou permissionárias) maior segurança, tornando mais atrativos os contratos de delegação de serviços públicos que, no modelo da administração concentrada, ficavam reféns das alterações políticas existentes.⁶⁰

Porém, esta dita autonomia das agências reguladoras acaba por esbarrar em questionamentos sobre o poder normativo e ainda na teoria da captura.

O problema do poder de normatização foi parcialmente resolvido, a partir da conscientização da possibilidade de a Agência reguladora editar normas, como os atos administrativos como Portarias, Resoluções ou Circulares, ou ainda valer-se do *soft law*, como em orientações ou mesmo *guidelines*, cita-se Fábio Nusdeo:

Cabe, por outro lado, tentar uma distinção entre Regulamentação e Regulação; a primeira a conotar um conjunto de normas ou regras, cada vez mais específicas, detalhistas, destinadas a, de alguma forma, dirigir a vida econômica, não importa qual a intensidade ou o grau dessa direção. Já a segunda apresenta-se hoje como um caráter setorial aplicando-se à normatização de determinados setores insuscetíveis de se autorregularem permanentemente segundo os parâmetros do mercado que atuam, pois sob a égide de agências reguladoras próprias a cada um deles.⁶¹

Mas, deste poder normativo conferido às Agências Reguladoras surge o problema prático do dualismo regulatório, havendo, por vezes, a sobreposição de normas administrativas sobre dada matéria, como, por exemplo, nos atos de concentração do setor bancário, conflito positivo entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN) que resultou na edição de um memorando de cooperação entre as duas entidades.

As questões ambientais também impactam diretamente na temática da exploração, reduzindo, por vezes, a segurança jurídica do setor, haja vista que a proteção do meio ambiente é materialmente comum, como define o texto constitucional.

O problema da teoria da captura é caracterizado pela cooptação da Agência Reguladora, em especial de seus conselheiros, para a normatização (ou não) direcionada a atender os interesses de determinados agentes econômicos. Sobre o tema, cita-se Willian Bratton:

⁶⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 620.

⁶¹ NUSDEO, Fábio. A crise da regulação e a autorregulação. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 64. 2018, p. 34.

As alegações de falha regulatória têm uma vantagem acentuada devido ao perfil da Enron como um dos atores políticos mais agressivos da América. A política desreguladora estava no centro do plano de negócios da empresa. Seu negócio principal, o comércio de energia, só surgiu na esteira da desregulamentação da produção e fornecimento de eletricidade e gás natural. (tradução nossa).⁶²

A criação de uma agência reguladora, por si só, não pode ser motivo de comemoração se distanciada da prática do monitoramento e do controle, tendo a história já cuidado de nos mostrar esta dura realidade. Há na jurisprudência especializada brasileira, alguns importantes julgados sobre o tema, como no conhecido caso do *cartel dos cimentos*, PA 08012.011142/2006-79, sendo constatado que as empresas cartelizadas atuaram junto à Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) para a edição da Norma Brasileira (NBR: 12655/2015), a qual regulamentou normas específicas da composição do cimento, para que somente aquelas se sagrassem vencedoras das licitações de para a construção da BR101.

As multas aplicadas às empresas e às pessoas físicas ultrapassam os R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais).

Assim, a criação da ANM -, por meio da delegação legal não pode ser comemorada pelo setor se sobre esta não se exigir os mecanismos de controle e fiscalização, essenciais para a cúria do patrimônio público.

A descentralização negocial, presente no direito minerário, decorre do próprio artigo 176⁶³ da CRFB/1988 , o qual prevê que a propriedade da riqueza mineral

⁶² The claims of regulatory failure have a sharp edge due to Enron's profile as one of corporate America's most aggressive political players. Deregulatory politics lay at the core of the company's business plan. Its primary business, energy trading, only came into existence in the wake of deregulation of electricity and natural gas production and supply. BRATTON, William W. **Enron and the dark side of shareholder value**. Georgetown: Georgetown University Law Center, 2002, p. 3.

⁶³ Art. 176. 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.

§ 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)

§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos

pertence à União, podendo esta delegar ao particular, por meio da autorização e da concessão, a pesquisa e a exploração econômica desta atividade.

Atualmente, o regime de exploração mineral no país é complexo e possui uma série de atos sucessivos que desaguarão na outorga de um título administrativo que conferirá o direito de o agente econômico exercer a atividade. Daí ser compreendido como um procedimento administrativo diferenciado pela pesquisa mineral, a ser outorgada pela “autorização de pesquisa” e ainda pela Lavra, a ser autorizada pelo título conhecido como *concessão de lavra*.

Está ainda em debate no Congresso Nacional a edição do chamado “novo marco regulatório da mineração”, Projeto de Lei (PL) 5807/13⁶⁴, que alterará substancialmente a estrutura existente, com a realização de contratos administrativos para a exploração das minas, a partir de rodadas de licitação.

Algumas das novidades trazidas pelo referido PL já se concretizaram por meio de Medidas Provisórias como as 790/17, a qual reforçou a interface ambiental nas concessões, pela exigência de obtenção das licenças ambientais e a 791/17, que instituiu a ANM.

A utilização das ferramentas da descentralização busca revigorar o sistema mineral brasileiro, mas, como o dito, as questões ligadas ao *compliance* e aos mecanismos de controle serão essenciais para que as boas intenções se concretizem.

Sobre o tema, destaca-se a Análise de Impacto Regulatória (AIR) que se constitui num processo que visa identificar o problema a ser enfrentado, os agentes envolvidos e ainda os objetivos traçados, analisando ainda questões como custos, benefícios e alternativas regulatórias.

O Decreto Federal nº 9.203/17⁶⁵ regulamentou a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, trazendo conceitos valiosos como os princípios da integridade, da confiabilidade, da melhoria regulatória e da prestação de contas, da transparência e da responsabilidade.

Pelo que se sucede no atual momento, a delegação, seja legal ou negocial, é um relevante instrumento de melhoria daquele setor econômico regulamentado, fato

direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

⁶⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5807/2013**. Dispõe sobre a atividade de mineração, cria o Conselho Nacional de Política Mineral e a Agência Nacional de Mineração - ANM, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013.

⁶⁵ BRASIL. **Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, Presidência da República, 2017.

este não impeditivo para o surgimento de anomalias normativas ou mesmo de corrupção que exigem a ação pronta e dura, no caráter corretivo e repressivo, dos órgãos de controle, assim como a necessária prevenção pelo sistema de *compliance* e governança.

Como se percebeu, a mera existência do agente concessionário e do sistema de regulação por meio das agências reguladoras não garantem a higidez ao setor regulado, haja vista as fraquezas que decorrem da corrupção e da teoria da captura, sendo necessário, por isto, o investimento nos padrões de governança, monitoramento e *compliance*⁶⁶.

2.1.5 Mineração e Soberania Nacional

O debate sobre a mineração e a soberania nacional está intrinsecamente ligado, não sendo possível se abordar, ou mesmo almejar, o desenvolvimento nacional sem uma atividade minerária forte.

O termo “soberania” está previsto na CRFB/1988 em diversos momentos, como no artigo 1º, I⁶⁷, como Fundamento da República e ainda como princípio da Ordem Econômica, no artigo 170, I⁶⁸.

⁶⁶ O termo *compliance* é oriundo do verbo *to comply* que significa obedecer, denotando assim a ação conforme as regras, nascendo daí o dever de toda a estrutura organizacional, desde o “chão da fábrica” aos diretores, observar políticas institucionalizadas conforme a regra e a moral, prevenindo e punindo qualquer prática lesiva aos padrões estabelecidos. No Brasil, adota-se a expressão “conformidade” para significar a submissão e concordância com as regras de comportamento impostas pelo ordenamento jurídico.

As regras de conformidade possuem um já conhecido histórico legislativo nos Estados Unidos da América e na Grã-Bretanha, por meio, respectivamente, do FCPA – Foreign Corrupt Practices Act of 1977 e Bribery Act 2010. UNITED STATES. Department of Justice. **Foreign Corrupt Practices Act of 1977**. Washington: Justice, 1977; UNITED KINGDOM. Bribery Act 2010. United Kingdom: Legislation, 2010.

⁶⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

⁶⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

Preferiu-se para esse momento superar as demais menções ao termo “soberania” como aquele ligado aos vereditos, 5º, XXXVIII, “c”, ao mandado de injunção, 5º, LXXI, e a soberania popular, 14º, já que, no sentir deste trabalho, estes termos não são de sentido correspondente àqueles mencionados no parágrafo anterior.

Assiste-nos o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca ao mencionar o conceito *estático* de Ordem Econômica, sendo o termo “ordem” utilizado para organizar ou colocar junto aquilo que tem função assemelhada, cita-se: “Este princípio não é uma mera repetição do que está consagrado no inciso I do artigo 1º, mas uma sua complementação. A soberania política dificilmente sobrevive se não se completar com a soberania do ponto de vista econômico.”⁶⁹

A Resolução nº 1.803 de Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), de 14 de dezembro de 1.962, com o título de *Soberania permanente sobre os recursos naturais* destaca:

1. O direito dos povos e das nações a soberania permanente sobre suas riquezas e recursos naturais deve ser exercido com interesse do desenvolvimento nacional e bem-estar do povo do respectivo Estado.
2. A exploração, o desenvolvimento e a disposição de tais recursos, assim como a importação de capital estrangeiro para efetivá-los, deverão estar em conformidade com as regras e condições que estes povos e nações livremente considerem necessários ou desejáveis para autorizar, limitar ou proibir tais atividades.
4. A nacionalização, a expropriação ou a requisição deverão estar fundamentadas em razões ou motivos de utilidade pública, de segurança ou de interesse nacional, nos quais se reconhece como superiores ao mero interesse particular ou privado, tanto nacional como estrangeiro. Nestes casos será pago ao dono a indenização correspondente, conforme as normas em vigor no Estado que adote estas medidas em exercício de sua soberania e em conformidade com o direito internacional. Em qualquer caso em que a questão da indenização dê origem a um litígio, deve-se esgotar a jurisdição nacional do estado que adote estas medidas. Não obstante, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá ser julgado por arbitragem ou tribunal judicial internacional.
5. O exercício livre e proveitoso da soberania dos povos e das nações sobre seus recursos naturais deve ser fomentado de acordo com o mútuo respeito entre os estados baseados em sua igualdade soberana.
7. A violação dos direitos soberanos dos povos e nações sobre suas riquezas e recursos naturais é contrária ao espírito e aos princípios da Carta das Nações Unidas e dificulta o desenvolvimento da cooperação internacional e da preservação da paz.⁷⁰

⁶⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 360.

⁷⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 1.803 (XVII) de Assembléia Geral, de 14 de dezembro de 1962, com o título de "Soberania permanente sobre os recursos naturais"**. São Luís: MPMA, 2019.

A atividade minerária é intrigante dada a sua notável feição de utilidade pública, haja vista que há o interesse da coletividade sobre a exploração deste bem e sobre os ganhos que este agrega ao desenvolvimento nacional.

Trata-se da expressão máxima de independência e progresso fomentar e proteger o mercado minerário, ultrapassando-se sentimentos maniqueístas ligados à predação ou mesmo esgotamento dos recursos naturais.

Aliás, calha trazer o ensinamento do Papa Bento XVI na conhecida *Caritas in Veritate*, para que seja superado o desserviço teórico de impor ao mercado ou mesmo a atividade econômica o caráter de repressiva e desumanizada:

O mercado, se houver confiança recíproca e generalizada, é a instituição económica que permite o encontro entre as pessoas, na sua dimensão de operadores económicos que usam o contrato como regra das suas relações e que trocam bens e serviços entre si fungíveis, para satisfazer as suas carências e desejos. O mercado está sujeito aos princípios da chamada justiça comutativa, que regula precisamente as relações do dar e receber entre sujeitos iguais. Mas a doutrina social nunca deixou de pôr em evidência a importância que tem a justiça distributiva e a justiça social para a própria economia de mercado, não só porque integrada nas malhas de um contexto social e político mais vasto, mas também pela teia das relações em que se realiza. De facto, deixado unicamente ao princípio da equivalência de valor dos bens trocados, o mercado não consegue gerar a coesão social de que necessita para bem funcionar. Sem formas internas de solidariedade e de confiança recíproca, o mercado não pode cumprir plenamente a própria função económica. E, hoje, foi precisamente esta confiança que veio a faltar; e a perda da confiança é uma perda grave.⁷¹

Daí, está-se falando em “soberania nacional” como princípio da ordem econômica, já que esta é essencial para que uma nação exerça com independência a sua soberania, ou, em outras palavras, somente pode ser considerada soberana uma nação que é economicamente independente.

Como já exposto, a mineração produz receitas fundamentais para a consolidação e crescimento do PIB, seja por meio da receita derivada ou originária, e é ainda responsável como insumo para a produção de produtos e serviços essenciais para a sadia qualidade de vida do homem.

E, para que haja a pujança deste setor estratégico econômico é necessário cercá-lo de certeza jurídica, reduzindo-se os custos trazidos pela insegurança da ação governamental (agências) ou da ação judicial, situações estas a afastar o ingresso de

⁷¹ IGREJA CATÓLICA. Papa (2005-: Bento XVI). **Caritas in veritate**: sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade. São Paulo, SP: Paulus, Edições Loyola, 2009. (Documentos do magistério).

novos *players* no mercado.

Sabidamente, a mineração é uma atividade econômica bem específica e regulamentada e, por isto, o número de agentes de mercado com determinada capacidade financeira é reduzido, conduzindo esta atividade para um oligopólio, ou mesmo possibilitando o acompanhamento inteligente de preços.⁷²

Apesar de a dominação de mercado ser um conceito legal, por vezes bem anteparado pela relevante doutrina e jurisprudência econômica, a sua contextualização ao chamado *case-by-case* exige do intérprete o domínio de conceitos econômicos, é o que prelecionam Damien Geradin, Paul Hofer, Frédéric Louis, Nicolas Petit, Mike Walker⁷³

Daí a notável relevância das Agências Reguladoras setoriais e do CADE, os quais podem, a partir de uma atuação proficiente impedir ou pelo menos desestimular a dominação de mercados.

Porém, a regulação dos mercados não pode se desvencilhar do evento histórico, prova disto é a própria evolução jurisprudencial que não considerou ilegal a fixação de preços no caso *APPALACHIAN COALS 288 U.S. 344 p. 360-361*)⁷⁴, alterando esta perspectiva no caso o clássico julgamento.⁷⁵

⁷² “Segundo esta análise, deve afirmar-se que, no caso em apreço, a concertação não é a única explicação plausível para o paralelismo de comportamento. Antes de mais, pode considerar-se que o sistema de anúncios de preços constitui uma resposta racional ao fato de o mercado da pasta de papel ser um mercado a longo prazo e à necessidade sentida tanto pelos compradores como pelos vendedores de limitar os riscos comerciais. Em seguida, a semelhança nas datas dos anúncios de preços pode ser considerada como uma consequência direta do alto grau de transparência do mercado, que não deve ser qualificada de artificial. Finalmente, o paralelismo de preços e a evolução dos preços podem ser explicados satisfatoriamente pelas tendências oligopolísticas do mercado e pelas circunstâncias específicas existentes em certos períodos. Por conseguinte, o paralelismo de comportamento detectado pela Comissão não constitui prova de concertação” A AHLSTROEM OSAKEYHTIOE E OUTROS CONTRA COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Práticas concertadas entre empresas estabelecidas em países terceiros relativas aos preços de venda a compradores estabelecidos na comunidade. **Processos apensos:** C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 E C-125/85 A C-129/85. [S. I.]: EUR-LEX, 2019.

⁷³ O termo “dominância” é um conceito jurídico. No entanto, a avaliação da dominância é, em última instância, muito influenciada por considerações econômicas. Isso requer a identificação de conceitos jurídicos e econômicos correspondentes (tradução nossa). GERADIN, Damien *et al.* The Concept of dominance in ec competition law: research paper on the modernization of article 82 EC. **Global Competition Law Centre**, July, 2005. The term “dominance” is a legal concept. Yet, the assessment of dominance is ultimately very heavily influenced by economic considerations. This requires the identification of corresponding legal and economic concepts.

⁷⁴ As realidades é que devem dominar o julgamento. O mero fato de as partes num acordo eliminarem a concorrência entre elas não é bastante para condená-lo. A legalidade de um acordo ou regulação não pode ser determinada por um teste tão simples, ou seja, pela simples verificação da eliminação da concorrência. Todo acordo relativo ao comércio, toda regulamentação da atividade empresarial, restringe” UNITED STATES. Supreme Court. **Appalachian Coals, Inc. v. United States, 288 U.S. 344 (1933)**. US: Supreme, 1933.

⁷⁵ UNITED STATES. **Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 223**. US: Supreme, 1940.

Veja-se, por exemplo, o extrato do Julgamento Michelin Vs. Comissão de 1983: Processo 322/81, N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comissão das Comunidades Europeias, 1983.

Com efeito, a constatação da existência de uma posição dominante não implica de per si nenhuma restrição relativamente à empresa analisada, mas significa somente que lhe incumbe, independentemente das causas de uma tal posição, uma responsabilidade particular de não causar qualquer lesão, através de seu comportamento, a uma concorrência efetiva e não falseada no mercado comum.⁷⁶

O professor João Bosco Leopoldino da Fonseca pontua que:

O Direito da Concorrência “moderno” tem origem e influência inegável no direito americano da virada do século XIX para o século XX. O Direito “Antitruste” americano é o primeiro a propor uma visão global de um direito da concorrência e como um instrumento de regulação do mercado. Marco importante dessa mudança de visão, temos no “Caso Standard Oil”. Os irmãos Rockfeller arquitetaram, a partir de 1870, um empreendimento que, a partir da produção de petróleo se tornou um gigante através de concentrações horizontais (aquisição de empresas concorrentes) e verticais (aquisição de empresas a montante e a jusante: refinarias, empresas de transporte, ferrovias, etc.). Em 1888, o senador John Sherman requereu a abertura de uma Comissão para analisar o funcionamento do “trust”, pautando-se pela defesa dos consumidores e dos pequenos produtores agrícolas ou industriais ⁷⁷.

Torna-se assim crucial que, para a pujança econômica ser atingida com eficiência, deve-se relevar a questão econômica, em especial, o fomento da concorrência de agentes interessados em desenvolver esta atividade econômica.

A regulação, por vezes excessivas e insegura, muitas vezes travestida de boa intenção, acaba por monopolizar ou oligopolizar um determinado setor econômico, veja-se a título de exemplo o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) / Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), documento por vezes essencial para a obtenção de uma licença ambiental.

O fomento da concorrência entre os mineradores exige do órgão regulador a atuação consciente sobre os custos inerentes àquela regulação, veja-se o julgado por Wouter Wils:

⁷⁶ NEDERLANDSCHE N.V. BANDEN-INDUSTRIE-MICHELIN/COMISSÃO. **Processo 322/81**. [S. l.]: Acórdão do Tribunal de 9 nov. 1983.

⁷⁷ MAINGUY, Daniel et alii. **Droit de la concurrence**. Paris, Litec, 2010, p. 13, apud FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

na verdade, a relevância da Economia para o Direito da Concorrência é tão óbvia que é impossível acreditar que tanto uma interpretação quanto uma aplicação do Direito da Concorrência possam ser realizadas sem um embasamento no pensamento econômico ⁷⁸

É válida a citação de Adam Smith:

Na corrida às riquezas, às honras e aos favores, (o homem) pode correr tão rapidamente que lhe seja possível, e distender cada músculo e cada nervo para ultrapassar todos os seus concorrentes. Mas se ele empurrar ou derrubar algum deles, a indulgência dos espectadores acabar-se-ia imediatamente. É uma violação do jogo-limpo (fair play) que eles não podem admitir. Para eles, aquele concorrente é sob todos os aspectos tão bom como qualquer outro;... Como consequência, eles simpatizam facilmente com o ressentimento natural daquele que é lesado, e o agressor se torna o alvo de seu ódio e de sua indignação.⁷⁹

O professor João Bosco Leopoldino da Fonseca referencia ao professor Washington Albino a introdução da economicidade para o campo jurídico, argumentando que:

No capítulo III daquela obra, já com o título “Direito Econômico”, ressaltava WASHINGTON ALBINO que a aliança entre o elemento jurídico e o econômica se apresentava como uma novidade na literatura jurídica brasileira:

Quando tomamos o “elemento econômico” para estudo e o situamos sob a luneta da observação jurídica, sentimos logo a realidade de um campo ainda muito novo, pouco trilhado e quase nada devassado em nossa literatura especializada [...]

De qualquer forma, entretanto, o tema está em pauta. E o fato registrado em primeiro lugar é a pobreza de trabalhos nacionais a respeito da correlação Economia-Direito. Pouco diferentemente se passa com o que se convencionou chamar Direito Econômico, por vir merecendo foros de cidadania cultural e o carinho de destacados estudiosos ⁸⁰.

Fato este também defendido pela doutrina liberal de Friedrich Hayek (56, 2010):

O bom uso da concorrência como princípio de organização social exclui certos tipos de intervenção coercitiva na vida econômica, mas admite outros que às vezes podem auxiliar consideravelmente seu funcionamento, e mesmo exige determinadas formas de ação governamental. Contudo, há boas razões para que os requisitos negativos, os casos em que não se deve empregar a coerção, tenham sido particularmente enfatizados. Em primeiro lugar, é necessário que os agentes, no mercado, tenham liberdade para vender e comprar a qualquer preço que encontre um interessado na

⁷⁸ WILS, Wouter P.J. The judgment of the EU General Court. **World Competition**, v. 37, Issue 4, p. 405-434, Dec. 2014.

⁷⁹ SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. Indianapolis: Liberty Classics, 1976, Cap. 2.

⁸⁰ ALBINO apud FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 97-98.

transação, e que todos sejam livres para produzir, vender e comprar qualquer coisa que possa ser produzida ou vendida. E é essencial que o acesso às diferentes ocupações seja facultado a todos, e que a lei não tolere que indivíduos ou grupos tentem restringir esse acesso pelo uso aberto ou disfarçado da força.⁸¹

Logo, para que haja a soberania nacional e o frutífero exercício da atividade econômica, deve-se pensar nos custos inerentes às normas editadas, fato este já positivado no ordenamento jurídico nacional, por meio dos artigos 20 e 21⁸² da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), que não podem ser letra morta.

Como arremate a este capítulo, a busca pelo avanço da atividade minerária, enquanto atividade econômica, deverá necessariamente perpassar pelo fomento da concorrência nesse setor, o que impõe em exponencial o conceito de livre iniciativa.

O incentivo e a segurança jurídica devem ser instrumentos catalizadores do avanço tecnológico e social, a ser capitaneado pela pujança atividade minerária, logo o reconhecimento sobre a evolução do direito concorrencial é um relevante substrato teórico para a utilização das melhores ferramentas jurídicas disponíveis no momento.

⁸¹ HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

⁸² Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, Presidência da República, [2018].

3 O DIREITO MINERÁRIO ENQUANTO RAMO AUTÔNOMO DO DIREITO

3.1 A conceituação jurídica do direito minerário

3.1.1 A autonomia do direito minerário e suas interfaces

Após muita pesquisa na literatura especializada e na jurisprudência⁸³, percebeu-se a existência de infundável assimetria conceitual, defendendo cada jurista ou julgado uma posição sobre a real extensão do direito minerário, a partir do prévio conhecimento sobre os ramos do direito já consolidados.

Assim, a doutrina administrativista, a econômica, a civilista, a empresarial e ainda a tributária, enxergam o direito minerário pelo prisma que lhes são próprios, trazendo à reboque insegurança jurídica, fato este que repercute em custos indesejados para o setor e ainda afugenta os novos investidores.

Garantir autonomia ao direito Minerário é, antes de tudo, um ato de respeito e preservação da propriedade e definição de seus significados como próprios. As escolhas políticas devem ser explicitadas de forma a conferir a segurança jurídica imprescindível na atividade. Politicamente, pode-se definir a propriedade da União desde 0,1% do mineral encontrado até 99,99% do recurso (CFEM). Mas a escolha deve ser clara, proporcionando a opção do investidor antes de aplicar os seus recursos com a segurança devida.

Já, o professor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto sintetiza a problemática dessa indefinição ao pontuar que:

As concessões para atividades de mineração **não deixam de ser um tipo especial de concessão de bem público**. Porém, trata-se de uma concessão de bem público associada a uma atividade econômica (extração do minério) com o fito de extrair do bem concedido (jazida) uma utilidade apropriável pelo concessionário. Tal modalidade concessória desafia a separação entre bem e atividade. Nela as duas dimensões (o direito privativo sobre o bem público e a delegação do exercício de uma atividade econômica se misturam numa única outorga. (grifo nosso).⁸⁴

⁸³ Com percuriência, a Advogada Gabriela Salazar abordou a sentença 0018723-66.2009.4.03.6100 quando da exposição na Semana Jurídica da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC), a qual sugere-se a leitura.

⁸⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 279.

E continua o respeitável autor:

O objeto da concessão minerária como dito, é híbrido. A concessão minerária outorga ao particular o direito de lavra que corresponde a todo o complexo de operações voltados a dar aproveitamento ao bem público, jazida, compreendendo “desde a extração do minério até o seu beneficiamento”. O hibridismo vem do fato de que nesta concessão temos, a um só tempo, a outorga de um direito privativo de uso sobre um bem público (na medida em que a jazida não se confunde com a propriedade na qual ela se situa) e de uma atividade específica, dependente de atribuição de um direito especial por parte da União. A concessão, pode-se dizer, outorga ao particular o direito de explorar (extrair, processar, beneficiar e comercializar) os recursos naturais.⁸⁵

Há uma evidente polarização no sentido e na extensão do termo concessão para a lavra, preferindo o STF atribuir sentido próprio, enquanto, noutra linha, preferiu o professor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto buscar as nuances do direito administrativo para resolver o tema.

Com todo o respeito que merece o professor Floriano Marques de Azevedo, a quem são justas as homenagens, o direito Minerário não pode ser analisado a partir dos olhos do direito Administrativo, em especial no empréstimo do conteúdo que são próprios desse ramo, como concessões que está devidamente positivada no ordenamento jurídico no artigo 175 da CRFB/1988⁸⁶, e não no 176⁸⁷, onde se situa a propriedade minerária.

O emprego de termos como “hibridismo” traz ainda mais insegurança jurídica para o setor, fato este que é reconhecido pelo próprio professor Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto ao pontuar:

A exploração do objeto da concessão se dá pela alienação do resultado da lavra, ou seja, pela venda do minério que é extraído nos termos do plano de lavra que, por força da Constituição, é apropriada privadamente pelo concessionário em regime de risco exclusivamente seu. Ou seja, tanto o risco de produção (extração a menor em relação ao planejado, incremento de

⁸⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 280.

⁸⁶ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

⁸⁷ Art. 176. 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. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

custos de lavra) quanto o risco de comercialização (oscilações de preços no mercado doméstico e internacional, diminuição da demanda) são assumidos integralmente pelo particular. Ademais, o risco ambiental da atividade também é assumido pelo concessionário, a quem compete adotar uma série de providências voltadas à proteção ambiental, além de se incumbir do adequado licenciamento prévio ao início da atividade.⁸⁸

Dáí, a partir da própria noção de risco econômico, percebe-se que não se pode alocar a concessão de lavra como um concessionário comum do direito administrativo, em especial aqueles submetidos ao regime da Lei Federal nº 8.987/95⁸⁹ por algumas razões.

A primeira, de ordem de pirâmide constitucional, já que esta lei normatiza a concessão e permissão de serviços públicos, trazidos no artigo 175 da CRFB/1988, não dispondo nada sobre o aproveitamento dos recursos minerários, de previsão do artigo 176 da CRFB/1988.

A segunda é da própria lógica econômica operacional da dualidade atividade econômica e serviços públicos, já que nesta o concessionário está anteparado pelo resguardo do equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo de concessão, seja pelas áleas econômicas ou administrativas. Já na atividade minerária, o minerador está exposto ao risco do mercado, não havendo medidas desta envergadura a salvaguardarem o equilíbrio da balança comercial.

A terceira decorre da própria formalização do contrato de concessão sob a LGL que exige o procedimento licitatório para tanto, enquanto no direito minerário não há tal lógica, sendo que consumidor (administrado) do serviço público é cativo, tendo por isto a demanda um nível garantido de usuários, enquanto a demanda mineral é variável.

A partir da conceituada teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale, os fenômenos jurídicos passam a ser refletidos pela norma, a partir da sua existência e aceitação como válida por uma sociedade. Cita-se Eros Roberto Grau:

A aplicação do Direito - e este ato supõe interpretação - não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos. Da mesma forma, a ordem jurídica, no seu evoluir em coerência com as necessidades reais, embora haja de respeitar a Constituição, não se resume a uma mera dedução dela. A Constituição é um dinamismo⁹⁰.

⁸⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, p. 280.

⁸⁹ Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros,

E esse dinamismo está presente no Direito Minerário e na notória evolução que esse passou (e ainda passa) para assumir a sua autonomia, como explica Carlos Luiz Ribeiro:

A propriedade minerária brasileira nem sempre existiu, nem foi pacífico seu “nascimento”. Ao contrário, foi precedido de um acirrado confronto entre interesses públicos e interesse privado, a despeito de viável a separação entre a propriedade minerária e a propriedade do solo, sendo elas economicamente autônomas.⁹¹

Merece atenção o termo “economicamente” destacado por Carlos Ribeiro, o qual, a nosso sentir tem significado próprio e consistirá na pedra angular deste trabalho que pode ser sintetizado no dilema proposto por Massimo Motta, na obra intitulada *Competition policy: theory and practice*:

The trade-off between ex ante efficiency (one wants to preserve the firms’ incentives to innovate) and post efficiency (once firms have innovated it would be better if all the firms in the economy had access to the innovation) is at the core of public policies towards investments and innovations. A government faces a time-consistency problem here.⁹²

A propriedade minerária, inicialmente, pertencia à coroa Portuguesa, em período este conhecido como *regaliano*, devendo o minerador pagar 1/5 da quantia extraída, a título de *regalia* para a corte.

Após a proclamação da independência do Brasil, entrou em vigor a legislação Minerária de 1823 das Ordenações do Reino, sendo este sistema rapidamente ultrapassado pela Constituição de 1824, a qual garantia toda a propriedade (inclusive do subsolo) ao proprietário, período este conhecido como *acessão*, sendo confirmada pelo Decreto de 27.1.1829.

Hildebrando Hermann pontua que: “a distinção entre os dois sistemas é meramente acadêmica, pois na prática ambos se confundem.”⁹³

1990, p. 187.

⁹¹ RIBEIRO, Carlos Luiz. **Direito minerário escrito e aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006, p. 3.

⁹² Haverá um dilema na troca entre a eficiência anterior (sendo necessário preservar os incentivos públicos conferidos às empresas para inovar) e a pós eficiência (depois de ocorrida a inovação, seria melhor que as demais concorrentes tivessem acessos a esta inovação) que está no centro das políticas públicas para investimento em inovações. Um governo enfrenta um problema de consistência de tempo.

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press. 2003, p. 25.

⁹³ HERMANN, Hildebrando apud RIBEIRO, Carlos Luiz. **Direito minerário escrito e aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006, p.6.

Este sistema, acessão, perdurou e foi reconhecido pela Constituição de 1.891, ápice do individualismo e da proclamação dos direitos *sobre* a propriedade, refletindo o art. 72, § 17:

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.⁹⁴

Ainda que houvesse uma garantia do direito sobre a propriedade, este não era absoluto, haja vista que a própria Constituição da época fazia menção às possíveis limitações legais, destacando-se sobre o tema o Decreto nº 2.933, de 6 de janeiro de 1915, conhecida como Lei Pandiá Calógeras:

Art. 2º A mina constitui propriedade imóvel, distinta do sólo, sendo alienável isoladamente. Os acessórios permanentemente destinados à exploração, obras d'arte, construções, máquinas e instrumentos, animais e veículos empregados no serviço da mina, bem como o material de custeio em depósito, são considerados imóveis.⁹⁵

Todas as deferências são merecidas à João Pandiá Calógeras, que em 1904, publica o parecer "*As Minas do Brasil e sua Legislação*", percutiente trabalho que, além de dissecar os diversos mercados minerários, como ouro, diamante, pedras coradas e elementos raros (terras raras e areia monazíticas), assim fundamenta:

O meio em que ella se exercita, os traços próprios de nossos minérios, seu teor, suas condições de jazida, o estudo comparativo com os minérios análogos em outras terras, a possibilidade de estabelecer-se a luta concorrencial, são outros tantos factores que impõem medidas especiaes na lei, quer na classificação das substancias metálicas, quer no regimen a que devem ficar sujeitas, quer nas contribuições e ônus a que podem satisfazer. Em trabalho desta ordem não deve predominar exagerada minuciosidade technica; basta que se justifique a economia da lei na estaica industrial, permitindo-lhe a facilitando a existência, na dynamica, proprellindo-a para mais largos horisontes.⁹⁶

⁹⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (**De 24 de Fevereiro de 1891**). Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático (...).Rio de Janeiro, Presidência da República, 22 de fev. 1891.

⁹⁵ BRASIL. **Decreto n. 2.933, de 6 de janeiro de 1915**. Regula a propriedade das minas. Rio de Janeiro, Presidência da República, 1915.

⁹⁶ CALÓGERAS, Pandiá. **As Minas do Brasil e sua legislação**: geologia econômica do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938. [Distribuição Geographica dos Depósitos Auríferos do Brasil].

Daí, percebe-se que a criação legal da Lei Pandiá Calógeras como descrito em seu parecer, tem fundamento único e exclusivo econômico, focado na concorrência e no dinamismo da ação empresarial.

E, convergente a tal objetivo, Massimo Motta aponta os benefícios da regulação da competição, destacando-se:

Bem-Estar Económico, Bem-Estar do Consumidor, Defesa das Pequenas Empresas, Promoção da Integração do Mercado, Liberdade Económica, Combate à Inflação, Fainess e Equidade, assim como Razões Sociais, Razões Políticas, Razões Ambientais, Razões Estratégicas: Políticas Industriais e Comerciais (tradução nossa).⁹⁷

Ou seja, a política da concorrência tem por escopo uma série de benefícios para a sociedade, fato este que bem determina o desdobramento da propriedade do superficiário e do subsolo.

Nessa esteira, a *Lei Simões Lopes*, Decreto nº 15.211, de 28 de dezembro de 1.821, que concretizou sanções e ainda garantiu que terceiros pudessem manifestar o descobrimento da jazida em propriedade alheia, o que representou um grande avanço para combater a inércia do proprietário.

Atualmente, vigora ao sistema dominial republicano, introduzido em nosso ordenamento jurídico em 1934⁹⁸ e aprimorado na Constituição de 1.967⁹⁹.

Ainda sob os auspícios da Constituição de 1934, Alcides Pinheiro manifesta:

A jazida mineral passou a ser o principal, de que é acessório o sólo sob o qual ela se desenvolve e estende.
O nosso país deu esse passo avançado com os preceitos dos artigos 118 e 119 da Constituição de 16 de Julho de 1934 e com o Decreto nº24.642, de 10 de julho de 1.934.
Não é demais observar, nesta altura, que a carta constitucional de 10 de novembro de 1.937 deixou inalterados os princípios estabelecidos na Constituição de 1934. [...] Está assim abolido o vínculo jurídico que fazia das riquezas do sub-solo um acessório do solo.
Está assim alterada a ordem jurídica quanto ao regime da propriedade das minas e jazidas minerais, delas fazendo uma propriedade separada e distinta da propriedade do solo.¹⁰⁰

⁹⁷ Economic Welfare, Consumers Welfare, Defense of Small Firms, Promoting Market Integration, Economic Freedom Fighting Inflation, Fainess and Equity, assim como Social Reasons, Political Reasons, Environmental Reasons, Strategic reasons: Industrial and trades policies. MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press. 2003.

⁹⁸ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático Rio de Janeiro, Presidência da República, 16 jul. 1934.

⁹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Rio de Janeiro, Presidência da República, 24 de janeiro de 1967.

¹⁰⁰ PINHEIRO, Alcides. **Direito das minas**. Rio de Janeiro: Rodrigues, 1939, p. 18.

Sucessivamente, os Decreto-lei 1985 de 40 e 227/67 trataram de regulamentar os direitos sobre a mineração e os procedimentos administrativos, mantendo-se contudo a ideia de desdobramento da propriedade de solo e sub solo e instaurando-se o regime de concessão e autorização para a sua exploração.

Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. (Constituição de 1934)¹⁰¹

Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País. (Constituição de 1967)¹⁰²

Art. 176. 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.

§ 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)

§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.¹⁰³

Com tímido avanço, a CRFB/1988 realça a extensão da propriedade mineral como bem da união, garantindo ao concessionário a propriedade do produto da lavra e ainda ao proprietário da superfície o direito à indenização.

Esta evolução constitucional do Direito Minerário, em sintonia ao surgimento de um verdadeiro cabedal normativo, a ser complementado por atos administrativos expedidos pelas autoridades competentes, garantem a ele normas e princípios que

¹⁰¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático Rio de Janeiro, Presidência da República, 16 jul. 1934.

¹⁰² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Rio de Janeiro, Presidência da República, 24 de janeiro de 1967.

¹⁰³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

lhes são próprios, impondo ao intérprete a atenção quanto a existência de autonomia e, em especial, para ao real significado de seus termos, com alcance e sentidos próprios, podendo-se destacar nesse sentido o pensamento de Willian Freire:

o Direito Minerário tem por objeto o estudo das normas e procedimentos destinados a permitir a transformação do recurso mineral em riqueza e conciliar os direitos e deveres do minerador, do Estado, do superficiário e com os princípios do desenvolvimento sustentável [...]

O Direito Minerário constitui ramo autônomo do direito que passou por considerável expansão. Mesmo sendo certo que não há autonomia absoluta a nenhum ramo do direito o direito minerário encerra princípios diferenciados e conteúdo que merece estudo por métodos próprios.¹⁰⁴

No mesmo sentido é o pensamento de Ricardo Murari Bandeira, em sua dissertação de mestrado defendida na PUC Minas:

O Direito Minerário, pois, apresenta várias características advindas do administrativo, mas deste, no geral, parece possuir autonomia. O melhor, pois, é classifica-lo como ramo autônomo de direito público, que, apesar de algumas vezes se assemelhar ao administrativo, com este não se confunde.¹⁰⁵

Mas, a destacada autonomia do direito minerário não lhe confere independência nas ciências jurídicas, devendo sempre haver o pensamento interdisciplinar fincando, em especial, na sólida base constitucional. Sobre o tema, cita-se Miguel Reale:

Quando várias espécies de normas do mesmo gênero se correlacionam, constituindo campos distintos de interesse implicando ordens correspondentes, constituindo campos distintos de interesse e implicando ordens correspondentes de pesquisa, temos as diversas disciplinas jurídicas, sendo necessário apreciá-las no seu conjunto unitário, para que não se pense que cada uma delas existe independentemente das outras.¹⁰⁶

Para então que o Direito Minerário seja compreendido em sua plenitude, este tomará para si alguns termos já conhecidos do direito, conferindo-lhe, por vezes, sentido próprio, daí a relevância da autonomia deste ramo, mas com a sua devida contextualização Constitucional, cita-se Konrad Hesse:

¹⁰⁴ FREIRE, Willian. **Código de mineração anotado**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2010, p. 62-63.

¹⁰⁵ BANDEIRA, Ricardo Murari. **Dos contratos de cessão de direito de exploração mineral**. 2011. 221f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2011, p. 30.

¹⁰⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 3.

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas - ordenação e realidade - forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.¹⁰⁷

Destaca-se, primariamente, a interface do direito minerário com o *direito constitucional*, em especial de sua previsão normativa contida no artigo 176 e parágrafos e ainda 231¹⁰⁸, 225, §2º¹⁰⁹, 177,V¹¹⁰, 174, §4¹¹¹, 155, §3º¹¹², 49, XVI,

¹⁰⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: S. Antonio Fabris, 1991, p. 4.

¹⁰⁸ 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.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

¹⁰⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

¹¹⁰ Art. 177. Constituem monopólio da União:

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

¹¹¹ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

¹¹² Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. BRASIL. [Constituição

¹¹³, 23, XI¹¹⁴, 22, XII, 20, §1º e 20, IX, destaca-se ainda no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), arts. 43 e 44¹¹⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello define do *direito Administrativo* como “o ramo do direito público que disciplina a função administrativa e os órgãos que a exercem”.¹¹⁶ Tal definição, por si só, categoriza a necessidade da intercessão deste ramo do direito Público com o direito minerário, em especial nas interfaces existente com a Administração Pública, em especial na materialização dos “atos administrativos”, no conhecimento sobre poderes, como de polícia, normativo e regulamentar, e ainda no conhecimento sobre estrutura burocrática administrativa.

(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

¹¹³ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

¹¹⁴ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

¹¹⁵ Art. 43. Na data da promulgação da lei que disciplinar a pesquisa e a lavra de recursos e jazidas minerais, ou no prazo de um ano, a contar da promulgação da Constituição, tornar-se-ão sem efeito as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direitos minerários, caso os trabalhos de pesquisa ou de lavra não hajam sido comprovadamente iniciados nos prazos legais ou estejam inativos. (Regulamento) BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

Art. 44. As atuais empresas brasileiras titulares de autorização de pesquisa, concessão de lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica em vigor terão quatro anos, a partir da promulgação da Constituição, para cumprir os requisitos do art. 176, § 1º.

§ 1º Ressalvadas as disposições de interesse nacional previstas no texto constitucional, as empresas brasileiras ficarão dispensadas do cumprimento do disposto no art. 176, § 1º, desde que, no prazo de até quatro anos da data da promulgação da Constituição, tenham o produto de sua lavra e beneficiamento destinado a industrialização no território nacional, em seus próprios estabelecimentos ou em empresa industrial controladora ou controlada.

§ 2º Ficarão também dispensadas do cumprimento do disposto no art. 176, § 1º, as empresas brasileiras titulares de concessão de energia hidráulica para uso em seu processo de industrialização.

§ 3º As empresas brasileiras referidas no § 1º somente poderão ter autorizações de pesquisa e concessões de lavra ou potenciais de energia hidráulica, desde que a energia e o produto da lavra sejam utilizados nos respectivos processos industriais. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

¹¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1992, p. 33.

Já, a partir de sua alocação constitucional, percebe-se que a atividade minerária foi alçada ao patamar de atividade econômica, sofrendo, por isto, as diretrizes traçadas pelo Estado para a economia, ramo este de estudo do *direito Econômico*:

O Direito, enquanto ciência, se dedica ao estudo das relações intersubjetivas, sob o aspecto material. Mas há ainda um outro aspecto, o formal, a configurar e delimitar cada campo de estudo. Como visto acima, o Direito pode estudar as normas que regem aquelas relações sob vários prismas. Um deles é o da direção da política econômica pelo Estado. Será este aspecto formal que identificará e distinguirá o Direito Econômico dos demais ramos jurídicos¹¹⁷.

O direito Ambiental se relaciona diretamente com o direito Minerário, já que aquele é conceituado como “O Complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras da atividade humana que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.”¹¹⁸

A questão do impacto ambiental decorrente da atividade minerária foi constitucionalmente positivada no artigo 225, §2º¹¹⁹, impondo, por si só, a atenção das normas ambientais para a questão minerária. Essa matéria é de tal detalhamento que receberá capítulo próprio neste trabalho.

O direito *civil* é essencial para a compreensão deste tema, pois é este o ramo que regula o direito entre os particulares, em especial, o direito real, como a propriedade e o direito contratual. O Código de Mineração, art. 83 estabelece que, fora as regras do Código de Mineração, prevalece o direito comum. Mas as definições necessárias não são encontradas no direito comum. Aplicam-se regras constitucionais.

Mas, não é só isso, sendo válidas as palavras de César Fiúza, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves:

Ainda na área do direito Público, relacionam-se de perto o Direito Civil e Administrativo. É do Direito Civil que o Direito Administrativo extrai as bases da teoria dos atos e contratos administrativos, por exemplo. Mas, como é evidente, não obstante serem as bases idênticas, o Direito

¹¹⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 8.

¹¹⁸ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: RT, 2005.

¹¹⁹ § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Administrativo se orienta pelo interesse público, enquanto o Direito Civil segue orientações diversa, calcada no direito privado.¹²⁰

Caberiam ainda demais destaques à outras áreas de relevância, como o direito *empresarial* (em especial o direito societário), haja vista a necessidade de o minerador por vezes se organizar como uma pessoa jurídica ou mesmo cooperativa. Aliás, o conhecimento e a boa aplicação do direito societário como na estruturação do negócio, por S.A., SCP ou LTDA. é de extrema valia para o sucesso da atividade, como adverte Eduardo Goulart Pimenta:

Face à constatação de que as pessoas são contrárias a riscos, reagem aos incentivos que lhe são oferecidos e diante da indispensável função que o empresário tem em uma economia de mercado foram, ao longo do tempo, desenvolvidos e aperfeiçoados diferentes instrumentos destinados a minimizar o risco da empresa e incentivar seu exercício. A sociedade é, dentre as pessoas jurídicas de direito privado, aquela que pode ser destinada ao exercício de atividade de natureza empresarial. Trata-se, portanto, do empresário coletivo, em contraponto aos modelos de exercício individual da empresa.¹²¹

E, por fim, cita-se a relevância do direito *tributário*, uma vez que o exercício da atividade econômica é fato gerador de receita para o Estado, como a CFEM, demonstrando-se a essencialidade no conhecimento sobre o tema. Aliás, não somente a CFEM ou mesmo a TAH caracterizam a atividade minerária, a qual é geradora de Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), CSLL, PIS/ Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), COFINS, Imposto sobre Operações de Crédito (IOF), Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), encargos de *Royalties*, exigindo-se do contribuinte a atenção das obrigações principais e acessórias.

Além do conhecimento sobre o tema, faz-se necessário entender o conceito de *extrafiscalidade*, a qual busca conferir uma medida de incentivo ou desestímulo ao agente econômico, a partir da cobrança ou não de um determinado tributo.

A autonomia do direito minerário, como o visto, não retira deste a sua intercessão com os demais ramos do direito, em especial a necessária compreensão dos seus efeitos sobre as demais áreas, o que exige do intérprete habilidade interdisciplinar, sem perder o foco na precisão e exatos contornos do termos do direito

¹²⁰ FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 34.

¹²¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário**: Rio Grande do Sul: Editora Fi, 2017, p. 34

minerário aos significados que lhes são próprios.

3.2.2 *Principiologia do ramo jurídico minerário*

Falar de princípios, regras e normas é, por vezes polêmico, sendo que há uma rivalização neste sentido entre o direito natural e o direito positivo. Não será o papel deste trabalho traçar por menores detalhes entre o conceito deôntico dos princípios e, principalmente, sobre a sua concretização e imposição no texto legal.

Em trabalho intitulado *Contornos teórico-dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa*, o professor César Fiúza pontua que:

Os princípios seriam mandados de otimização. As regras, no entanto, não teriam grau de aplicabilidade, elas simplesmente são aplicadas ou não, ou o fato se amolda ao tipo legal ou não.

As condições para aplicação de um determinado princípio não são definitivas, elas se ajustam ao caso concreto. O que um determinado princípio requer para ser aplicado a um caso não poderá ser comparado à tipificação exigida pelas regras, ou seja, as exigências feitas por este mesmo princípio a outro caso não necessariamente terão valor, forma ou qualidades idênticos ao primeiro caso.

Segundo esta teoria, os princípios seriam vistos como razões *prima facie* e as regras como razões definitivas.¹²²

E continua, o respeitável professor:

Regras são auto-explicativas, ao contrário dos princípios. Pela simples leitura da regra há a possibilidade de se entender e indicar todos os atos capazes de se enquadrar naquele dispositivo. Já na leitura de um princípio não há como entender a que, especificamente, ele se relaciona. Sua leitura é subjetiva, só explicável com sua aplicação ao caso concreto. Outra característica dos princípios é o fato de serem fundamento, base para a existência das regras.¹²³

Em dissertação de mestrado, defendida na PUC Minas, sob a orientação da Professora Dra. Taísa Maria Macena de Lima, a discente Beatriz de Almeida Borges pontua que:

Sem se prolongar no tema, posto que não é o foco do presente estudo, importa diferenciar as duas modalidades de norma jurídica, regras e princípios, pontuando que ambas prescrevem comportamentos, havendo, todavia, distinção quanto ao modo de fazê-lo. As regras são normas

¹²² FIUZA, César. Contornos teóricos-dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 49-68, jan./jun. 2009.

¹²³ FIUZA, César. Contornos teóricos-dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 49-68, jan./jun. 2009.

descritivas, estabelecendo obrigações, permissões ou proibições mediante a descrição de condutas a serem adotadas, ao passo que os princípios estabelecem fins a serem atingidos para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos.¹²⁴

Falar de princípios é, por vezes, tocar em tema conflituoso na doutrina especializada, em especial na sua feição como norma, exigindo a sua aplicação pronta e imediata, sem o aceite de ponderações subjetivas que poderão relega-los à inexistência.

Cada princípio revela um mandamento nuclear do texto constitucional, concretizando a sua observância e respeito, não podendo ser atenuado ou dilatado ao sabor do intérprete, pode-se destacar uma mineradora, por exemplo, caso o princípio da preservação ao meio ambiente fosse absoluto, ela sequer existiria. Mas, ao contrário, é permitida a mineração, desde que o empreendedor realize, com satisfação, as obrigações impostas pelo Poder Público, como a concessão de lavra e obtenha as licenças ambientais.

É esta também a opinião de Paula Forgioni:

Com isto não estamos a dizer que a Constituição do Brasil persiga um modelo de mercado apartado da livre iniciativa e da livre concorrência- muito ao contrário. Apenas devemos ter em mente que os princípios insculpidos no art. 170 e todas as regras que neles se embasam prestam-se, sempre, a perseguir um fim maior e, portanto, nunca podem ser tomados em consideração do sistema ao que pertencem e que, ao mesmo tempo, ajudam a conformar, é imperativa a interpretação sistemática de todos os princípios constitucionais.¹²⁵

Antes de se adentrar aos temas eminentemente do Direito Minerário, devem ser ressaltados alguns princípios que conduzirão o agente econômico a empreender que são a propriedade privada e a função social da propriedade, como também adverte César Fiúza:

Mas, que é funcionalização? É estar em função de algo. No estudo do Direito, funcionalização significa que a análise que o jurista fará de cada instituto deverá partir, sem dúvida, da estrutura, que continua sendo importante, mas também levará em conta a função que o instituto exerce para o bem do ser humano, o papel que um princípio ou uma regra desempenha no interior de um

¹²⁴ SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. **Parâmetros para aplicação do princípio da solidariedade familiar:** em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018, p.27.

¹²⁵ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 154.

sistema ou de uma estrutura. Cada instituto jurídico deverá ser estudado em função do ser humano, em função da sociedade etc. Nesse contexto é que se fala em função social, função econômica, função repressiva, função preventiva de uma norma ou de um instituto jurídico.¹²⁶

É válida a citação de Richard Posner:

Este livro foi escrito com a convicção de que a Economia é um poderoso instrumento para analisar uma vasta gama de questões jurídicas, mas que a maioria dos advogados e estudantes de direito – mesmo alguns muito brilhantes – tem dificuldade em aplicar princípios econômicos a problemas jurídicos concretos.¹²⁷

Cita-se também, Steven Shavell:

A análise "econômica" do direito não se restringe aos fatores econômicos convencionalmente compreendidos, mas inclui também todos os tipos de fatores não econômicos (como motivações altruístas). A análise econômica do direito é, no entanto, caracterizada pelo ponto de vista científico social geral da disciplina da economia, sob a qual os atores são vistos como prospectivos e racionais, e as noções de bem social empregado na política de avaliação são explicitamente articuladas.¹²⁸ (tradução nossa).

Dá é importante a menção que um dos princípios nucleares do direito Minerário é o da *propriedade privada*, será ele, e tão somente ele, que guiará o Minerador a explorar a atividade econômica da mineração.

Somente haverá interesse e disposição do minerador em alocar recursos nesta atividade extremamente onerosa e arriscada se houver segurança jurídica na apropriação das receitas e recursos dela originados.

Sobre o tema, cita-se Ivo Gico Júnior:

Quando a interação social se dá no âmbito do mercado, o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas. Nesse ponto, diremos que o mercado se encontra em equilíbrio. Equilíbrio é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes. Modificada a regra em um contexto onde a barganha é possível (mercado), os agentes realizarão trocas enquanto lhes for benéfico

¹²⁶ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 118.

¹²⁷ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York, EUA: Aspen Publishers, 2007.

¹²⁸ [...] "economic' analysis of law is not restricted to conventionally understood economic factors but also includes all manner of non-economic ones (such as altruistic motivations). Economic analysis of law is, however, characterized by the general social scientific point of view of the discipline of economics, under which actors are regarded as forward looking and rational, and the notions of the social good employed in evaluating policy are explicitly articulated." SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Cambridge, Harvard University Press, 2004, p. 19.

até que o equilíbrio seja alcançado. Esse resultado poderá ser diverso se estivermos tratando de um contexto hierárquico no qual a livre barganha não ocorre. O padrão de comportamento da coletividade se depreende da idéia de equilíbrio das interações dos agentes individuais.¹²⁹

É também o sentir de Kildare Gonçalves Carvalho: “A opção do texto constitucional, embora não diga expressamente, é pelo capitalismo e a apropriação privada dos meios de produção, com alguns preceitos apontando para uma socialização, sem, contudo, comprometer a essência do sistema”¹³⁰

A visualização então dos custos de transação é essencial para a higidez da atividade empresarial, já que as transações econômicas (relações contratuais) são instrumentos pelos quais os agentes econômicos procuram interagir no sentido de obter a máxima eficiência na produção ou alocação dos bens e serviços disponíveis e, deste modo, maximizar seus próprios interesses¹³¹

A concepção do sistema de incentivo e desestímulo é bem compreendida pelo legislador, tanto é assim que há uma fina simetria entre conduta indesejada e pena, assim como conduta desejada e incentivo, garantindo-se assim, com base na racionalidade, que o agente de mercado produzirá aquilo que é valorizado pela norma^{132, 133}

Este sentido de agir empresarial está impregnado em toda a sociedade, e não somente nos ‘empresários’¹³⁴. Quando um empregado decide mudar de posto de trabalho, ele está empreendendo, assim como uma pessoa larga a iniciativa privada para prestar um concurso público, pois tais condutas são maximizadoras de riqueza e buscam um melhor estado de satisfação pessoal¹³⁵.

¹²⁹ GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010, p. 23.

¹³⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 796.

¹³¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário**: campus jurídicos. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013, p. 31.

¹³² “O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”. GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

¹³³ NOGUEIRA, Fernanda de Araújo Couto e Mello; MACHADO, Raphael Boechat Alves. **As regras de conformidade como intangível contratual**. [Belo Horizonte]: Sigestão, 2017.

¹³⁴ Expressão utilizada em sua conotação vulgar, com a finalidade de conceituar empreendedores ou sócios.

¹³⁵ Importa deixar bem fincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela

Neste aspecto, para que surja e se solidifique a atividade econômica organizada dos fatores de produção que vise à prestação de serviço ou fabricação de produtos, é necessária a criação pelo Estado de um ambiente minimamente favorável, com os riscos inerentes ao mercado e que tragam ao empreendedor o maior grau de certeza possível sobre os desígnios da política monetária¹³⁶.

A ação humana, por ser racional, analisa custos e benefícios de uma medida para a tomada de decisão e, a partir desta constatação, o trabalho de Ronald Coase, intitulado *The problem of social cost*, ampliou a compreensão do sistema empresarial, já que permitiu identificar os mecanismos que regem, internamente, a empresa:

Fora da empresa, a movimentação dos preços se direciona à produção, a qual é coordenada através de uma série de trocas no mercado. Dentro da empresa, essas transações de mercado são eliminadas, ocorrendo um ambiente estrutural em que as trocas são substituídas pela atuação do coordenador que direciona a produção. Está claro que estes são métodos alternativos de coordenação da produção. (tradução nossa).¹³⁷

Classicamente é irrefutável que a noção de Estado decorre da própria condição de exercício de liberdade, revelando-se um desserviço imaginar na ação estatal uma fonte de abusos e arbitrariedades contra o exercício de liberdades constitucionalmente adquiridas:

O governo é necessário para preservar nossa liberdade, é um instrumento por meio do qual podemos exercer nossa liberdade; entretanto, pelo fato de concentrar poder em mãos políticas, ele é também uma ameaça à liberdade. Mesmo se os homens que controlam esse poder estejam, inicialmente, repletos de boa vontade e mesmo que não venham a ser corrompidos pelo poder, este formará e atrairá homens de tipos diferentes.¹³⁸

empresa, mas também pelo trabalho. A constituição, ao contemplar livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a “iniciativa do Estado”; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa. É que a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho. Daí por que o art. 1º, IV do texto constitucional - de um lado - enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil o valor social e não as virtualidades individuais da livre iniciativa e - de outro - o seu artigo 170, caput coloca lado a lado trabalho humano e livre iniciativa, curando tudo no sentido de que o primeiro seja valorizado. GRAU, Eros Roberto. **Comentários à Constituição do Brasil**. Brasília: Saraiva, 2014, p. 1793.

¹³⁶ Na mesma linha, cita-se Fernando Herren Aguilar: “O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última.” AGUILAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012, p. 266.

¹³⁷ Outside the firm, price movements direct production, which is co-ordinated through a series of Exchange transactions on the Market. Within a firm, these markets transactions are eliminated and in place of the complicated market structure with exchange transactions is substituted the entrepreneur co-ordinator, who directs production. It is clear that these are alternative methods of co-ordinating production. COASE, Ronald. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, Oct. 1960.

¹³⁸ FRIEDMAN, David. **As engrenagens da liberdade**. 2. ed. [S. l.]: Portal Conservador, 2009, p. 5.

Porém, a legislação deve ser neutra, não deve trazer custos inesperados que não previstos pelos agentes econômicos, sob risco de violação dos incentivos e desestímulos a determinadas condutas, o que corromperá o equilíbrio de mercado.

Obviamente que, a partir da noção de redistribuição de riqueza, também defendida por John Rawls¹³⁹, a CRFB/1988 assegura que os benefícios devem ser compartilhados por toda a sociedade, e nesse sentido, como bem assevera Egon Bockmann Moreira:

[...] cumpre ao Estado dar eficácia ao princípio da função social e estabelecer limites à atuação dos agentes econômicos privados, bem como gerar meios de uma melhor distribuição de riqueza. Isso através de regulação normativa ou da gestão direta. O texto constitucional prevê a integração da busca pelo lucro ao dever do atendimento a interesses alheios àqueles dos detentores dos direitos em questão (propriedade, livre empresa, etc.); o que implica a funcionalização social do conceito do exercício de liberdade de iniciativa.¹⁴⁰

O Professor Leonardo Poli pontua sobre a função social que:

Nesse sentido, a recepção legislativa da função social do direito subjetivo privado deve ser interpretada de forma essencialmente inclusiva. Trata-se justamente de garantia legal de que a função social também será inserida no discurso, juntamente com as demais: econômica, política, normativa e pedagógica. Em uma sociedade jurídica democrática não pode haver argumentos suficientemente convincentes para se impor a prevalência necessária de uma das funções.¹⁴¹

A partir da importante e necessária sedimentação da relevância dos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, os quais estão devidamente positivados na Constituição da República, como direitos fundamentais, art.5º, XXII e XXIII e ainda como princípios da Ordem Econômica, artigo 170, II e III.

Compreender então a principiologia específica do direito Minerário exigirá a superação do paradigma clássico da dualidade *público x privado*.¹⁴²

¹³⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisettas e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia**, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 36, out/dez. 2006, p.36.

¹⁴¹ POLI, Leonardo Macedo. A funcionalização do direito autoral: Limitações à autonomia privada do titular de direitos autorais. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006a, 416.

¹⁴² 19. “Contra os Maniqueus”, trazido na obra *confissões* de Santo Agostinho: Desapareçam de tua presença, ó meu Deus, como os vãos faladores e sedutores do espírito, aqueles que, ao observarem a dupla deliberação da vontade, concluem que temos duas almas de naturezas opostas, uma boa, outra má.” AGOSTINHO (SANTO). **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

Pela recenticidade do tema, há certa incipiência no conceito e nas definições dos princípios do direito Minerário, muitos destes ligados à própria natureza da atividade, como o princípio *da rigidez locacional*, que se traduz na especificidade da localização geográfica do mineral.

Tal fato deve ser norteador da decisão administrativa sobre a concessão ou não da portaria de lavra e, principalmente, deve orientar que eventuais atividades conflitantes sejam redirecionadas para outras localidades, como a construção de uma estrada que passará sobre a reserva mineral.

Outro princípio de destaque do direito Minerário é a *safrá única* ou *escassez mineral*, situação esta que impõe a eficiência na gestão e no aproveitamento da riqueza, devendo esta ser utilizada da melhor forma possível.

Princípio caracterizador da atividade mineral e que a diferencia das demais atividades é o *interesse nacional*, haja vista que há a “destinação do produto da mineração à industrialização do território nacional” (SILVA, 2006, p. 920)

O parecer PROGE nº 145/2006 cristalizou o seguinte entendimento:

A mineração é uma atividade de utilidade pública e como tal deve ser reconhecida, pois é inimaginável a vida sem minerais, metais e compostos metálicos, essenciais para a vida das plantas, dos animais e dos seres humanos. O combate à fome depende da agricultura e esta dos fertilizantes. Também dependem de produtos minerais a habitação, o saneamento básico, as obras de infraestrutura viária, os meios de transporte e comunicação.¹⁴³

O Min. Orosimbo Nonato, que também concedeu a segurança, afirmando sobre o direito minerário:

[...] é direito real “sui generis”, não lhe faltando o característico da oponibilidade “erga omnes”. É um direito real, ainda que não idêntico à posse ou à propriedade. Pouco importa, porém, tratar-se de direito “sui generis”. Se ele existe, a meu ver, também comporta o mandado de segurança. Ainda que se tratasse de propriedade. O mesmo se passa com respeito à posse. Se é exato que, contra ato da administração, que ofende a posse, há o interdito possessório, também prevalece o mandado de segurança¹⁴⁴

Esta essencialidade da mineração que é traduzida no princípio da *utilidade pública* da mineração é também encontrada na doutrina de Hely Lopes Meirelles, em

¹⁴³ BRASIL. Agência Nacional de Mineração. **Parecer PROGE nº 145/2006**. Brasília: ANM, 2015.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança MS 927. Rel. Min. Laudo de Camargo - Minas de calcário; autorização para lavra e sua cassação sem o ser pelos meios regulares; ofensa a direito líquido e certo e sua proteção pelo mandado de segurança. **Coletânea de acórdãos** nº 326, Rio de Janeiro, 6 out. 1948. p. 1.

parecer citado pelo Min. Celso de Mello no acórdão do RE 140.254:

[...]. A concessão não é ato precário, revogável ao nuto do Governo; é ato definitivo de outorga de um direito de lavra, exercitável sob o amparo do Código de Mineração e de seu Regulamento, e só cassável pela União, nos casos previstos em lei.

7. A concessão de lavra, desde a sua outorga, erige-se num direito pessoal do minerador, numa verdadeira property, como é considerada no direito anglo-saxônico (Cf. FREUND, Ernest. Administrative Powers over Persons and Property, 1928, p. 89 e seg.), **com valor econômico proporcional ao da jazida**, uma vez que tal concessão faculta a exploração do minério pelo concessionário, **até o esaurimento da mina**, e é alienável e transmissível a terceiros que satisfaçam as exigências legais e regulamentares da mineração (Cód. Min., art. 55; Reg., art. 59). O título de concessão de lavra é, pois, um bem jurídico negociável como qualquer outro, apenas sujeito às formalidades da legislação minerária do País. O seu valor econômico integra-se no patrimônio do titular e é comerciável como os demais bens particulares. Daí porque toda vez que a União suprime ou restringe a concessão, fora dos casos de caducidade previstos no Código de Mineração e em seu Regulamento (arts. 63, In, e 65; arts. 64; 99, In; e 102), fica obrigada a indenizar o concessionário da lavra.¹⁴⁵

Do parecer acima trazido, pode-se tecer outro princípio do direito minerário que vem a ser *da segurança jurídica do título minerário*, fato este a retirar o caráter de precariedade da eventual concessão ou autorização para explorar, devendo o minerador somente perde-la como punição, nas hipóteses de cassação do título, fato este de leitura inequívoca do artigo 42 do atual código de minas:

Art. 42. **A autorização será recusada**, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório.¹⁴⁶

Assim, uma vez autorizada a lavra ou publicada a portaria de sua concessão, não pode esta ser revogada, como ato discricionário e precário.

O Ato Administrativo é conceituado para este trabalho como a manifestação de vontade da Administração Pública que, sob regime formal de direito público, tem por objeto a prática de um resultado previsto em lei, com finalidade de atender o interesse público.

¹⁴⁵ Celso de Mello apud MEIRELLES, Hely Lopes. **Jazida e concessão de lavra**. [Rio de Janeiro]: FGV, 1972. v. 19.

¹⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017**. Cria a Agência Nacional de Mineração (ANM); extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); altera as Leis n.º 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994, e dispositivos do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração).. Brasília, Presidência da República, 2017.

E, nesta análise, são examinados os planos da Existência, Validade e Eficácia. A existência do Ato decorre de sua ocorrência no mundo dos fatos e posterior repercussão jurídica. Existe, pois, o ato que de fato ocorreu e que tal ocorrência é relevante para o direito¹⁴⁷.

Assim, não caberá debate sobre a validade ou a eficácia de Ato inexistente, sendo este irrelevante para o mundo jurídico.

Superada a existência, o Ato será então examinado sob o aspecto da validade, quando será verificada a “conformidade do ato com a ordem jurídica positiva, ou seja, considera-se válido o ato jurídico que foi expedido em absoluta consonância com as exigências do sistema jurídico”.¹⁴⁸

Após percorrer as etapas de existir e ser válido, o Ato passará para plano da eficácia, estando “o ato pronto para atingir o fim a que foi destinado. Se o ato completou seu ciclo de formação, pode-se considerá-lo eficaz, e isso ainda que dependa de termo ou condição futuros para ser executado”¹⁴⁹

Para o aperfeiçoamento do Ato Administrativo, planos da Validade e Eficácia, será necessária a análise de seus elementos: agente competente, forma prevista em lei, objeto lícito, motivo e finalidade.¹⁵⁰

E, por ser a cassação uma punição sobre esta se plasmam os princípios do direito administrativo sancionador, tratando-se a sanção de um ato VINCULADO, o qual impõe à Administração Pública seguir o comportamento prescrito pela norma, como preceitua José dos Santos Carvalho Filho:

Doutrina autorizada inclui, entre os poderes administrativos, o denominado “poder vinculado”, situando-o em antagonismo com o poder discricionário. Com a devida vênia, porém, pensamos não se tratar propriamente de “poder” outorgado ao administrador; na verdade, através dele não se lhe confere qualquer prerrogativa de direito público. Ao contrário, **a atuação vinculada reflete uma imposição ao administrador**, obrigando-o a conduzir-se rigorosamente em conformidade com os parâmetros legais. Por conseguinte,

¹⁴⁷ “O campo da existência é a plataforma das cogitações sobre a mera identificação do ente, o singelo reconhecimento de que, para o universo jurídico, emergiu algo que deve ser considerado. Paulo de Barros Carvalho. Decadência e Prescrição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **Cadernos de pesquisas tributárias**, n. 1. São Paulo, p. 463-580, 1976.

¹⁴⁸ FONSECA, Maurício Leopoldino da. **Discricionariedade administrativa e o princípio da razoabilidade controle jurisdicional dos atos administrativos**. 2001 Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001, p. 51.

¹⁴⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 128.

¹⁵⁰ A esses cinco elementos, indispensáveis para que o ato administrativo adquira validade e eficácia, produzindo efeitos no mundo jurídico, a doutrina denomina requisitos ou pressupostos.

esse tipo de atuação mais se caracteriza como restrição e seu sentido está bem distante do que sinaliza o verdadeiro poder administrativo. Diversamente ocorre, como já se viu, com o poder discricionário: neste, o administrador tem a prerrogativa de decidir qual a conduta mais adequada à satisfação do interesse público.¹⁵¹ (grifo nosso).

O procedimento sancionário administrativo, por impor uma penalidade restritiva de direitos ao particular é analisado, em simetria, ao direito processual penal, impondo ao administrador a cúria e o zelo com os direitos do particular. É este o posicionamento de Flávio Amaral Garcia e Diogo Figueiredo Moreira Neto em *A principiologia no direito administrativo sancionador* explicam que:

Posto em outros termos, não se propugna uma identidade absoluta entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, mas se reconhece a existência de um núcleo principiológico orientador do poder estatal que toca ao exercício do seu poder punitivo . [...]

No campo do Direito Administrativo Sancionador, o fenômeno da deslegalização também se faz presente, cabendo à norma regulatória sistematizar o conjunto de infrações e condutas vedadas, desde que, como dito, esse núcleo mínimo respeite as balizas, os limites e os condicionamentos minimamente descritos na lei em sentido formal.¹⁵²

É o que também corrobora Gregório Edoardo Raphael Selingardi Guardia, em *Princípios processuais no direito administrativo sancionar: um estudo à luz das garantias constitucionais*:

A validade da solução que resultar a aplicação da sanção depende de adequada motivação, de modo que os fundamentos sejam relacionados, com vistas à elaboração de discurso justificativo da decisão tomada.

A motivação presta-se a expor as razões que legitimam o ato decisório; persuadir as partes sobre a correta aplicação da lei; permitir o controle crítico do decidido; aprimorar a aplicação do direito, e consequentemente, promover o aperfeiçoamento das instituições jurídicas e da orientação jurisprudencial.¹⁵³

Assim, para que o desfecho deste processo administrativo seja a aplicação de uma sanção, deve este objeto ser devidamente abalizado por um motivo, fático ou jurídico, que assim conduza linearmente.

¹⁵¹ CARVALHO FILHO, José. dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

¹⁵² GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013, p. 12.

¹⁵³ GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 109, 773-793.

Outros princípios são também trazidos pela doutrina especializada¹⁵⁴, como da prioridade ou mesmo da sustentabilidade e da supremacia do interesse do minerador sobre o interesse do superficiário, que possuem grandíssima relevância.

Mas, estes a nosso sentir e em especial o princípio da supremacia do interesse do minerador é o escopo deste trabalho, não necessitando, por isto, de anotações individualizadas.

Ademais, o intuito deste tópico foi de sedimentar que o direito minerário é ramo próprio do direito, com princípios que lhes são próprios, hábil a afastar sua leitura, por vezes equivocada, como inserido no direito Administrativo, **daí, poder-se negritar, que no nosso sentir, autorização no direito minerário não é ato precário nem discricionário, tal qual o é no direito Administrativo.**

3.2.3 Os Títulos Minerários e a Aquisição da “propriedade mineral”

O regime de aquisição da propriedade minerária é caracterizado pela existência de procedimentos administrativos que se destinam desde a localização e a caracterização da mina, até a outorga do título de exploração mineral.

Dada a existência de distintos regimes de aproveitamento de substâncias minerais, cada um deles com procedimentos próprios e distintos títulos autorizativos. Para o presente estudo será aprofundado apenas o regime de concessão, que é precedido pelo estudo das anomalias, prospecção e pesquisa mineral¹⁵⁵.

Daí, a doutrina especializada aponta que será neste momento, com a obtenção do título conhecido como “concessão de lavra”, a caracterização da aquisição da

¹⁵⁴ Sobre o tema, ver: FREIRE, Willian. **Código de mineração anotado**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2010.

¹⁵⁵ Art. 2º. Os regimes de aproveitamento das substâncias minerais, para efeito deste Código, são: (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

I - regime de concessão, quando depender de portaria de concessão do Ministro de Estado de Minas e Energia; (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

II - regime de autorização, quando depender de expedição de alvará de autorização do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

III - regime de licenciamento, quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro da licença no Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

IV - regime de permissão de lavra garimpeira, quando depender de portaria de permissão do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

V - regime de monopolização, quando, em virtude de lei especial, depender de execução direta ou indireta do Governo Federal. BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

propriedade mineral, que se fará paulatinamente, a partir da extração desta riqueza do solo.

A partir de uma leitura constitucional sistêmica, percebe-se que há uma dualidade no regime de propriedade da União sobre os recursos naturais, sejam eles inertes enquanto não afetados a atividade mineral, art. 20, IX, sejam os recursos afetados, previstos no art. 176, CRFB/1988.

Porém, há um tema conflituoso trazido no artigo 176 da CRFB/1988, em especial na parte final, que diz respeito a “garantia ao concessionário da propriedade do produto da lavra”.

Para ser considerado jazida, pelo Decreto-Lei nº 227/67, a massa individualizada de substância mineral ou fóssil deve possuir valor econômico, sendo que será considerada mina a jazida em lavra.¹⁵⁶

Já a lavra, pelo referido Decreto-Lei, é considerada como: “Art. 36. Entende-se por lavra o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas.”¹⁵⁷

Não há dúvidas então em se afirmar que ao Concessionário é garantida a apropriação sobre o produto (riqueza) obtido a partir da exploração do mineral, a qual é definitivamente outorgada pelo título conhecido como concessão de lavra.

É este o atual momento do estado da arte no direito minerário, buscando este trabalho avançar sobre este tema, em especial, a partir do conhecimento sobre a natureza jurídica dos títulos de outorga e ainda problemas conceituais enfrentados.

A separação entre a propriedade mineral e a propriedade do solo foi um problema enfrentado no início do século XX pelos legisladores. Os detentores da posse e da propriedade do solo impediam/dificultavam a exploração das reservas minerais, o que motivou a separação da propriedade do solo da propriedade dos recursos minerais, no interesse nacional. A CRFB/1934 resolveu o problema consagrando e regulando a diferenciação entre as distintas propriedades, no interesse

¹⁵⁶ Art. 4º Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa. BRASIL. **Decreto n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

¹⁵⁷ BRASIL. **Decreto n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

nacional.

Ocorre que a simples autorização para a lavra não embute o direito de se apossar das áreas que contém as jazidas minerais em desfavor do detentor da posse do solo. Este entendimento extensivo não está previsto em lei. O título minerário não obriga, por si só, ao detentor da posse e propriedade do solo a reconhecer prevalência da exploração mineral.

Para o detentor de autorização para a lavra ser empossado da área em que se situa a jazida, é necessário que a ANM realize e declare a imissão na posse, com efeitos *erga omnes*, na forma estabelecida na legislação especializada. Em que pese a *imissão* na posse administrativa, feita pela ANM, apenas certificar a existência da mina contra demais mineradores confrontantes, este procedimento legal, possibilita que o interessado vá a juízo contra o direito do superficiário, possibilitando o aproveitamento industrial da jazida¹⁵⁸.

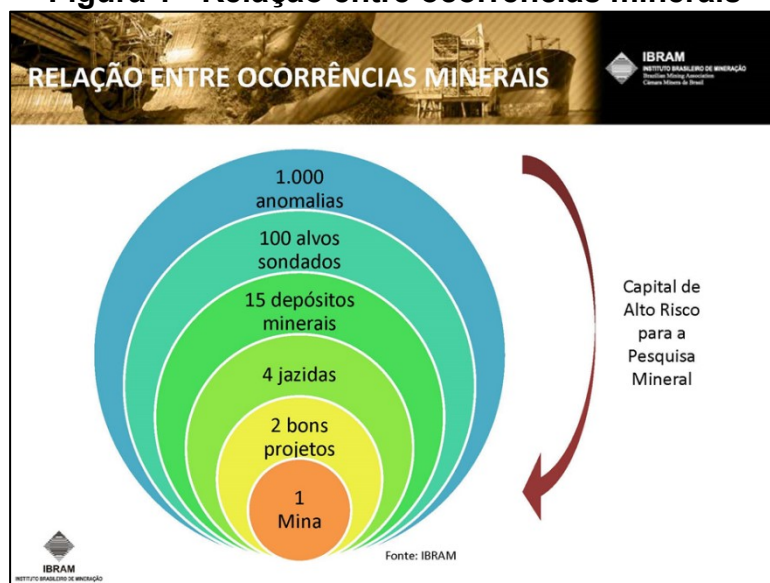
Mas, antes da imissão na posse de cunho forçado, o Decreto-Lei nº 227/67 estabelece uma série de prerrogativas para o proprietário do solo, como a necessidade de o minerador celebrar com este acordo sobre o pagamento dos *royalties* e ainda renda pela ocupação dos terrenos¹⁵⁹.

Veja-se que, pela doutrina e jurisprudência atuais, o minerador deve já realizar vultoso investimento, entrar em acordo com o proprietário, antes mesmo de obtida a concessão de lavra, o que revela uma sintomática assimetria entre custos e riscos.

Na fase estudo de anomalias e prospecção, ainda não existe título garantidor de direito, mas se trata de uma parcela de maior risco para o minerador. Antes de se incorrer nos vultosos custos de uma pesquisa mineral, o minerador busca evidências de que o mesmo existe em quantidade suficiente para o aproveitamento econômico, antes mesmo de apresentar qualquer pedido à União.

¹⁵⁸ Sobre o tema, agradece-se ao Dr. Guilherme Henrique Silveira e Silva por todo auxílio e disponibilidade na condução deste trabalho, como na disposição da ação judicial 0800403-94.2019.8.20.5123 e do ofício nº00164/PFE ANM/PGF/ AGU.

¹⁵⁹ Art. 27. O titular de autorização de pesquisa poderá realizar os trabalhos respectivos, e também as obras e serviços auxiliares necessários, em terrenos de domínio público ou particular, abrangidos pelas áreas a pesquisar, desde que pague aos respectivos proprietários ou posseiros uma renda pela ocupação dos terrenos e uma indenização pelos danos e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa, observadas as seguintes regras: [...]. BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

Figura 1 - Relação entre ocorrências minerais

Fonte: (INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO, 2013).¹⁶⁰

A partir da imissão na posse da área da jazida, o concessionário legalmente empossado da área pela ANM, com efeitos *erga omnes*, faz jus a todos os direitos do detentor da posse, que incluem a defesa e proteção contra atos que violentem e afrontem o adquirido direito de posse. Assegura o Código de Mineração, art. 83, que se aplica à propriedade mineral o direito comum, salvo as restrições impostas na legislação especializada.

Área minerária se trata de área legalmente classificada como de interesse público nacional, para permitir o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais. (Decreto-lei 3.365/41, art. 5º, “f”).¹⁶¹

Em sentença proferida pela justiça federal de Minas Gerais, (Processo nº 66318-94.2010.4.01.3800) onde o proprietário do solo buscava acesso aos documentos de processo administrativo de detentor de título minerário, após ter o seu acesso à área impedida pela mineradora, o juízo negou o pedido, fundamentando a restrição como decorrente lógica da proteção à propriedade intelectual, conforme abaixo:

De fato, a Portaria DNPM nº 201/2006 atribui caráter sigiloso aos processos administrativos minerários (alvará de pesquisa, concessão de lavra, registro de licenciamento e permissão de lavra garimpeira) a partir da outorga do título, com fincas a assegurar a garantia à propriedade intelectual e industrial de seus

¹⁶⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO. **Informações sobre a economia mineral brasileira 2015**. Brasília: IBRAM, set. 2015.

¹⁶¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, Presidência da República, [2017].

titulares, que poderia sofrer ofensa pelo acesso de terceiros a dados e informações técnicas dos beneficiários dos títulos minerários, obtidos em razão de pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Em razão disso, a garantia de sigilo é razoável e legítima, sendo que a exceção ao princípio da publicidade é prevista na própria norma constitucional. Conquanto o dispositivo prescreva apenas o 'sigilo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado', os direitos fundamentais comportam restrições excepcionais que tornam legítima a limitação à publicidade de modo a assegurar proteção a outro direito fundamental, qual seja, a propriedade industrial.¹⁶²

Em obra intitulada *A propriedade das minas*, publicada em 1885 pela imprensa nacional, o autor, Dr. Antonio Herculano de Souza Bandeira já asseverava o risco da indefinição dos direitos minerários, citando os impactos negativos no desenvolvimento da atividade por decisões administrativas:

Não é por tal modo que se conseguirá desenvolver a indústria mineira, sobretudo si a propriedade das minas ficar a mercê do arbítrio de qualquer ministro que se julgue autorizado a indiferentemente atribui-la ao dono do solo ou a outro qualquer, como si a questão de julgamento da propriedade fosse atribuição do poder executivo.¹⁶³

Para os investidores em mineração a posse exclusiva da área da mina se trata de um fator tão importante quanto o reconhecimento jurídico da propriedade mineral. Todas as atividades dentro da área minerária são normatizadas e estranhos ao ambiente podem causar danos e prejuízos de grande monta, além de sérios acidentes que podem comprometer a integridade física dos trabalhadores e dos intrusos no ambiente industrial.

Os mineradores, normalmente, proíbem a entrada de terceiros no ambiente industrial de uma jazida em operação, ou mina, amparados nos direitos que são delegados aos detentores da posse minerária.

A posse minerária se distingue da posse do solo e as distinções são decorrentes de necessidades industriais que não podem ser afastadas sem alterações na legislação especializada. Observe-se que eventuais modificações nos entendimentos podem comprometer grandes investimentos na atividade econômica.

Os títulos minerários são consentimentos conferidos pelo poder público para que o Minerador adquira a propriedade sobre o “produto da lavra” e possa, enfim, explorar esta atividade econômica.

¹⁶² MINAS GERAIS. Justiça Federal. **Processo nº 66318-94.2010.4.01.3800**. Belo Horizonte: TRF1, 15 fev. 2013.

¹⁶³ BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. **Estudo de direito administrativo: a propriedade das minas**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885, p. 75.

O atual Código de Minas com a redação do Decreto-Lei 227/67 estabeleceu no seu artigo 2º os regimes de aproveitamento das riquezas minerais, sendo que este é subdividido, basicamente, em autorização, licenciamento e concessão.

A autorização está ligada a aspectos preparatórios ou prévios à concessão, como na autorização de pesquisa a ser materializada no alvará de pesquisa, enquanto a concessão é a outorga definitiva para a exploração econômica do mineral.

O regime de licenciamento compreende a utilização dos produtos minerais como insumos para a fabricação de argamassas e outros preparados, que não se destinem, como matéria prima, à indústria da transformação.

Para a compreensão do tema em sua amplitude, e dada a existência do PL n. 5.807/2013¹⁶⁴, passa-se a análise dos títulos minerários na legislação vigente, Decreto-Lei n. 227/67 e no citado projeto, a fim de, a título comparativo, elucidar o tema.

A pesquisa mineral compreende uma série de etapas sucessivas, a fim de verificar, a existência do mineral, a viabilidade econômica de sua exploração e ainda a outorga para esta atividade fim, existindo, por isto, uma crescente na ordem dos títulos minerários.

Assim, o primeiro destes títulos minerários definidos na legislação vigente é a Autorização de Pesquisa, AP, título este de competência do Diretor Geral da ANM e tem como objetivo, por exemplo, a realização de levantamentos geológicos pormenorizados da área a pesquisar, em escala conveniente, estudos dos afloramentos e suas correlações, levantamentos geofísicos e geoquímicos; aberturas de escavações visitáveis e execução de sondagens no corpo mineral; amostragens sistemáticas; análises físicas e químicas das amostras e dos testemunhos de sondagens; e ensaios de beneficiamento dos minérios ou das substâncias minerais úteis, para obtenção de concentrados de acordo com as especificações do mercado ou aproveitamento industrial.¹⁶⁵

A doutrina administrativista é praticamente unânime ao definir que a autorização é um título unilateral, discricionário e precário¹⁶⁶, conferido pela

¹⁶⁴ BRASIL. **Projeto de Lei**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, Câmara dos Deputados, 2013.

¹⁶⁵ Art. 14, §1º, do Decreto-Lei 227/67. BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

¹⁶⁶ Autorização de uso é o ato administrativo unilateral e discricionário, pelo qual a Administração consente, a título precário, que o particular se utilize de bem público com exclusividade. Como toda

Administração Pública ao particular para que este use de bem público para seu interesse, como o fechamento de uma rua para a realização de uma festividade.

Porém, há diferenças entre a Autorização do direito Administrativo para este título homonímico no direito Minerário. Isto porque, a Autorização do direito Administrativo é conferido no interesse do particular, não havendo interesse público em sua concessão. Diz-se que não há interesse público, em sentido estrito, já que todo ato administrativo tem por finalidade o interesse público.

Já a exploração da riqueza mineral é atividade de inegável interesse público, sendo inclusive proibido ao minerador que suspenda ou paralise as atividades, sob risco de penalidades administrativas, como a caducidade do título.

Ademais, na Autorização do direito Minerário, percebe-se que há uma evidente atenuação dos critérios da discricionariedade e da precariedade, uma vez que o artigo 17 do atual código de minas impõe que: “Art. 17. Será indeferido de plano pelo Diretor-Geral da ANM o requerimento desacompanhado de qualquer dos elementos de instrução referidos nos incisos I a VII do artigo anterior.”¹⁶⁷

Em artigo sobre o tema, Willian Freire discorre sobre o regime jurídico dos recursos minerais no direito brasileiro, o autor resume o sistema o texto com as seguintes palavras:

O regime constitucional brasileiro do aproveitamento das riquezas minerais segue a tradição dos grandes países mineradores: o Estado detém o domínio e o controle sobre os recursos minerais e consente sua exploração pelo particular. O subsolo constitui unidade distinta da do solo para fins de aproveitamento mineral. O Consentimento para Pesquisa mineral é ato administrativo vinculado e definitivo. Portanto, a denominada Autorização para Pesquisa não se confunde com a autorização clássica do Direito Administrativo. A atividade de lavra não é execução de serviço público ou uso de bem público. É atividade extrativa. O Consentimento para Lavra é ato administrativo vinculado e definitivo, visto que o Título Minerário prevalece até a exaustão da jazida. Não é consentida mediante contrato. Não se confunde com a concessão clássica do Direito Administrativo.¹⁶⁸

autorização administrativa, a de uso privativo é ato unilateral, porque não obstante outorgada mediante provocação do interessado, se perfaz com a exclusiva manifestação de vontade do Poder Público; discricionário, uma vez que o consentimento pode ser dado ou negado, segundo considerações de oportunidade e conveniência, a cargo da Administração; precário, no sentido de que pode ser revogado a qualquer momento, quando o uso se tornar contrário ao interesse público. Pode ser gratuita ou onerosa. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 926.

¹⁶⁷ BRASIL. **Decreto n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

¹⁶⁸ FREIRE, Willian. Regime jurídico dos recursos minerais no direito brasileiro: regime constitucional brasileiro e aproveitamento das riquezas minerais. **Revista Jurídica da Presidência**, [Brasília], v. 9, n. 844, 2007.

Trata-se assim de hipótese restritiva do indeferimento da autorização, já que o próprio princípio da legalidade impõe à Administração Pública a circunscrição dos limites previstos em lei para a sua ação.

Como já ressaltado, na *Autorização* do direito Administrativo, o titular tem a faculdade de seu uso, enquanto no direito Minerário, o uso da autorização é **obrigatório**, como mandamento extraído do artigo 29¹⁶⁹ do atual código de minas, fato este que resulta na diminuição da precariedade e da discricionariedade.

Caso a pesquisa indique a viabilidade industrial da jazida, o interessado municiará então o pedido para obtenção da “*autorização de lavra*” ou “*concessão de lavra*” termos que expressam situações semelhantes no Decreto-Lei n. 227/67, em que pese a distinção semântica e da natureza jurídica para o direito administrativo.

A competência para a outorga do referido título é do Ministro das Minas e Energia, sendo que a discricionariedade é também atenuada neste título, haja vista que o artigo 42 do Decreto-Lei 227/67 assim determina:

Art. 42. A autorização será recusada, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório.¹⁷⁰

Caso a autorização de lavra seja recusada pelos motivos assinalados, o minerador fará jus a indenização ao gasto no trabalho de pesquisa, o que representa uma acintosa diferença para a precariedade tão característica do direito Administrativo.

Na Exposição de Motivos número 6-67-GB, de 20 de fevereiro de 1967, que acompanhou a edição do Decreto-Lei 227/67, citada pela Presidência da República nas considerações da publicação, os autores do então projeto de lei, que buscava aumentar a descoberta e produção mineral, oferecendo a segurança jurídica para

¹⁶⁹ Art. 29 O titular da autorização de pesquisa é obrigado, sob pena de sanções:

I - A iniciar os trabalhos de pesquisa:

a) dentro de 60 (sessenta) dias da publicação do Alvará de Pesquisa no Diário Oficial da União, se o titular for o proprietário do sol ou tiver ajustado com este o valor e a forma de pagamento das indenizações a que se refere o Artigo 27 deste Código; ou,

b) dentro de 60 (sessenta) dias do ingresso judicial na área de pesquisa, quando a avaliação da indenização pela ocupação e danos causados processar-se em juízo. BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

¹⁷⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

atrair investidores, já alertavam:

24. Na preparação da presente Lei - Código de Mineração - tivemos a preocupação de imprimir-lhe caráter mais normativo, deixando que os aspectos dos ritos de sua execução fossem contemplados em regulamentos.

25. Verificará, pois, Vossa Excelência, Senhor Presidente, que o regime introduzido no novo Código, visa a: [...]

VI - Criar condições de segurança jurídica dos direitos minerais, de modo a evitar embaraços ao aproveitamento dos recursos minerais e estimular os investimentos privados na mineração.

26. Se as autoridades administrativas exercerem suas atribuições legais e regulamentares, pautadas nos objetivos acima postulados, temos fundadas esperanças de que os recursos minerais já conhecidos e os que estão para aparecer em nosso imenso território, se constituirão em fulcro da grandeza econômica dos brasileiros, alavanca da paz social do Brasil e instrumento de segurança nacional. (grifo nosso).¹⁷¹

No modo de produção capitalista adotado soberanamente pelo país, por preceito constitucional, todos os vários riscos da atividade minerária são atribuídos ao minerador. Desde o investimento nas pesquisas até o início da produção, tudo é custeado pelo minerador, que assume o risco com o seu capital. Acentua-se que somente 3% das pesquisas minerárias se transformam em Lavra.¹⁷²

O direito de lavra é a contrapartida do minerador que após todos os riscos tem possibilidade de executar a lavra mineral. E o Brasil não investe o suficiente em pesquisa mineral. Nem existem investidores suficientes. Segundo o Plano Nacional de Mineração – 2030, setor mineral participa com de 4,2% no PIB e 20%¹⁷³ do valor das exportações brasileiras, gerando um milhão de empregos diretos. Os estoques conhecidos diminuem a cada dia, o que faz com que se tornem necessárias maiores pesquisas minerárias para manter o consumo e produção. Não se encontra uma jazida sem muito investir.

O sistema deve respeitar a lógica capitalista, conforme reconhece o STF. Afinal, o investidor é alçado à condição de colaborador privilegiado da União, pois se assim não o fosse, não aceitaria investir centenas de milhões de dólares caso o direito minerário tivesse como base atos administrativos com características de insegurança, discricionariedade ou precariedade. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também

¹⁷¹ Exposição de Motivos número 6-67-GB, de 20 de fevereiro de 1967 apud SOUZA, José Mendo Mizaél de. 2016 e a mineração brasileira. **Revista Minérios**, 14 jan. 2016.

¹⁷² FREIRE, Willian. **Código de mineração anotado**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2010, p. 56.

¹⁷³ BRASIL. Ministério Minas e Energia. **Plano Nacional de Mineração 2030**: geologia, mineração e transformação mineral. Brasília: MME, maio 2011.

reconheceu em voto proferido pelo Relator do Resp 633.521/MG:

A argumentação da recorrente é no sentido de inutilizar o direito da autora, retirando a proteção conferida nas instâncias ordinárias porque a autorização não transmitiria a propriedade da substância mineral existente na jazida, porque ela continua propriedade da União, mesmo depois da concessão de lavra. Convenhamos que tal argumento não faz o menor sentido, considerando que, se válido, o titular do referido alvará, que já embute o aproveitamento da jazida, previsto no art. 7º do Código de Mineração, ficaria completamente impossibilitado de usufruir de seu direito. Negar-se-ia o direito à pesquisa e futura lavra, sendo o alvará de pesquisa, como já visto, "um bem, um direito, como outro qualquer, haja vista que tem expressão própria e valor econômico mensurável pelo mercado, e que integra o patrimônio do minerador fazendo parte do ativo da empresa" (fl. 534). Se o próprio Código de Mineração acolhe o aproveitamento da jazida pelo detentor do alvará de pesquisa, como deixar de reconhecer que tem ele direito a proteger a jazida contra qualquer ato danoso que atinja a área que está sob sua titulação. Daí a correta afirmação do acórdão no sentido de que "o minerador já goza de proteção ao jazimento, bem como a seu produto, que por ele será explorado ainda que detentor apenas do Alvará de Pesquisa" (fl. 535). Na verdade, com o alvará, nos termos do referido art. 7º, já se tem no patrimônio da empresa o aproveitamento da jazida, incluindo, portanto, no respectivo patrimônio, a exclusividade sobre o mineral existente na área de pesquisa.¹⁷⁴

No julgamento definitivo do mérito na ADI 3273/DF, o plenário do STF, em decisão de efeito vinculante, CRFB/1988, art. 102, § 2º) esclarece a propriedade do detentor de concessão mineral:

8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. **A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada.** (grifo nosso)¹⁷⁵

Assim, a problemática da propriedade mineral e dos títulos que garantem a exploração desta, podem ser assim sintetizados. Em subsolo que não há mineral, entende-se que este é do proprietário da terra, nos moldes do artigo 1.229 do Código Civil¹⁷⁶.

¹⁷⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. REsp 633.521/MG. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 out. 2006, p. 294.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.273. Rel. Min.: Carlos Ayres Brito. **Diário de Justiça**, Brasília, 16 mar. 2005. [Certidão de julgamento da sessão do dia 16.03.05].

¹⁷⁶ Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. [2015].

Porém, com a existência de jazida¹⁷⁷ ou mina, ocorre a apropriação pela União do referido bem¹⁷⁸, devendo o minerador que pretende explorar indenizar o proprietário pela descoberta e pelos danos causados¹⁷⁹.

A propriedade do referido recurso mineral passará para o Minerador, após haver a afetação de jazida para mina, como se extrai da Constituição¹⁸⁰. Havendo a atividade econômica de exploração do recurso mineral, este deixa de ser da União, passando para o minerador.

A CRFB/1988, em seu art. 176, caput, explicita: “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo [...]”.¹⁸¹

O Código de Mineração com redação do Del 227/67, em seu art. 84, determina: “Art. 84. A Jazida é bem imóvel, distinto do solo onde se encontra [...]”¹⁸²

Esta lógica da propriedade minerária, até então existente no Decreto-Lei n. 227/67 e na CRFB/1988, poderá sofrer algumas sensíveis alterações no texto do PL n. 5.807/13, que, em seu artigo 4º, já determina que o aproveitamento dos recursos minerais será feito mediante contrato administrativo de concessão, a ser celebrado

¹⁷⁷ Art. 4º Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa. BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

¹⁷⁸ Art. 1.230. A propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais.

Parágrafo único. O proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. [2015].

¹⁷⁹ Art. 27. O titular de autorização de pesquisa poderá realizar os trabalhos respectivos, e também as obras e serviços auxiliares necessários, em terrenos de domínio público ou particular, abrangidos pelas áreas a pesquisar, desde que pague aos respectivos proprietários ou posseiros uma renda pela ocupação dos terrenos e uma indenização pelos danos e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa, observadas as seguintes regras [...]: BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

¹⁸⁰ § 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

¹⁸¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

¹⁸² BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

após licitação, chamada pública ou autorização.

Merece críticas o modelo proposto das concessões por alguns aspectos, talvez o mais nuclear dos problemas esteja no estabelecimento de uma concorrência pela fase de aproveitamento dos recursos minerais, em detrimento dos custos aplicados para a pesquisa minerária; isto porque não haverá interesse de se descobrir uma nova jazida se, após o seu descobrimento, esta será licitada.

No atual modelo, existente no Decreto-Lei n. 227/67, há um direito de prioridade¹⁸³ sobre a exploração da área, para quem realiza o pedido de autorização de pesquisa, situação esta não repetida no novo marco regulatório da mineração. Aliás, com a devida vênia, o novo marco regulatório é digno de todas as críticas, e talvez a principal seja tratar como serviço público uma atividade econômica.

Perceba-se que o esqueleto normativo do PL n. 5807/13 é uma cópia fidedigna da legislação correlata sobre os serviços públicos, a qual tem por base o artigo 175 da CRFB/1988, utilizando já o conhecimento sobre concessão enquanto contrato administrativo e autorização como termo de adesão, ao invés de permissão como termo de adesão, como prevê a Lei Federal n. 8.987/95.¹⁸⁴

Não se sabe se por falta de criatividade, interesse ou conhecimento, preferiu o legislador seguir este viés no PL n. 5807/13, que, por este e outros motivos, já é alvo de várias críticas. Ademais, o sistema de licitação garantirá somente aos grandes *players* a obtenção das melhores jazidas, fato este caracterizado pelos critérios de julgamento das licitações, enquanto no sistema atual a prioridade é de quem peça a autorização de pesquisa primeiro.

Confrontado os dois modelos nacionais postos, o atual e o em debate, busca-se na legislação comparada a eventual construção de uma solução para o impasse.

No material do governo Canadense, intitulado *Exploration and mining in Canada: an Investor's Brief*, há a seguinte menção:

Instituições democráticas de longa data e regras de direito sustentam uma economia sólida, estável e segura. Acrescenta-se a isso um forte compromisso

¹⁸³Art. 11, "a", o direito de prioridade à obtenção da autorização de pesquisa ou de registro de licença, atribuído ao interessado cujo requerimento tenha por objeto área considerada livre, para a finalidade pretendida, à data da protocolização do pedido no Departamento Nacional da Produção Mineral (D.N.P.M), atendidos os demais requisitos cabíveis, estabelecidos neste Código; e" BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

¹⁸⁴BRASIL. **Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, [2012].

com a transparência, regulamentos claros e governança, uma estrutura econômica sólida e uma facilidade de fazer negócios - estas são as razões pelas quais o Canadá é um dos principais destinos para investimentos em exploração e mineração.(tradução nossa).¹⁸⁵

O Canadá é um sólido repositório sobre o tema, uma vez que a mineração é responsável por 3.6% do PIB local, atingindo um patamar de arrecadação de C\$ 45.000.000.000,00 (quarenta e cinco bilhões de dólares canadenses) e uma geração de 370.000 (trezentos e setenta mil) empregos.

O Canadá merece algumas considerações específicas sobre seu sistema de governo, político e de aborígenes, que trará certas diferenças para o nosso sistema jurídico. Há naquele país uma forte autonomia das províncias, as quais são 10 (dez), 3 (três) territórios, sendo o governo federal sediado em Ottawa, como se reporta na visão histórica de James Francis, *A bibliography of Canadian mining law. the Canadian Bar Review*, 1.932.

O governo do domínio e os governos provinciais do Canadá publicaram, é claro, as leis de mineração de suas respectivas legislaturas. Eles também, em alguns casos, publicaram breves declarações ou resumos de suas leis e regulamentos respeitando a mineração para o uso de garimpeiros, operadores de minas e outros. Em 1924, o Departamento de Minas de Ottawa emitiu um resumo das leis e regulamentos do Domínio e das províncias que afetavam a "mineração em todo o Domínio.(tradução nossa).¹⁸⁶

A atual legislação Canadense, utilizando-se como base a legislação de Ontario, Mining Act, R.S.O. 1990, c. M.14 foi revigorada em 2009, possuindo quatro principais chaves, como reportam Penelope Simons e Lynda Collins no artigo *Participatory rights in the ontario mining sector: an international human rights perspective*:

- o direito dos garimpeiros de entrar em terras que contenham minerais de propriedade da Coroa para realizar exploração mineral;
- o direito dos garimpeiros **adquirirem** direitos de exploração mineral por **mediante a uma inscrição** e registrá-la com o registrador de mineração;
- o direito exclusivo do detentor da reivindicação de realizar uma exploração

¹⁸⁵ Longstanding democratic institutions and rules of law underpin a solid, stable, and secure economy. Add to these a strong commitment to transparency, clear regulations and governance, a solid economic framework, and an ease of doing business—these are the reasons why Canada is one of the top destinations for exploration and mining investment. CANADÁ. Natural Resources Canada. **Exploration and Mining in Canada: An Investor's Brief**. Ottawa: NRCAN, 2017.

¹⁸⁶ The Dominion government and the provincial governments of Canada have, of course, published the mining enactments of their respective legislatures. They have also, in some cases, published brief statements or summaries of their laws and regulations respecting mining for the use of prospectors, mine operators and others. In 1924 the Department of Mines at Ottawa issued a digest of the Dominion and provincial laws and regulations affecting "mining throughout the Dominion. FRANCIS, James. *A bibliography: of canadian mining law. The Canadian Bar Review*, n. 9, nov. 1932.

adicional dentro da área coberta pela reivindicação;

- o direito do detentor da reivindicação de obter um contrato de arrendamento de mineração - o instrumento de posse necessário para realizar a produção mineral - desde que os procedimentos e requisitos adequados tenham sido cumpridos. (tradução nossa).¹⁸⁷

Já na legislação da província de British Columbia, percebe-se uma forte simetria com a atual legislação brasileira, estabelecendo o Mines Act, RSBC 1996, Chapter 293, que:

"proprietário" inclui todas as pessoas que são o titular imediato, proprietário, arrendatário, ocupante ou comissário de uma mina ou de qualquer parte dela, mas não inclui uma pessoa que:

- (a) receba apenas royalties ou rendas de uma mina que esteja sujeita a arrendamento, concessão ou outra autoridade para seu funcionamento; ou
- (b) é o proprietário dos direitos de superfície da terra em, sobre ou sob a qual existe uma mina, mas que não é o detentor, proprietário, arrendatário, ocupante ou permissionário imediato. (tradução nossa).¹⁸⁸

Trata-se da noção clássica de direito do superficiário tão consolidada no nosso direito pátrio, em que haverá o desdobramento da propriedade para o minerador e o superficiário, sendo que no direito Canadense se observou na legislação vigente investigada a existência de um sistema subdividido em "*free-entry*" e ainda "*Crown Discretion*".

No primeiro, há a entrada livre do interessado e a obtenção dos títulos minerários a partir de requisições (*claims*) sobre determinados terrenos, adquirindo da coroa o arrendamento caso deseje explorar mais, enquanto no segundo, há uma discricionariedade do governo no acesso à riqueza mineral.

A título de exemplo do *free-entry*, a citada legislação de British Columbia estabelece:

¹⁸⁷ • the right of prospectors to enter lands containing Crown-owned minerals to undertake mineral exploration; • the right of prospectors to acquire mineral exploration rights by properly staking a claim and having it recorded with the mining recorder; • the exclusive right of the claim holder to carry out further exploration within the area covered by the claim; • the right of the claim holder to obtain a mining lease—the tenure instrument required to undertake mineral production—provided proper procedures and requirements have been complied with. SIMONS, Penelope C.; COLLINS, Lynda Margaret. Participatory rights in the ontario mining sector: an international human rights perspective. **Journal of Sustainable Development Law & Policy**, v. 6, n. 2, 2010.

¹⁸⁸ "owner" includes every person who is the immediate holder, proprietor, lessee, occupier or permittee of a mine or of any part of it, but does not include a person who: (a) receives only a royalty or rent from a mine that is subject to a lease, grant or other authority for its working, or (b) is the owner of the surface rights of land in, on or under which a mine exists but who is not the immediate holder, proprietor, lessee, occupier or permittee; MINES Act, RSBC 1996, c 293.[S. 1.]: Canlii, 1996.

Permits

10 (0.1) In this section, "**exempt person**" means a person in a class of persons exempt under subsection (1.1) (a) from the requirement under subsection (1) to hold a permit.

(1) Before starting any work in, on or about a mine, the owner, agent, manager or any other person must hold a permit issued by the chief inspector and, as part of the application for the permit, there must be filed with an inspector a plan outlining the details of the proposed work and a program for the conservation of cultural heritage resources and for the protection and reclamation of the land, watercourses and cultural heritage resources affected by the mine, including the information, particulars and maps established by the regulations or the code.

Acquisition of a mine

11.1 If a person acquires a mine, before the person engages in mining activity the person must apply to the chief inspector to

- (a) obtain a permit, or
- (b) amend an existing permit for the mine to identify the applicant as the holder of the permit.¹⁸⁹

A legislação Canadense é forjada sob o lema *use it or lose it*, o que impõe ao proprietário do direito mineral a obrigação de explorar determinados níveis da riqueza mineral, sob risco da caducidade.

A título de comparação, buscou-se também a legislação de Alberta, onde sob o regime do *Crown Discretion*:

Authorized disposition

11

(1) No disposition may be made of an estate in a mineral owned by the Crown in right of Alberta unless the disposition is specifically authorized by this or another Act.

(2) Subsection (1) does not preclude (a) the Lieutenant Governor in Council from transferring the administration and control of minerals to the Crown in right of Canada, or (b) the Minister from executing and delivering a transfer under the Land Titles Act

in favour of the Crown in right of Canada of an estate in minerals of which the Crown in right of Alberta is the registered owner.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Permissões

Permittem

10 (0.1) Nesta seção, "pessoa isenta" significa uma pessoa em uma classe de pessoas isentas sob a subseção (1.1) (a) da exigência sob a subseção (1) de manter uma permissão.

(1) Antes de iniciar qualquer trabalho em, acima ou que diga respeito a uma mina, o proprietário, agente, gerente ou qualquer outra pessoa deve possuir uma permissão emitida pelo inspetor chefe e, como parte do pedido para a permissão, deve ser arquivado com um inspetor um plano delineando os detalhes do trabalho proposto e um programa para a conservação dos recursos do patrimônio cultural e para a proteção e recuperação dos recursos da terra, dos cursos d'água e do patrimônio cultural afetados pela mina, incluindo as informações, dados e mapas estabelecidos por os regulamentos ou o código.

Aquisição de uma mina.

11.1 Se uma pessoa adquire uma mina, antes que a pessoa se envolva em atividade de mineração, a pessoa deve solicitar ao inspetor chefe

- (a) obter uma permissão, ou
- (b) alterar uma licença existente para a mina para identificar o requerente como detentor da licença.

MINES ACT. [RSBC 1996] Chapter 293.[S. 1.]: Bclaws, 1996.

¹⁹⁰ Disposição autorizada

Ao que parece, são sistemas bem distintos, sendo que no Brasil, atualmente, há um direcionamento para o *free-entry* e, sob os mantos do PL em trâmite, parece-se rumar para o *crow-discretion*.

Outra legislação de destaque é que se apresenta extremamente interessante é da Nova Zelândia, regulamentada primariamente pelo *Crown Minerals Act 1991*, sendo que lá o sistema é dividido em minerais pertencentes à Coroa (Petróleo, Ouro, Prata e Urânio) e minerais reservados para a Coroa, que diz respeito à reserva mineral exercida na alienação de terras públicas.

E, a referida legislação aponta que:

Permits are not real or personal property

(1) A permit is neither real nor personal property.

(2) Except as expressly provided otherwise in the conditions of a permit,—

(a) on the death of a permit participant, his or her participating interest vests in the personal representative of the permit participant as if the participating interest were personal property, and the personal representative may deal with the participating interest to the same extent as the permit participant would have been able to; and

(b) on the bankruptcy of an individual who is the holder of a permit, the permit vests in the Official Assignee as if it were personal property, and he or she may deal with the permit to the same extent as the holder would have been able to do so; and

(c) a permit shall be treated as property for the purposes of the Protection of Personal and Property Rights Act 1988; and

(d) a permit is personal property for the purposes of the Personal Property Securities Act 1999.

(3) The holder of a permit may grant a charge over that permit as if it were personal property, but the permit may only be transferred to the chargee, or by or on behalf of the chargee, to the same extent as it could be so transferred by the holder.

(4) In the case of a participating interest to which subsection (2)(a) applies, the participating interest must be treated as property for the purposes of the distribution of the permit participant's estate and the permit participant's personal representative may transfer the participating interest to a beneficiary of the permit participant's estate without obtaining consent under.¹⁹¹

11

(1) Nenhuma disposição pode ser feita de uma propriedade em um mineral de propriedade da Coroa em direito de Alberta, a menos que a disposição seja especificamente autorizada por esta ou outra lei.

(2) A subseção (1) não impede (a) o Vice-Governador no Conselho de transferir a administração e controle de minerais para a Coroa no direito do Canadá, ou (b) o Ministro de executar e entregar uma transferência sob os Títulos de Terra. Aja em favor da Coroa em direito do Canadá de uma propriedade em minerais dos quais a Coroa em direito de Alberta é o proprietário registrado. MINES And Minerals ACT. Chapter M-17. [S. I.]: Canlii, 2000.

¹⁹¹ As licenças não são propriedade real ou pessoal

(1) Uma autorização não é real nem propriedade pessoal.

(2) Exceto quando expressamente disposto em contrário nas condições de uma licença, -

(a) com a morte de um participante da licença, a participação dele ou dela participe do representante pessoal do participante da permissão como se a participação fosse propriedade pessoal, e o representante pessoal poderá lidar com o interesse participante na mesma medida que o participante da permissão; permissão participante teria sido capaz de; e

A permissão para a exploração das riquezas minerais na Nova Zelândia não são direitos de propriedade, nem real nem pessoal, mas são assim consideradas para securitização e ainda direitos de propriedade, o que se assemelha em alguns pontos da nossa legislação vigente que confere função econômica ao título de lavra, permitindo a sua negociação, bem como integra o patrimônio ativo da pessoa jurídica.

A partir dessa análise no direito comparado, percebe-se que o Constituinte trouxe uma nova celeuma para o problema da exploração do particular de recursos minerais, ao pontuar que é “garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.”

Trata-se de termo que nas legislações investigadas que não possui correspondente direto, fazendo com que haja um verdadeiro problema linguístico do termo “propriedade” para o produto de lavra, já que este direito possui conotação própria no ordenamento jurídico.

Não se duvida da necessidade de os bens públicos, em especial da riqueza mineral, possuírem restrita e arrojada legislação, em especial garantindo o controle do Estado sobre estes. Mas, a história revela a ineficiência desse modelo e que a força motriz para a atividade minerária é o minerador, e não o Estado ou mesmo o superficiário.

Dáí, o modelo de propriedade que se deve propor no direito minerário deve ultrapassar os termos estanques e imutáveis, ultrapassando aquilo que Bauman pontuou como posturas de jardinagem¹⁹² e para o estabelecimento desse critério, será

(b) na falência de um indivíduo que seja portador de uma licença, a permissão cabe no Cessionário Oficial como se fosse propriedade pessoal, e ele ou ela pode lidar com a permissão na mesma medida em que o detentor teria sido capaz de fazê-lo; e

(c) uma licença deve ser tratada como propriedade para os fins da Lei de Proteção de Pessoas e Direitos de Propriedade de 1988; e

(d) uma permissão é propriedade pessoal para os fins da Lei de Valores Mobiliários de Propriedade Pessoal de 1999.

(3) O titular de uma licença pode conceder uma taxa sobre essa licença como se fosse propriedade pessoal, mas a licença só pode ser transferida para o credor, ou por ou em nome do credor, na mesma medida em que poderia ser assim transferido pelo titular.

(4) No caso de uma participação a que se aplica a subseção (2) (a), a participação deverá ser tratada como propriedade para fins de distribuição do espólio do participante da permissão e o representante pessoal do participante da permissão poderá transferir a participação. juros a um beneficiário do patrimônio do participante da autorização sem obter o consentimento. NEW ZEALAND LEGISLATION. Crown Minerals Act 1991. [S. /]: Legislation, 1991.

¹⁹² Chamei essa atitude moderna de “posturas de jardinagem”: munidos de uma imagem da perfeita harmonia, os jardineiros arrancam certas plantas, chamando-as de ervas daninhas. Elas são como hóspedes não convidados e nada bem vindos, destruidores da harmonia, mancha nas paisagens. A implantação de um projeto, a construção da ordem concebida, exige que as ervas daninhas sejam arrancadas e exterminadas com agrotóxicos, para que as plantinhas úteis e/ou esteticamente prazerosas prosperem e floresçam, cada qual em seu próprio vaso ou canteiro. Ao se fazer um jardim, a destruição das ervas daninhas é um ato de criação. É arrancar pela raiz, envenenar ou queimar

pontuada que a segurança jurídica, a neutralidade normativa e ainda a transparência guiarão o modelo proposto.

Sobre o tema, também é conveniente a transcrição de Grant Gilmore, *The death of contract*¹⁹³, para quem a evolução do Direito contratual no Ordenamento Jurídico atesta que NÃO existe um modelo único de conceito para contratos, empresas, empresários, ou mesmo padrões e modelos estanques à interpretação como: autonomia da vontade, função social, imprevisão, justiça contratual, daí ser verdade que o conceito de contrato, como se conhece em teoria, está morto.¹⁹⁴

Dessa forma, para que haja um conceito de propriedade mineral que satisfaça as particularidades do tema, deve ser ultrapassado o conceito uniforme do direito civil, identificando-se que a propriedade do minerador é do bem mineral definido como jazida, definida no artigo 84 do Decreto-Lei n. 227/67, sendo esta existente a partir da aprovação do relatório de pesquisa, assim definido no artigo 30, I, do Decreto-Lei n. 227/67¹⁹⁵.

3.2.4 O regime de tributação da riqueza mineral

A tributação da Riqueza Mineral é também um tema extremamente conflituoso e por vezes polêmico, tendo a doutrina especializada se debatido sobre a natureza jurídica da CFEM – Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais, dos *Royalties*.

A celeuma presente nos *Royalties* e na CFEM decorre, naturalmente, da dificuldade de se definir a natureza da propriedade minerária, trazendo posicionamentos multifacetados, a título de exemplo, na obra intitulada *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais*, coordenada por Paulo Roberto Coimbra e Silva, são defendidas 06 (seis) teses diferentes sobre a natureza da CFEM.

O STF, no julgamento da ADIN n. 2.586-4, enfrentou a questão entendendo que a CFEM possuiria natureza jurídica de *preço público*, sendo, pois, o pagamento

essas ervas que transforma o caso selvagem em ordem e harmonia. BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**. Tradução de Alexandre de Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 134.

¹⁹³ “We are told that Contract, like God, is dead”.

¹⁹⁴ GILMORE, Grant. **The death of contract**. [S. l.]: Ohio State University Press, 1995.

¹⁹⁵ Art. 30. Realizada a pesquisa e apresentado o relatório exigido nos termos do inciso V do art. 22, o DNPM verificará sua exatidão e, à vista de parecer conclusivo, proferirá despacho de: (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

I - aprovação do relatório, quando ficar demonstrada a existência de jazida;

realizado pelo particular pela exploração de um bem da União, verbis:

O que se tem, no caso, é a exploração, pelo particular, de um bem da União (C.F., art. 20, IX, art. 176 e §), mediante o pagamento de um preço estabelecido em lei. Não se tem, no caso, portanto, um tributo, no seu exato conceito jurídico, mas um preço público que particular paga à União pela exploração de um bem do domínio desta. (Min. Carlos Velloso)¹⁹⁶

Sendo o referido julgamento assim ementado:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO: TAXA: CONCEITO. CÓDIGO DE MINERAÇÃO. Lei 9.314, de 14.11.96: REMUNERAÇÃO PELA EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MINERAIS: PREÇO PÚBLICO. I. - As taxas decorrem do poder de polícia do Estado, ou são de serviço, resultantes da utilização efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição (C.F., art. 145, II). O poder de polícia está conceituado no art. 78, CTN. II. - Lei 9.314, de 14.11.96, art. 20, II e § 1º, inciso II do § 3º: não se tem, no caso, taxa, no seu exato sentido jurídico, mas preço público decorrente da exploração, pelo particular, de um bem da União (C.F., art. 20, IX, art. 175 e §§). III. - ADIn julgada improcedente.¹⁹⁷

Porém, o próprio STF, quando do julgamento do RE 228.800-5/DF, entendeu que a CFEM seria o direito de participação dos entes públicos sobre o produto da lavra, tal qual assegura o artigo 20, §1º, da CRFB/1988, cita-se:

Nada importa que- tendo a instituído como verdadeira “participação nos resultados” da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de “compensação financeira” pela mesma exploração – outro termo da alternativa posta pelo art. 20, § 1º, da Constituição: cuidando-se de obrigação legal, de fonte constitucional, ainda que não seja tributo, é dado transplantar *mutatis mutandis* para identificar a natureza da CFEM, a regra de hermenêutica do artigo 4º, I, CTN, que adverte da irrelevância da denominação dada a CFEM.(Min. Sepúlveda Pertence)¹⁹⁸

Como já defendido na obra “*Sociedade de economia mista, uma análise constitucional e econômica, a partir da Lei 13.303/16*”, entende-se que a CRFB/88 foi idealizada sobre o esqueleto, normativo e ideológico, da obra de John Rawls¹⁹⁹,

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADIn julgada improcedente. ADI 2586 /DF Relator: Min. Carlos Velloso, **Diário de Justiça**, Brasília, 16 maio 2002.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADIn julgada improcedente. ADI 2586 /DF Relator: Min. Carlos Velloso, **Diário de Justiça**, Brasília, 16 maio 2002.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 228.800-5/DF. Rel. para o Acórdão Min.: Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 set. 2001.

¹⁹⁹ Consideremos então o ponto de vista de uma pessoa qualquer na posição original. Essa pessoa não tem meios de obter vantagens especiais para si própria. Por outro lado, também não há fundamentos para que ela concorde com desvantagens especiais. Como não é razoável que ela espere mais do que a parte igual na divisão dos bens sociais primários, e como também não é racional

intitulada “*Uma teoria da justiça*”.

Na referida obra, John Rawls busca corrigir a assimetria de dons e limitações que um indivíduo possui, naturalmente, a partir do compartilhamento de vantagens entre os membros de uma coletividade e, nessa linha, para nós está a CFEM.

A propriedade mineral, enquanto inerte e não localizada, é da União Federal e sobre tal tema não há dúvidas, como assegura o artigo 20, IX, da CRFB/1988 CR/88. Porém, quando há a localização desta por meio da outorga da Autorização de Pesquisa, esta passa a se caracterizar como elemento de atividade econômica, *fator matéria-prima*, garantindo-se aos entes a participação nos ganhos, artigo 20, §1º.

Chama-se ainda a atenção que o inciso V, do artigo 22, do Decreto-Lei n. 227/67 estabelece que:

Art. 22. A autorização de pesquisa será conferida nas seguintes condições, além das demais constantes deste Código:

V - o titular da autorização fica obrigado a realizar os respectivos trabalhos de pesquisa, devendo submeter à aprovação do DNPM, dentro do prazo de vigência do alvará, ou de sua renovação, relatório circunstanciado dos trabalhos, contendo os estudos geológicos e tecnológicos quantitativos da jazida e demonstrativos da exeqüibilidade técnico-econômica da lavra, elaborado sob a responsabilidade técnica de profissional legalmente habilitado. Excepcionalmente, poderá ser dispensada a apresentação do relatório, na hipótese de renúncia à autorização de que trata o inciso II deste artigo, conforme critérios fixados em portaria do Diretor-Geral do DNPM, caso em que não se aplicará o disposto no § 1º deste artigo.²⁰⁰

E, neste sentido, o artigo 23 do referenciado Decreto-Lei estabelece que:

Art. 23. Os estudos referidos no inciso V do art. 22 concluirão pela: I - exeqüibilidade técnico-econômica da lavra;
II - inexistência de jazida;

que ela concorde em obter menos, o sensato é reconhecer, como o primeiro passo, um princípio que exija uma distribuição igual. De fato, esse princípio é tão óbvio em vista da simetria das partes, que ocorreria imediatamente a qualquer pessoa. Assim, as partes começam com um princípio que exige liberdades básicas iguais para todos, bem como uma igualdade equitativa de oportunidades e uma divisão igual da renda e riqueza. Mas, como se supõe que as partes são mutuamente desinteressadas, a sua aceitação dessas desigualdades econômicas e institucionais é apenas o reconhecimento das relações de oposição em que os homens se colocam dentro das circunstâncias da justiça. Eles não têm fundamentos para se queixar dos motivos um dos outros. Assim, as partes discordariam da existência desta diferenças apenas se ficassem frustradas simplesmente porque percebem ou sabem que os outros estão em melhor situação; mas suponho que elas decidem como quem não é motivado pela inveja. Assim, a estrutura básica permite essas desigualdades contanto que elas melhorem a situação de todos, inclusive a dos menos favorecidos, desde que elas sejam consistentes com a liberdade igual e com a igualdade equitativa de oportunidades. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisettas e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 162-163.

²⁰⁰ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

III - inexecuibilidade técnico-econômica da lavra em face da presença de fatores conjunturais adversos, tais como:

- a) inexistência de tecnologia adequada ao aproveitamento econômico da substância mineral;
- b) inexistência de mercado interno ou externo para a substância mineral.²⁰¹

Ou seja, a exequibilidade técnica e econômica e a definição do mercado relevante já ocorrem na fase de autorização de pesquisa, quando se há a apresentação do referido relatório, sendo este aprovado pela ANM.

Sobre o tema, arremata-se com base no próprio Decreto-Lei n. 227/67:

Art. 30. Realizada a pesquisa e apresentado o relatório exigido nos termos do inciso V do art. 22, o DNPM verificará sua exatidão e, à vista de parecer conclusivo, proferirá despacho de: (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

I - aprovação do relatório, quando ficar demonstrada a existência de jazida;

Art. 31. O titular, uma vez aprovado o Relatório, terá 1 (hum) ano para requerer a concessão de lavra, e, dentro deste prazo, poderá negociar seu direito a essa concessão, na forma deste Código.²⁰²

A aprovação então do relatório extraído durante a fase de pesquisa é o marco definidor do proveito econômico existente na mina, tornando-se esta Jazida, a partir deste momento. A nosso auxílio, o artigo 4º do Decreto-Lei n. 227/67 define: “Art. 4º Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, **e que tenha valor econômico**; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa.”²⁰³

O mineral enquanto matéria prima, já afetado, é de propriedade do Minerador, que a explorará economicamente após a concessão de lavra, veja-se que no sentir deste trabalho, a Mineração deve ser entendida como atividade séria e de pesquisa, a localização de uma mina não é a esmo ou ao acaso, são estudos científicos que comprovam a existência do minério, sendo que somente será autorizada a exploração deste com a Concessão de Lavra.

Porém, o título que garante a prioridade sobre a área e a afeta, de fato, é a Autorização de Pesquisa, daí não há dúvidas em afirmar que há, neste momento, a afetação para o patrimônio do minerador de todo o montante a ser explorado, a partir

²⁰¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

²⁰² BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

²⁰³ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

da aprovação do relatório de pesquisa pela ANM.

A partir da operação da atividade econômica, exploração de fato, haverá um compartilhamento nos ganhos desta atividade, e o mecanismo utilizado para se fazer esta justiça de ganhos, como imagina John Rawls, é a CFEM. Daí, para nós, CFEM não é tributo, nem preço público, nem indenização, é, tão e somente, o mecanismo de redução de assimetria lucrativa entre o minerador que explorará economicamente um bem que, quando inerte, era da União, tendo, pois sua origem no direito Civil, em especial no ramo empresarial.

Os *Royalties* são rendimentos que devem ser pagos pela utilização de recursos de terceiro, ocorrendo no direito Minerário o pagamento pelo minerador para o proprietário da superfície, superficiário.

A previsão legal dos *Royalties* está definida na Lei Federal n. 4.506/64, a saber:

Art. 22. Serão classificados como "royalties" os rendimentos de qualquer espécie decorrentes do uso, fruição, exploração de direitos, tais como: (Vide Decreto-Lei nº 1.642, de 1978) (Vide Decreto-Lei nº 2.287, de 1986)

- a) direito de colhêr ou extrair recursos vegetais, inclusive florestais;
- b) direito de pesquisar e extrair recursos minerais;
- c) uso ou exploração de invenções, processos e fórmulas de fabricação e de marcas de indústria e comércio;
- d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra.

Parágrafo único. Os juros de mora e quaisquer outras compensações pelo atraso no pagamento dos "royalties" acompanharão a classificação destes.²⁰⁴

Esta participação no resultado ou compensação financeira pela exploração pode ser compreendida como uma obrigação do minerador, e direito dos entes discriminados, cabendo ao explorador, ao realizar a comercialização do mineral extraído, separar uma parcela do valor auferido para pagar uma compensação financeira ao Estado. A natureza patrimonial da compensação financeira pela exploração mineral – CFEM, foi asseverada pelo STF, verbis: (BRASIL, 2001).

EMENTA: Bens da União: (recursos minerais e potenciais hídricos de energia elétrica): participação dos entes federados no produto ou compensação financeira por sua exploração (CF, art. 20, e § 1º): natureza jurídica: constitucionalidade da legislação de regência (L. 7.990/89, arts. 1º e 6º e L. 8.001/90). 1. O tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída por lei não faz necessariamente um tributo da participação nos resultados ou da compensação financeira previstas no art. 20, § 1º, CF, que configuram receita patrimonial. 2. A obrigação instituída na L. 7.990/89, sob o título de

²⁰⁴ BRASIL. **Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964**. Dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza. Brasília, Presidência da República, [2014].

"compensação financeira pela exploração de recursos minerais" (CFEM) não corresponde ao modelo constitucional respectivo, que não comportaria, como tal, a sua incidência sobre o faturamento da empresa; não obstante, é constitucional, por amoldar-se à alternativa de "participação no produto da exploração" dos aludidos recursos minerais, igualmente prevista no art. 20, § 1º, da Constituição.²⁰⁵

Veja-se que no Decreto-Lei n. 1985/40, em seu artigo 28, §1º, consta:

Art. 28. A autorização de lavra só poderá ser requerida se a jazida estiver convenientemente pesquisada, e está sujeita às limitações de área estipuladas para a pesquisa.
Parágrafo único. A autorização perdurará enquanto a lavra fôr mantida em franca atividade.²⁰⁶

Revela-se assim evidente que a concessão de lavra nada mais é que um ato vinculado à pesquisa realizada sobre a jazida, o que demonstra que é a Autorização de Pesquisa o título que confere ao minerador a propriedade mineral, definida pelo relatório aprovado, e, a partir da outorga da concessão de lavra, haverá o compartilhamento dos ganhos entre a sociedade e o minerador, por meio da CFEM.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 228.800-5/DF. Rel. para o Acórdão Min.: Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 set. 2001.

²⁰⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n. 1985, de 29 de março de 1940**. Código de Minas. Brasília, Presidência da República, [1964].

4 O REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS

4.1 O regime jurídico dos bens públicos

4.1.1 *Domínio público e domínio eminente*

A noção de bens públicos decorre do chamado domínio público, o qual é o conceituado por José Cretella Júnior como “o conjunto de bens móveis e imóveis destinados ao uso direto do Poder Público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos a regime de direito público”.²⁰⁷

E a partir desse cenário, os bens públicos são classificados pela destinação em bens de uso comum, uso especial ou dominical. Havendo diferença quanto a afetação e o regime de direito aplicado ao bem, sendo bens afetados aqueles consagrados a uma destinação específica (uso comum e uso especial) e desafetados (dominicais) aqueles sem destinação, recaindo sobre estes o regime de direito público e privado.

A propriedade mineral é classificada como bem dominical, já que é o único que pode ser vendido, recaindo sobre este o regime de direito privado. Mas, como se verá, amiúde, a leitura da riqueza mineral como bem público dominical remonta à mitologia grega e ao mito de Procusto²⁰⁸, alargando-se e comprimindo-se conceitos na tentativa de adequar a riqueza mineral ao conceito de bem dominical.

Já o patrimônio será o conjunto de obrigações e direitos de uma pessoa suscetível à avaliação econômica, citando-se a doutrina de César Fiúza:

Coisa, para o Direito, é todo bem econômico, dotado de existência autônoma, capaz de ser subordinada ao domínio das pessoas.
Conclui-se que coisa, neste sentido, é sinônimo de bem. Mas nem todo bem será coisa. Assim, não são coisas os bens chamados jurídicos, como a vida, a liberdade, a saúde, etc²⁰⁹.

²⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, **Dicionário de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 204.

²⁰⁸ Procusto era um larápio que roubava quem passasse pela estrada que ligava Atenas a Mégara e só passaria pelo caminho quem passasse pelo seguinte julgamento. O ladrão deitava em uma cama de ferro a pessoa e esta deveria servir exatamente na cama, caso os membros fossem menores estes eram esticados, e caso maiores decepados. Teceu foi o herói que matou Proscuto, ao aplicar no ladrão a mesma técnica, decepando assim sua cabeça e pés.

²⁰⁹ FIÚZA, César. **Direito civil: curso completo**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 183.

Além do conceito de domínio público, já explorado, rememora-se o conceito de domínio eminente:

Domínio eminente não tem qualquer relação com o domínio de caráter patrimonial. O sentido da expressão alcança o poder geral do Estado sobre tudo quanto esteja em suas linhas territoriais, sendo esse poder decorrente de sua própria soberania. Não quer dizer que o Estado seja proprietário de todos os bens. Claro que não o é. Significa apenas a disponibilidade potencial de que é detentor em razão de seu poder soberano” ²¹⁰

Logo, o conceito de domínio eminente abrange o conceito de domínio público, já que os bens de titularidade da Administração Pública estão, por óbvio, circunscritos no seu poder de soberania.

Não se pode considerar o bem mineral como pertencente a pessoa jurídica de direito público com estrutura de direito privado. A União não tem estrutura de direito privado. Nem o recurso mineral pode ser considerado como objeto de direito real ou pessoal da União. O que a CRFB/1988, art. 20, § 1º²¹¹ especifica é que é assegurada aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Superando verticalmente o ambiente normativo preenchido pelo código civil, as disposições imperativas da Constituição da República, *higher law*, garantem homogenia a todo o ordenamento jurídico, impondo a todos a sua observância, é também o que afirma César Fiúza e Emanuel Adilson Marques: “Enfim e por tudo, mesmo com o Código Civil de 2002, continua sendo imperativo que as normas do Direito Civil sejam lidas à luz da Constituição, a fim de que se promova a justiça social e a dignidade humana”²¹²

O que se observa é que na verdade a classificação dos bens públicos inseridas no Código Civil não atende as particularidades da mineração em um Estado

²¹⁰ CARVALHO FILHO, José. dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²¹¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

²¹² FIÚZA, César; MARQUES, Emanuel Adilson. Constitucionalização do direito das obrigações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 710.

Democrático de Direito de Direito. A CRFB/1988, em seu art. 5º, II estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.²¹³ Para complementar as falhas ou contradições do sistema jurídico, o operador do direito faz valer o axioma da completude do direito e observa proposições legais com sentido diverso ao escrito, levando perplexidade ao homem comum, aos que vivem o direito mas não são especialistas na matéria.

A doutrina reconhece que a classificação dos bens públicos prevista no Código Civil não permite o enquadramento adequado de todas as modalidades de bens públicos. Na obra *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*, o Autor explora a inadequação das definições e classificações civilistas dos bens públicos²¹⁴.

A ciência do direito ao respeitar e adotar as reflexões de Popper sobre a evolução da ciência, perceberia que a classificação dos bens públicos deve ser refutada, por não satisfazer critérios científicos. Considerando ainda que as leis se destinam a ordenar a vida de pessoas comuns e não apenas dos operadores do direito, haveria de proporcionar uma melhor compreensão das necessidades da vida em sociedade, diminuindo lides e conflitos que poderiam ser evitados com definições cientificamente precisas.

O reconhecimento internacional a soberania dos estados sobre os seus recursos naturais se deu após a inserção da separação entre as propriedades do solo e dos recursos minerais no direito nacional, introduzidos na Constituição de 1934.

Portanto, o objetivo da separação entre as propriedades era exatamente evitar que o proprietário do solo impedisse a exploração dos recursos minerais, que deveriam sempre ser direcionados para a sua função social. Domingos Fleury da Rocha, como estudioso da mineração, em discurso contemporâneo ao livro, reconheceu, referindo-se à propriedade das minas e jazidas:

Seriam os seus detentores aqueles que as lavrassem, ou utilizassem, enquanto mantidos em plena atividade a lavra ou aproveitamento [...] e que d'estarte a propriedade desses bens ter-se-ia transformado de um simples direito subjetivo em uma função social do detentor da riqueza, opondo-se à propriedade - direito do passado, a propriedade função, considerada como uma das condições existenciais da sociedade contemporânea" [...] “sem que

²¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

²¹⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

a Nação devesse abrir mão do seu direito soberano de orientar-se livremente.²¹⁵

A intenção do legislador em possibilitar o exercício da função social da mineração é nítida. Sobrepôs até mesmo a propriedade, muito menos relativizada à época da mudança legislativa. Diversos autores seguiam a mesma orientação. Attilio Vivacqua acentua:

A libertação da Mina das mãos do proprietário territorial a sua elevação à categoria de bem público, tem justamente por escopo colocar o seu aproveitamento à disposição do maior número de mineradores. Estes, para empreenderem uma indústria como a mineração, que em seus amplos moldes exige fortes recursos financeiros e técnicos, precisam de segurança de uma propriedade mineral "Optimo Jure". A garantia dos direitos do pesquisador e do concessionário, são elementos de atração de capitais e iniciativas.²¹⁶

Das diversas manifestações dos doutrinadores influentes no direito minerário, não se observa nenhuma citação da compreensão da propriedade dos recursos minerais como um bem patrimonial da União no sentido civilista, do direito comum. A preocupação sempre foi com a soberania do Estado sobre os direitos minerais, por imprescindíveis ao desenvolvimento nacional. O atual Código de Mineração, mantém a mesma tendência, em busca de oferecer a segurança jurídica aos candidatos a mineradores.²¹⁷

Não se extrai da legislação especializada, para nenhum dos sujeitos das relações jurídicas existente na concessão minerária, a faculdade de usar, gozar e dispor dos recursos minerais. Pesa sobre a propriedade mineral uma grave hipoteca social, que compele ao minerador a observância de muitas obrigações, e impede ao minerador até mesmo a paralisação das suas atividades, conforme Código de Mineração, Arts. 47 e 49.²¹⁸

A propriedade mineral se transfere para o concessionário juntamente com um feixe de obrigações que em caso de descumprimento pelo minerador pode levar a aplicação de penalidades crescentes descritas no capítulo V do Código de Mineração

²¹⁵ ROCHA, Domingos Fleury. Mineração. In: BEDRAN, Elias. **A mineração a luz do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Alba, 1957. p. 13-14.

²¹⁶ VIVACQUA, Attilio, Nova política do subsolo e o regime legal das minas. In: BEDRAN, Elias (ed.). **A mineração a luz do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Alba, 1957, p. 19.

²¹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

²¹⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

que se iniciam com uma simples advertência e levam até a declaração de caducidade do título.²¹⁹

Não pode o minerador usar e gozar de suas reservas sem disponibiliza-las para a população usufruir de sua função social. Dispor não é mais uma faculdade, mas sim uma obrigação. Dispor do mineral, mas dentro de uma função social precípua. Não pode sonegar ao povo o direito de adquirir o produto. Em caso de desapropriação, que não seja autorizada pela União, não pode nem mesmo ser acordada uma indenização amigável, sem autorização presidencial. O Decreto-lei 3.365/41, em seu art. 2º, § 3º, estabelece:

§ 3º É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.²²⁰

Dúvida alguma existe de que a mineração é autorizada ou concedida pelo Governo Federal, (CRFB/1988, art. 176, caput)²²¹, que também exerce a sua fiscalização em conformidade com o Código de Mineração. (Decreto-Lei 227/67, art. 3º, inciso III).²²² O texto da súmula 157 do STF,²²³ que serve para expressar a orientação dos julgadores acerca de prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, *mutatis mutandis*, demonstra a impossibilidade da desapropriação de títulos minerários, sem prévia autorização por decreto do chefe maior do Poder Executivo.

Do mesmo modo, o Estado não pode intervir na propriedade mineral, utilizando de supostos poderes de uso e gozo como um proprietário civilista. Há que se considerar que a concessão da lavra é uma contrapartida do Governo Federal ao investidor que aplicou vultosos recursos na localização do bem, tendo anteriormente

²¹⁹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

²²⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, Presidência da República, [2017].

²²¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

²²² BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

²²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 157. É necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 dez. 1963.

apresentado requerimento em área considerada livre, sem comprovação de riqueza mineral anterior. (Decreto-Lei 227/67, art. 11, “a”).²²⁴

Quando fora protocolado o requerimento inicial, nem mesmo se sabia da existência de qualquer riqueza mineral. Para prosseguimento do processo administrativo visando a concessão, cabe ao requerente, após autorizado, realizar a execução dos trabalhos necessários à definição da jazida, sua avaliação e a determinação da exequibilidade do seu aproveitamento econômico. (Brasil, 1967).

Os investimentos são vultosos e com alta percentagem de insucesso, tanto por inexistência do mineral pesquisado quanto pela inviabilidade econômica de sua exploração.

O que motiva os empreendedores privados investirem na busca é a possibilidade da confirmação da viabilidade e exploração futura da lavra. Caso não seja assegurado o direito, quem haveria de investir na mineração? Em julgamento de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, ADI 3.273/DF, onde o mérito envolvia a discussão sobre a propriedade do petróleo, espécie de recurso mineral, regida pelo art. 177 da CRFB/88 e não pelo art. 176, o STF, por seu plenário, distinguiu as duas propriedades.²²⁵

O debate pelo plenário do STF foi exaustivo e demonstra de forma inequívoca o entendimento da Corte quanto ao mérito da propriedade mineral. Em função da CRFB/88, art. 102, § 2º, as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Da decisão do STF destacamos partes da ementa:

O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões “monopólio da propriedade” ou “monopólio do bem”.

A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos --- distintos regimes --- aplicáveis a cada um deles.

A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao

²²⁴ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.273. Rel. Min. Carlos Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 16 mar. 2007.

concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada.

“Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. 10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas.

A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo – ANP.²²⁶

Analisando de forma sistemática os textos destacados, pode-se afirmar que o STF concluiu, com força vinculante, que a propriedade mineral é sempre exclusiva, que a atribuição da propriedade ao minerador é inerente ao regime capitalista, e que a atividade seria impossível sem a atribuição ao minerador da propriedade do produto da exploração.

4.1.2 O Regime jurídico da afetação

Legalmente, a conceituação do bem como público observa a titularidade daquele, sendo assim considerado como integrantes do patrimônio público, os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, nos moldes dos artigos 98 e 41 do Código Civil.

Por integrarem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, os bens públicos possuem um regime jurídico diferenciado, destacando-se atributos como a imprescritibilidade, a não onerabilidade, a impenhorabilidade e ainda a indisponibilidade.

Para a compreensão dos efeitos e limites destes atributos e de seus efeitos, faz-se a diferenciação dos bens públicos, a partir da classificação destes quanto à sua destinação, as quais são:

- a) bens públicos de uso comum;
- b) bens públicos de uso especial; e

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.273. Rel. Min. Carlos Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 16 mar. 2007.

c) bens dominicais.

O que diferencia o status de bem de uso comum para bem de uso especial é o controle exercido pela Administração Pública sobre a forma de uso do bem, sendo aqueles destinados ao uso geral e irrestrito da coletividade, como ruas e praças, enquanto estes, por se destinarem à execução dos serviços administrativos ou de atendimento ao público, possuem regulamentos previamente definidos sobre o seu funcionamento, como horários, necessidade de autorização ou preço.

Os bens públicos de uso comum e de uso especial possuem uma característica específicas que lhes aproxima, trata-se do instituto conhecido como afetação, que é, justamente, a consagração de um determinado bem a um determinado objetivo.

Os bens públicos classificados como dominicais são aqueles que não possuem destinação específica, integrando o patrimônio público disponível da Administração Pública, sendo, por isto, desafetados. É o que ocorre, por exemplo, com ruas em desuso.

A rua somente poderá ser classificada como bem público de uso comum se estiver afetada, ou seja, destinada a ser rua. Porém, se a rua não mais possui esta serventia, estará, portanto, desafetada.

O regime de afetação e desafetação é, em regra, dinâmico, o que permite a alteração do status de um bem, a partir de fatos administrativos, que são eventos fáticos capazes de produzir efeito na Administração Pública. Por exemplo, um determinado prédio público se acometido de desastre que impossibilita o uso, estará desafetado.

A afetação e a desafetação são eventos determinantes na realidade jurídica dos bens públicos, alterando a classificação deste quanto a destinação, de dominical para de uso comum ou especial, e vice-versa.

Tal alteração é de fundamental relevância, já que somente sobre os bens desafetados, chamados dominicais, há a incidência de contratos de direito privado, como a locação e a compra e venda.

A partir desta característica específica dos bens dominicais, calhou-se, primeiramente, classificar a riqueza mineral sob tal manto, pois somente os bens pertencentes a esta categoria podem ser alienados, daí, pensar em riqueza mineral como bem de uso comum ou bem de uso especial traria dificuldades intransponíveis, como a inalienabilidade, é como analisam Maurício Saraiva de Abreu Chagas e

Gabriela Cabral Pires:

Ainda segundo o Código Civil, os bens públicos são marcados pela inalienabilidade enquanto afetados, ou seja, os bens dominicais, não afetados, podem ser alienados, desde que respeitados preceitos legais. Considerando o fato de que os recursos minerais não são afetados a nenhum fim público, tem-se que são, pois, bens dominicais, isto é, podem ser alienados pelo Estado.²²⁷

Mas, esse pensamento, com o devido respeito, não se justifica para a propriedade minerária, haja vista que o texto constitucional faz previsão tanto do mineral inerte (ainda não encontrado) e do mineral já afetado à produção.

O artigo 20, IX, da CRFB/1988 atribui como de propriedade da União Federal os recursos minerais, inclusive os do subsolo, sendo naturalmente este direito de propriedade sobre o mineral inerte, em estado remoto. Porém, o §1º do mesmo artigo vem a tratar do mineral em regime de exploração, assegurando aos entes a participação no resultado da exploração desta riqueza, *verbis*:

Art. 20. São bens da União:

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.²²⁸

Sobre o tema, cita-se Marcelo Kokke Gomes e Nathan Gomes Pereira:

A Constituição de 1988 foi além de todas as anteriores, inovando e regulando de forma extensa a matéria sobre as atividades minerárias. Primeiramente, determinou em seu artigo 20 que a propriedade dos recursos minerais, incluindo os que se encontram no subsolo, são bens da União. Reforçou o sentido fixado no artigo 176, segundo o qual as jazidas e os demais bens minerais, em lavra ou não, são propriedades distintas das do solo, para efeitos de exploração ou aproveitamento, e também pertencentes à União. Por este motivo, os bens minerais possuem implicações cambiantes e dissociativas em termos de classificação como bens dominicais ou de uso especial, assim como afetações como bens de interesse coletivo, tanto

²²⁷ CHAGAS, Maurício Saraiva de Abreu; PIRES, Gabriela Cabral. Histórico da CFEM no Brasil. SILVA, Paulo Roberto Coimbra (coord.). **CFEM - Compensação financeira pela exploração de recursos minerais**: natureza jurídica e questões correlatas. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2010 p. 29.

²²⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

quando conhecidos quanto em situações de potencialidade existencial ou exploratória.²²⁹

No sentir deste trabalho, não há sentido jurídico querer atribuir ao minério, enquanto elemento da atividade econômica, a propriedade da União Federal, sequer existindo no código civil, em especial no artigo 99, classificação adequada para tanto.

Veja-se que os respeitáveis autores acima citados, alocam a riqueza mineral com *implicações cambiantes e dissociativas entre os bens dominicais ou de uso especial*. Porém, se analisado em sentido estrito, não se adequa esta conclusão, já que se pensarmos na mina enquanto riqueza mineral afetada, bem de uso especial, haverá a inalienabilidade da riqueza, como prescritivo do artigo 100 do Código Civil: “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.”²³⁰

Já o artigo 101 do Código Civil prevê a alienabilidade condicionada dos bens públicos, observando-se a exigência em lei: “Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.”²³¹

E, no caso, pensar na alienação do bem público exigirá do intérprete que assim entenda, que faça a aplicação do artigo 17 da Lei Federal n. 8.666/93, o qual trata da venda dos bens públicos.

Art.17.A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:²³²

Não há no referido artigo qualquer menção à riqueza mineral ou mesmo na dispensa de licitação, o que leva a conclusão de haver domínio público sobre os minerais apenas enquanto estes não estão afetados a serem lavra, pois havendo tal

²²⁹ GOMES, Marcelo Kokke; NASCIMENTO, Nathan Gomes Pereira do. Usurpação mineral e tutela ambiental. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p. 58-84, dez. 2017.

²³⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. [2015].

²³¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. [2015].

²³² BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, [2018].

destinação, perderá a União o domínio sobre tal bem enquanto matéria, passando a sua perda a ser compensada pela participação no produto da lavra.

4.1.3 A incompletude do conceito da propriedade para o bem mineral

O conceito clássico de propriedade, entendido como a reunião dos atributos trazidos pelo artigo 1.228 do Código Civil, tem sofrido algumas alterações, de forma a adequar os bens e serviços atualmente disponíveis no mercado, mas que não se sujeitam diretamente ao regime do código civil, tais como propriedade intelectual, *softwares* e outras situações anômalas.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam:

Já sob o império da Constituição de Weimar passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não. Essa mudança da função da propriedade foi fundamental para o abandono da ideia da necessária identificação entre o conceito civilístico e o conceito constitucional de propriedade.²³³

Ainda sob a égide do direito Constitucional, Bernardo Gonçalves Fernandes afirma:

Para muitos autores, a figura da propriedade suscita mais elementos de ordem política que necessariamente jurídica, sendo considerado, por um tempo, um dos mais importantes direitos naturais, presentes nas declarações de direito da época do surgimento do constitucionalismo. Com tendências socializantes, assistimos a uma mudança de fisionomia do instituto, inclusive com autores levando a tese de que a propriedade seria um direito provisório que se diluiria à coletivização das massas.²³⁴

Toda esta alteração do direito sobre a propriedade conduz ao raciocínio jurídico de que a propriedade decorre do direito positivo, ou seja, daquele que é posto pelo estado e há natural fluidez em seu conceito, não havendo modelo estandardizado ou estanque que melhor a defina.

²³³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 479.

²³⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Jus Podium, 2013, p. 408-409.

Daí, a análise da real extensão do direito de propriedade não pode se ater a previsões meramente legais, como aquela definida no Código Civil, já que há uma plêiade normativa definidora dos direitos de propriedade.

Sobre o tema, também se cita Celso Ribeiro de Bastos e Ives Granda Martins:

O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da lei maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia em relação do homem com as coisas à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são na medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.²³⁵

Da própria definição de bens, prevista no Código Civil, percebe-se uma verdadeira dualidade regulatória quando comparados os bens públicos, arts 98 a 103, com o regime de propriedade trazido no artigo 1.228.

O artigo 1.228 se dispõe a regular de maneira exclusiva o direito de propriedade, enquanto direito real previsto no Código Civil, sobre os bens particulares, diferenciando-se ontologicamente dos bens públicos, ou mesmo dos bens particulares destinados ao mercado, *res in commercio*.

Veja-se que o agente econômico que atua no mercado não possui faculdade sobre o bem empregado ao comércio, haja vista que a lei antitruste caracteriza como infração à ordem econômica “XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;” (Art. 36, §3º, Lei Federal n. 12.529/11)²³⁶

Logo, o agente econômico que se dispõe a empreender e atuar no mercado é obrigado a vender seus serviços e/ou produtos a quem detenha capacidade de pagamento, fato este que elimina qualquer possibilidade de faculdade sobre o referido direito de propriedade.

Esta estruturação do direito de propriedade atesta que ao se analisar detidamente o conceito do artigo 1.228, percebe-se que este não se aplica ao minerador, já que este não tem os a faculdade de *dispor*, ou mesmo o livre *uso* ou *gozo*. A partir da outorga da concessão de lavra, o minerador é obrigado a explorar a

²³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 119.

²³⁶ BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...] e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, [2015].

mina até o seu exaurimento.

Assim, é necessário que seja este conceito clássico contemporizado adequando-se as disposições da Constituição e do Código Civil com sentidos distintos, exigindo-se do intérprete a real alocação do significado ao signo, sob risco de uma confusão conceitual. Cita-se Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Mesmo a propriedade civilista dos bens tangíveis altera o seu figurino clássico. Os registros são representações econômicas das coisas que possuímos. A coisa em si é o corpo, o registro é a alma que o simboliza. A complexidade das sociedades pós-modernas nos ensina que o registro não se trata apenas de um documento, mas de uma linguagem que representa os ativos, facultando a seu titular o conhecimento e a célere circulação do capital. Conclui-se que há uma propriedade privada stricto sensu, traduzida em bens imóveis e móveis e uma titularidade em sentido amplo, abarcando outras ações jurídicas patrimoniais, traduzidas em novas especificações deste direito fundamental.²³⁷

É também o sentir de Gustavo Tepedino:

A doutrina mais recente reconhece a variedade dos estatutos proprietários, conforme seja a propriedade, por exemplo, móvel ou imóvel, urbana ou rural, de grande ou pequena extensão. A diversidade do conteúdo, das garantias, dos modos de aquisição e perda, enfim, da disciplina legal de cada uma das situações jurídicas subjetivas a que se chama de “propriedade” chega a colocar em cheque a própria unidade da denominação. A pluralidade de manifestações do fenômeno proprietário não afasta, contudo, a necessidade de conformação do seu exercício aos interesses sociais relevantes.²³⁸

E ainda:

“De fato, a variedade e relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, cujo itinerário, percorrido por qualificada doutrina, não seria nem oportuno nem possível retomar, corrobora a rejeição, há muito intuitivamente proclamada, da propriedade como noção abstrata. Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário.”²³⁹

²³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 267.

²³⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 279, p. 111.

²³⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 279.

Tratando da problemática do direito autoral, o professor Leonardo Poli aponta que:

Vê-se assim, que, enquanto a evolução tecnológica caminha a passos largos, a ideologia liberal que ainda permanece entranhada no Direito Autoral Brasileiro funciona como entrave a sua adaptação às transformações sociais, gerando um descompasso que lhe impede de dar uma solução adequada ao caso concreto.

É necessário, portanto, analisar criticamente a construção clássica do Direito Autoral, despindo-a da ideologia liberal burguesa, para identificar as questões de ordem técnica e jurídica que a ação do tempo promoveu em suas instituições tradicionais.²⁴⁰

Leonardo Poli toca num ponto crucial da problemática enfrentada que é, justamente, o descompasso do cenário real vivido para os conceitos clássicos de determinados institutos. Veja-se o tema deste trabalho que é a propriedade minerária. Recentemente, o país de Luxemburgo editou a sua “Lei de exploração dos recursos espaciais, nº7093/00 de 11 de novembro de 2.016”, sendo que o artigo 1º da referida lei determina que: “space resources are capable of being appropriated.”²⁴¹

Sobre o instigante tema, cita-se o trabalho de Gabrielle Leterre, aluna da Faculdade de direito, economia e finanças da Universidade de Luxemburgo, intitulado *Providing a legal framework for sustainable space mining activities*, produzido para a obtenção do título de Master in Space, Communication and Media Law:

It is thus apparent that, for Luxembourg, the question of the appropriation of space resources is not an issue; the clarification in Article 1 of the law has less to do with affirming an opinion and more to do with providing interested parties with an unambiguous regulatory framework. Luxembourg thus operates a shift from the question of appropriation to the question of the authorization and supervision of the space mining mission. For this reason, the obligation for space mining operators to obtain a mission authorization prior starting their activity is set directly after the unique provision establishing companies’ rights over space resources.²⁴²

A utilização dos recursos minerais alça patamares sequer imaginados pelo constituinte ou pelo legislador, sendo que o artigo 1.228 do Código Civil não pode

²⁴⁰ POLI, Leonardo Macedo. A funcionalização do direito autoral: Limitações à autonomia privada do titular de direitos autorais. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006, p. 412.

²⁴¹ POLI, Leonardo Macedo. A funcionalização do direito autoral: Limitações à autonomia privada do titular de direitos autorais. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006, p. 412.

²⁴² LETERRE, Gabrielle. **Providing a legal framework for sustainable space mining activities**. 2017. Thesis (Master in Space, Communication and Media Law)- Faculty of Law, Economics and Finance, Université du Luxembourg, 2017, p. 48

servir de resposta para tudo, ou mesmo os esforços empreendidos para se explicar a propriedade mineral.

Numa primeira leitura do texto constitucional e infralegal, percebe-se uma suposta existência de “dupla” propriedade, em que se haveria o direito do proprietário, também chamado de superficiário e o direito da União sobre o mineral que estaria no subsolo. Contudo, para Carlos Luiz Ribeiro, esta não é a melhor definição:

A Constituição da República de 1988 espancou esse equívoco no art. 20, IX, relacionando os recursos minerais, inclusive os do subsolo entre os bens da União. Esta, a União, é pois, tão superficiária quanto proprietária do solo. Nessa “dupla” propriedade, a utilização da propriedade mineral pode inviabilizar ou restringir o uso da propriedade do solo. Contudo, a mesma Lei (código de mineração) que impõe ao proprietário do solo a permissão do uso da propriedade mineral, oferecer-lhe proteção, declarando-o merecedor de uma renda pela ocupação do terreno, a título de lucro cessantes, e de uma indenização pelos danos e prejuízos causados ao solo pelas atividades minerais.²⁴³

A questão posta acima, parece-nos adequada enquanto não houver debate sobre a existência do recurso mineral enquanto atividade econômica, nascendo a problemática com o ingresso do minerador, sendo que o referido autor aponta a sua solução para o problema:

Excetuados, portanto, os recursos minerais aproveitados sob o regime de monopolização, todos os demais somente pertencerão à União quando in natura. Em outras palavras, a propriedade dos recursos minerais se transfere da União para os concessionários da lavra após tais recursos serem retirados do solo e/ou do subsolo onde jaziam e, quando necessário, submetidos a beneficiamento, deixando, então de ser propriedade pública e passando a ser propriedade privada. Vê-se, pois, que o título da concessão garante a posse direta da propriedade mineral ou concessionário, mas este dela não se aproveita como posseiro, mas na condição de proprietário do produto da lavra. Esse título apenas atribui legitimidade para adquirir esse direito de propriedade que, todavia, não lhe é conferido pela União, que outorga o título, mas pela República Federativa do Brasil.²⁴⁴

A solução encontrada pelo referenciado autor é interessante, mas, como se verá, apresenta problemas de várias ordens, em especial sob o aspecto da matriz econômica e contratual, uma vez que se o mineral somente é do minerador após a extração, este sequer o possuiria, em tese, o direito contratual de dispor deste quando

²⁴³ RIBEIRO, Carlos Luiz. **Direito mineral escrito e aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 19-20.

²⁴⁴ RIBEIRO, Carlos Luiz. **Direito mineral escrito e aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21.

ainda incorporado ao solo, tal como ocorre nos contratos de exportação de longo prazo.

A conclusão chegada pelo autor Carlos Ribeiro, ainda que digna de respeito, encontra óbice natural no direito de sequela, o qual “se relaciona ao princípio da inerência ou aderência, no sentido do direito real aderir à coisa e a perseguir. A sequela é nota privativa dos direitos reais, pois um objeto determinado é vinculado a atuação de seu titular”²⁴⁵

Imagine-se também uma situação de desapropriação de uma mina, seria o minerador indenizado somente pelo montante já extraído? A nosso sentir, economicamente não se justifica pensar desta forma, já que a concessão de lavra para ser outorgada levou consideração o potencial econômico daquela jazida²⁴⁶.

Portanto, a propriedade clássica não responde os questionamentos ora postos, revelando-se a essencialidade da produção de um novo modelo de propriedade mineral.

Definido que o modelo trazido no artigo 1.228 e demais dispostos do Código Civil não atendem ao fim proposto, deve-se buscar traçar novas linhas para o direito de propriedade que bem defina a riqueza mineral, em especial, superar a insegurança jurídica trazida por este.

4.1.4 O bem privado de interesse público

Não se sustenta, quer pelo conceito de bens públicos quanto à extensão, quer pelas restrições impostas à alienação dos bens públicos, que o bem mineral seja considerado bem público quando empregado à atividade, o que revela a incompletude do modelo existente.

É escancaradamente inconstitucional pensar na riqueza mineral como bem privado, ao menos preteritamente, quando o texto da CR/88 é expresso ao aloca-lo como bem público, fazendo-se somente sentido, num primeiro momento, a utilização do raciocínio das terras devolutas, isto é, seria bem público, o mineral ainda não

²⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 38.

²⁴⁶ Art. 28. A autorização de lavra só poderá ser requerida se a jazida estiver convenientemente pesquisada, e está sujeita às limitações de área estipuladas para a pesquisa.

Parágrafo único. A autorização perdurará enquanto a lavra fôr mantida em franca atividade. BRASIL. **Decreto-Lei n. 1985, de 29 de março de 1940**. Código de Minas. Brasília, Presidência da República, [1964].

afetado ao jazimento.

Daí, estando exposta a problemática de não ser o bem mineral um bem público clássico, ao menos na acepção do Código Civil, deve-se buscar no próprio ordenamento jurídico a solução para este entrave.

O mineral afetado a partir da outorga da autorização de pesquisa com a aprovação do respectivo relatório e integra o estabelecimento do minerador, que somente poderá vendê-lo após obter a concessão de lavra, ainda que esta já integre ao patrimônio da empresa e tenha expressão econômica.

A atividade minerária devidamente autorizada não pode ser paralisada. Estando o título vigente, inexistindo declaração de nulidade ou caducidade pelo agente competente, sem o decreto desapropriatório da Presidência da República, não se pode presumir que qualquer outra atividade ainda que pública seria considerada prevalente na área da mina concedida e em exploração. O Código de Mineração impõe:

Art. 57. No curso de qualquer medida judicial não poderá haver embargo ou sequestro que resulte em interrupção dos trabalhos de lavra.

Art. 87. Não se impedirá por ação judicial de quem quer que seja, o prosseguimento da pesquisa ou lavra.²⁴⁷

A legislação especializada impõe a continuidade da atividade minerária em função de seu evidente interesse público. Não se trata de defesa da propriedade privada. O interesse público nacional está evidenciado enquanto existirem os títulos válidos. Não se trata de direito absoluto, mas de direito declarado pelo legislador como prioritário, até que os direitos minerários sejam legalmente desconstituídos ou desapropriados.

O Tribunal Regional da 1ª Região, ao julgar obrigação/direito/interesse líquido e certo do minerador, enquanto detentor de título minerário vigente, asseverou a validade jurídica do princípio da continuidade da mineração, que prevalece até eventual declaração de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DE LIMINAR QUE DETERMINARA A SUSPENSÃO DOS TRABALHOS DE PESQUISA MINERAL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO REVOCATORIO. INEXISTÊNCIA DE DANO IRREPARÁVEL E FUMUS BONI IURIS. VEDAÇÃO DE PARALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES. CÓDIGO DE MINAS, ARTS. 57 E 87. I - MANDADO DE

²⁴⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

SEGURANÇA IMPETRADO PARA OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DESPACHO QUE, EM AÇÃO POPULAR, REVOGOU LIMINAR QUE SUSTARA A ATIVIDADE DE PESQUISA MINERAL EM JAZIDA DE BERILO. II - IRREPARABILIDADE DO DANO INDEMONSTRADA, BEM ASSIM O FUMUS BONI IURIS, VISTO QUE O CODIGO DE MINERAÇÃO EXPRESSAMENTE VEDA A INTERRUPÇÃO DAS ATIVIDADES NO CURSO DE AÇÃO JUDICIAL (ARTS. 57 E 87). III - SEGURANÇA DENEGADA.²⁴⁸

Enquanto alguns bens possuem função social, pode-se destacar que o bem mineral é função social, mas que tem o seu norte direcionado para a atividade comercial, fato este que potencializará o ganho para toda a sociedade, seja direto com a obtenção dos bens e serviços com alta tecnologia agregada pelo mineral, seja participação na CFEM.

A propriedade apresentada sob diversos signos e ainda multifacetada, somente havendo a possibilidade de se separar propriedade mineral sobre a coisa, isto é, jazimento corporificado, e propriedade enquanto expressão econômica, isto é, fonte de compensação financeira.

Prefere-se buscar um caminho retilíneo e seguro desta possibilidade, ao invés de se buscar, por meio de abstratos termos como a função social, justificar ou aquilatar o direito ora proposto.

O fato de a jazida pertencer a União como exposto no artigo 176 da Constituição não a autoriza, *sponte sua*, negar a concessão de lavra ou mesmo não reconhecer este direito ao minerador, trata-se, tão e somente, da solução encontrada pelo Constituinte para justificar o pagamento da CFEM.

O conceito de pertencimento do bem da União restringe-se, tão e somente, a jazida ainda não em lavra, sendo que a partir da caracterização desta com a apresentação e aprovação do plano de aproveitamento econômico²⁴⁹, já que é desse estudo que se concebe ou não a existência da lavra.

²⁴⁸ BRASIL. Tribunal Regional (1ª Região). Primeira Seção. MS 000241285.1990.4.01.0000 / DF, Rel. Juiz Aldir Passarinho Junior. **Diário de Justiça**, p. 22813, 01 out. 1990.

²⁴⁹ Art. 22. A autorização de pesquisa será conferida nas seguintes condições, além das demais constantes deste Código: V - o titular da autorização fica obrigado a realizar os respectivos trabalhos de pesquisa, devendo submeter à aprovação do DNPM, dentro do prazo de vigência do alvará, ou de sua renovação, relatório circunstanciado dos trabalhos, contendo os estudos geológicos e tecnológicos quantitativos da jazida e demonstrativos da exequibilidade técnico-econômica da lavra, elaborado sob a responsabilidade técnica de profissional legalmente habilitado. Excepcionalmente, poderá ser dispensada a apresentação do relatório, na hipótese de renúncia à autorização de que trata o inciso II deste artigo, conforme critérios fixados em portaria do Diretor-Geral do DNPM, caso em que não se aplicará o disposto no § 1º deste artigo. BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

E, estando reconhecido essa propriedade, tem o minerador o encargo de explorá-la até o seu exaurimento, não podendo represa-la com intuito de gerar escassez de mercado, pois sujeito a todas as imposições da legislação especializada.

5 O DIREITO DO MINERADOR COMO EXPRESSÃO ECONÔMICA

5.1 A Necessidade da interdisciplinariedade

5.1.1 Os custos de transação no direito minerário

O pensamento interdisciplinar tem por escopo a tentativa da construção do conhecimento, a partir da junção de conceitos predeterminados de áreas teoricamente distintas, perfazendo da intercessão dos temas correlatos²⁵⁰.

Esta imagem completa de um determinado cenário, trazido a reboque pela matriz de pensamento complexo de Edgar Morin é de toda útil e reveladora, permitindo assim ao intérprete buscar um real significado para o objeto investigado.

E, uma das possíveis análises para a solução de um problema, é produzida por meio do diálogo das fontes entre direito e economia, como observa Eduardo Goulart Pimenta²⁵¹ ao correlacionar o direito e economia, a partir da teoria dos jogos²⁵².

Outra possível e complementar forma de se analisar o tema, objeto desta pesquisa, é a partir da interpretação histórica constitucional, em especial sobre o recuo do papel intervencionista do Estado sobre o domínio econômico.

Seja pela análise comportamental do agente econômico ou pela compreensão da substituição do direito econômico pelo direito da concorrência, a matriz de pensamento do direito minerário deve está aberta a receber esta oxigenação, fenômeno este adaptado da biologia ao direito, conhecido como autopoiese.

²⁵⁰ É a reforma do pensamento que permitiria o pleno emprego da inteligência, de forma que os cidadãos possam realmente entender e enfrentar os problemas contemporâneos. É a idéia de um pensamento não fragmentado. As idéias de que o homem, ao analisar a vida e o mundo, perceba tudo o que está a sua volta e assim construa um entendimento melhor e mais abrangente a respeito dos problemas da humanidade MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

²⁵¹ O Direito freqüentemente confronta situações nas quais há alguns tomadores de decisão e na qual a ação otimizadora a ser tomada por uma pessoa depende do que o outro ator escolhe. Estas situações são como jogos em que as pessoas devem decidir sob uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações dos outros. A teoria dos jogos lida com qualquer situação na qual estratégia é importante. A teoria dos jogos vai, conseqüentemente, realçar nosso entendimento de algumas importantes normas e instituições. PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

²⁵² A Teoria dos jogos é uma disciplina matemática de cunho comportamental, idealizada por John Von Neumann e, com as contribuições de Oskar Morgenstern, sintetizada na obra *Theory of Games and Economic Behavior*. SOUSA, Paulo Henrique de. **Theory of games and economic behavior**: a ideia de ciência de John von Neumann e Oskar Morgenstern. 2005. 102 f. Dissertação (Mestrado em História da Ciência) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

E este papel de recriação do conceito de propriedade minerária somente será possível com uso da interdisciplina, de forma inclusiva, não excludente e, principalmente, atenta à finalidade maior de exploração concorrencial desta riqueza, como elemento determinante para a soberania nacional.

Em artigo publicado em coautoria com o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, intitulado “*Os Cartéis e a Concessão de Serviço Público de Telefonia Móvel no Brasil*”, teve-se a oportunidade de apontar que a formação do preço decorre necessariamente dos custos de produção envolvidos, o que revela a essencialidade da transparência e da segurança²⁵³

William Freire, na obra *Código de mineração anotado*, que teve publicada a sua 5ª edição em 2010, expõe, verbis:

Além de todos os fundamentos jurídicos que por si só se sustentam, há outro irrefutável: nenhuma empresa, em nenhuma parte do globo, investiria centenas de milhões de dólares num empreendimento calcado em um ato administrativo discricionário e precário.²⁵⁴

²⁵³ Para o desempenho da empresa, os agentes de mercado enfrentam custos de produção, analisados sob a ótica da doutrina da Análise Econômica do Direito, que são os ônus a eles inerentes para o desempenho de determinada atividade, os quais devem ser reduzidos para que a atividade seja lucrativa

Os custos de transação estão dispersos no chamado ciclo econômico: produção, circulação e consumo, impondo ao agente econômico o uso de um comportamento racional para redução dos custos, como força motriz apta em incrementar a atividade econômica, sendo, assim discriminados: Custo Legal, que decorre da exigência legal e está ligado aos tributos, às taxas, às contribuições, aos salários, enfim, todos os ônus que são, de maneira cogente, suportados pelo agente de mercado; Custos Econômicos, que estão ligados aos gastos essenciais para a fabricação do produto, como a matéria prima, a energia elétrica, essencialmente os insumos;

Custo Concorrencial, que incide diretamente sobre alguns fatores que impactam o agente de mercado, como na maior ou menor produção de determinado produto, a margem de lucro empregada, e, por fim, como um catalisador na busca pela eficiência na gestão dos custos econômicos e legais, como nos custos de melhoria e pesquisa;

A composição do preço do produto que será disponibilizado no mercado passa por uma análise economicamente criteriosa, como os custos envolvidos na produção, a quantidade de produto que será disponibilizado, os eventuais concorrentes e o público alvo.

E, para a formação do preço do produto, deve o agente de mercado buscar a eficiência, já que a tendência racional será vencer este jogo mercadológico, por meio de produtos melhores e/ou mais baratos.

Ao se identificar que o custo legal é de natureza cogente, ou seja, impede que o agente de mercado possua uma conduta adversa, percebe-se que as margens de manobras são limitadas, tendo os planejamentos societários e tributários um pequeno limite de atuação. Exemplifica-se: a escolha do regime de tributação pode trazer uma melhoria, mas melhoria circunscrita aos limites da lei, devendo um mínimo de tributo ser recolhido. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Os cartéis e a concessão de serviço público de telefonia móvel no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 201–218, jul./set. 2017.

²⁵⁴ FREIRE, Willian. **Código de mineração anotado**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2010, p. 83.

A propriedade minerária já sofreu diversas transformações, tendo, em sua origem, a aplicação dos modelos Regaliano e, sucessivamente, Dominial, sendo que no “sistema regaliano, os recursos minerais pertenciam ao Estado que era confundido com a figura do rei (*l’Etat c’est moi*). Já no sistema dominial, os recursos minerais pertenciam não mais ao Estado monarca, mas ao Estado-coletividade.”²⁵⁵

Mas, a falta de exploração da jazida por parte do Estado levou à derrocada dos modelos regaliano e dominial, nascendo, a partir daí o modelo da acessão, quando a riqueza mineral pertencia ao proprietário do solo.

Este modelo da acessão, também chamado de fundiário, possuía como crítica o represamento da riqueza mineral nos proprietários, o que também dificultava a sua exploração e comercialização.

Atualmente, a mineração possui um procedimento específico regulamentado pela legislação, Decreto-Lei 227/67, o qual estabelece critérios para a obtenção da concessão de lavra.

Primeiro, deverá o requerente protocolar na ANM a chamada autorização de pesquisa, momento em que obterá prioridade de exploração do mineral na área caso haja viabilidade, a qual será comprovada por meio de estudo técnico elaborado no prazo de concessão do alvará.

Caso o relatório seja aprovado estará caracterizada a jazida²⁵⁶ e poderá o Requerente efetuar o pedido de concessão de lavra, que representa tecnicamente uma autorização formalizada mediante uma portaria.

Daí, a organização da atividade minerária passará de forma direta pela alocação de custos do agente econômico interessado no seu desenvolvimento, situação esta conhecida como racionalidade econômica e bem pontuada por Eduardo Goulart Pimenta:

A atividade empresarial e os agentes econômicos a ela dedicados têm na busca constante pela eficiência na produção e distribuição de bens e serviços seu objetivo fundamental. Em busca deste objetivo, é natural que estes agentes econômicos empresariais tenham na ação conjunta e colaborativa o caminho mais adequado. É possível perceber, se analisada a evolução histórica da atividade econômica em geral – e empresarial em particular - a

²⁵⁵ SERRA, Silva Helena. **Direitos minerários**: formação, condicionamentos e extinção. São Paulo: Signus Editora, 2000, p. 35.

²⁵⁶ Art. 4º Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa. BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

constante tendência ao agrupamento dos agentes que nela atuem. Este movimento se reflete sobre o ramo do conhecimento jurídico disciplinador dessas atividades: o Direito Empresarial.²⁵⁷

A empresa – atividade econômica organizada dos fatores de produção- pode ser compreendida pelo seu aspecto econômico como um conjunto do fator terra, fator capital, trabalho, matéria-prima, fator tecnologia ou então pode ser compreendida sobre a ótica dos contratos existentes para a sua manutenção.

Aqui, parte-se da visão dinâmica de empresa, conhecida pelo chamado feixe de transações, conjunto de relações jurídicas contratuais em que esta se relaciona com investidores, consumidores, fisco, trabalhadores, como um verdadeiro núcleo celular.

Esta visão se distancia da chamada visão estática de empresa, alocada na organização dos chamados fatores de produção, núcleo estático e enrijecido com foco nos direitos de propriedade.

A autora Érica Gorga no estudo *Culture and corporate law reform: a case study of Brazil*, também indica uma variável cultura que nos afasta dos ideais estabelecidos por Black:

Considere estes dois métodos diferentes de ensino de direito societário. Uma abordagem é discutir o que a lei é, quais as suas possíveis interpretações são, como a lei se encaixa na ordem jurídica e quais são os processos judiciais relevantes. Esta é a abordagem largamente adotado no Brasil. Outra abordagem é discutir o que a lei é, como isso afeta o comportamento dos agentes econômicos, quais são suas possíveis interpretações que tendem a maximizar o valor global é, quais os incentivos que a lei poderia fornecer à fabricação de estruturas organizacionais mais eficientes, quais os relevantes casos judiciais são, e como os casos interferem no contexto corporativo. Será que esses casos judiciais fornecem soluções que levem as partes a adotar incentivos adequados? Será que essas decisões judiciais aumentam os custos de transação? A lei garante bons incentivos para desencorajar comportamentos oportunistas? Esta segunda abordagem é mais vantajosa porque liga o estudo do direito empresarial com o ambiente de negócios atual. No entanto, as faculdades de direito brasileiras ignoram este segundo método de lei de ensino. (tradução noss).²⁵⁸

²⁵⁷ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário**: Rio Grande do Sul: Editora Fi, 2017, p. 489.

²⁵⁸ Consider two different methods of teaching corporate law. One approach is to discuss what the law is, what its possible interpretations are, how the law fits within the legal order and what are the relevant judicial cases. This is the approach largely adopted in Brazil. Another approach is to discuss what the law is, how it affects the behavior of economic agents, what its possible interpretations that tend to maximize total value are, what the incentives that the law could provide to make organizational structures more efficient are, what the relevant judicial cases are, and how the cases interfere in the corporate context. Do these judicial cases provide solutions that lead parties to adopt adequate incentives? Do these judicial decisions increase transaction costs? Does the law provide good incentives to discourage opportunistic behavior? This second approach is more advantageous because it links the study of the corporate law with the actual business environment. Nevertheless,

Amplificando as questões trazidas na obra da professora Érica Gorga surgem como imprescindíveis algumas conceituações sobre o direito econômico e o positivismo jurídico.

Compartilhando da ótica estabelecida por Eros Roberto Grau sobre mercado:

- (i) Sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias;
- (ii) Essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do Direito Positivo, Direito posto pelo Estado;
- (iii) Este Direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos.²⁵⁹

E continua o referido autor: “O mercado- insisto neste ponto- é uma instituição jurídica constituída pelo Direito Positivo, O Direito posto pelo Estado Moderno.”²⁶⁰

E, os agentes racionais de mercado buscam a otimização de seus custos, de modo que aloquem de maneira eficiente seus ganhos e perdas. Assim, torna-se primordial a neutralidade normativa para que haja certeza ou previsibilidade aos custos da atividade e, com isto, se alcance a pujança econômica.

Sob o ponto de vista Constitucional e complementar a exposição econômica, percebe-se que há um evidente contexto geopolítico diverso das constituições de 1937²⁶¹ e 1967²⁶² para o atual momento vivido, trazendo à tona a necessidade da mutação constitucional, como fenômeno interpretativo capaz de contemporizar um conceito ao real significado esperado pelo povo.

Brazilian law schools ignore this second method of teaching law. GORGA, Érica. Culture and corporate law reform: a case study of Brazil. **Journal of International Economic Law**, v. 27, n. 3, 2006.

²⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **Comentários à Constituição do Brasil**. Brasília: Saraiva, 2014, p. 31.

²⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. **Comentários à Constituição do Brasil**. Brasília: Saraiva, 2014, p. 34.

²⁶¹ Art 144 - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Leis Constitucionais. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937.

²⁶² Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. § 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Rio de Janeiro, Presidência da República, 24 de janeiro de 1967; BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, Presidência da República, 1969.

A fossilização do texto constitucional, isto é, o seu envelhecimento e desconexão com a realidade vivida acaba por emprestar ao direito insegurança jurídica, riscos desnecessários e ainda contradições notórias quando postos em confronto os textos normativos, sendo disto um exemplo a propriedade mineral constitucional para o conceito de bem público do código civil.

Para a solução de problema de tamanha magnitude, faz necessário um juízo complementar e interdisciplinar, contextualizado os institutos jurídicos ao momento vivenciado, buscando-se então adequá-los, de forma correta e completa.

5.1.2 A importância da Análise Econômica do Direito para o tema problema

O uso da ciência econômica para a explicação da ação humana representa um relevante avanço na teoria comportamental, em especial para a previsão em termos de probabilidade sobre determinadas condutas.

A partir da compreensão da ação humana sobre os mecanismos de incentivo e desestímulo, a aplicação desta metodologia na ciência jurídica apresente um relevante arcabouço de dados e condutas socialmente (ou não) desejáveis, a partir do controle das leis.

Diante disto, as leis deixam de ser textos prescritivos da ação moral socialmente ou não desejável para se planificar como verdadeiras variáveis a serem equacionadas pelo agente no processo de tomada de decisão, assim, sonegar ou não uma lei decorrerá também dos benefícios ou não desta conduta.

A junção então da ação humana a partir do comportamento prescrito pela norma é o escopo do estudo que costumeiramente se intitulou de análise econômica do direito, ou seja, a partir da sabedoria da ação racional, com os conceitos aplicados de escassez, maximização de interesses, incentivos e desestímulos, busca-se explicar se aquela lei é ou não adequada para o fim que se busca tutelar.

Não se trata, por isto, de uma ideologia jurídica, e sim de um método analítico que, a partir de determinados critérios e, principalmente dados, ultrapassa o modelo dedutivo-hipotético para transcrever a realidade social, a partir da ação positiva do Estado.²⁶³

²⁶³ O Direito, enquanto ciência, se dedica ao estudo das relações intersubjetivas, sob o aspecto material. Mas há ainda um outro aspecto, o formal, a configurar e delimitar cada campo de estudo. Como visto acima, o Direito pode estudar as normas que regem aquelas relações sob vários prismas.

É neste contexto, vários são os trabalhos referenciados sobre o tema, os quais trazem em comum o ponto de partida em Ronald Coase²⁶⁴. *The nature of the firm*, como pondera Richard Posner:

A nova lei de economia data do início dos anos 1960, quando o primeiro artigo de Guido Calabresi sobre delitos e o artigo de Ronald Coase sobre custo social foram publicados. Essas foram as primeiras tentativas de aplicar a análise econômica de forma sistemática a áreas de direito que não pretendiam regular as relações econômicas (tradução nossa).²⁶⁵

A Análise Econômica do Direito permite, por meio da utilização de ferramentas da economia, descrever a (in)eficiência de uma determinada previsão normativa e explicar como deveria ser a norma, para ser eficiente.

Trata-se de um verdadeiro diálogo das fontes, onde o direito é revisitado para compreender o comportamento dos tutelados e dos criadores da norma.

Para o desempenho da empresa, os agentes de mercado enfrentam custos de produção, analisados sob a ótica da doutrina da Análise Econômica do Direito²⁶⁶, que são os ônus a eles inerentes para o desempenho de determinada atividade, os quais devem ser reduzidos para que a atividade seja lucrativa.

Dentre os direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil o direito de propriedade interessa a todos os brasileiros. No Estado Democrático de Direito e na sociedade capitalista em que se vive por opção política e constitucional, a vida não seria possível sem a observância do direito de propriedade. Ronald Coase, agraciado com o Prêmio de Ciências Econômicas em

Um deles é o da direção da política econômica pelo Estado. Será este aspecto formal que identificará e distinguirá o Direito Econômico dos demais ramos jurídicos. FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.8.

²⁶⁴ [...] “à aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”. COASE, Ronald. *The Economic Approach to Law*. **Texas Law Review**, v. 53, n. 4, 1975.

²⁶⁵ The new law and economics dates from the early 1960's, when Guido Calabresi's first article on torts and Ronald Coase's article on social cost were published. These were the first attempts to apply economic analysis in a systematic way to areas of law that did not purport to regulate economic relationships. POSNER, Richard A. *The economic approach to law*, 53. **Texas Law, Review**, v. 757 1975.

²⁶⁶ O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas conseqüências. A Análise Econômica do Direito, portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas conseqüências. GICO JÚNIOR, Ivô. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

Memória de Alfred Nobel de 1991, demonstra em sua teoria que a economia funciona melhor em um sistema com definição clara do alcance do direito de propriedade.²⁶⁷

Tal fato pode ser sintetizado naquilo que ficou conhecido como teorema de Coase: “Estruture o Direito de modo a remover os impedimentos aos acordos privados”, isto é, não pode o direito ser uma fonte de incertezas, pois estas geram custos que impedem o equilíbrio de mercado²⁶⁸.

Em tese defendida na PUC Minas, Daniel Moreira do Patrocínio pondera:

Empresa, mercado e Direito são realidades que se entrelaçam e se modelam para viabilizar a produção econômica, o atendimento das necessidades sociais, maximizando a utilização de recursos escassos, alocando-os em favor daquelas pessoas que maior valor lhes atribua. A análise acerca dos custos e benefícios marginais, decorrentes do incremento quantitativo da atividade negocial, não se esgota na ideia de simples conduta gananciosa do empresário, mas na convicção de que o crescimento da empresa constitui-se em fator decisivo para sua sobrevivência, em razão da alta competitividade do mercado. Ao Estado, por sua vez, compete constituir instituições capazes de assegurar a proteção da propriedade privada, a livre circulação de riquezas, o ingresso, continuidade e saída de empresas no mercado, regular atividades estratégicas, criando um ambiente institucional propício à livre negociação entre os agentes econômicos.²⁶⁹

Henrique Avelino Rodrigues de Paula Lana aponta que:

Durante o exercício da empresa, o Empresário, valendo-se dos fatores de produção, possui vários custos, dentre eles os representados por salários de funcionários, juros em face de instituições financeiras, preços de royalties, contas de água e luz, etc. Estes são os denominados “custos de produção”, objetivamente mensuráveis em termos monetários. Em prol do sucesso, mostra-se imprescindível, racionalmente, escolher a forma de alocação dos recursos escassos utilizados no exercício da atividade econômica (tempo, dinheiro, etc.).²⁷⁰

²⁶⁷ COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

²⁶⁸ Quando a interação social se dá no âmbito do mercado, o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas. Nesse ponto, diremos que o mercado se encontra em equilíbrio. Equilíbrio é um conceito técnico utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes. Modificada a regra em um contexto onde a barganha é possível (mercado), os agentes realizarão trocas enquanto lhes for benéfico até que o equilíbrio seja alcançado. Esse resultado poderá ser diverso se estivermos tratando de um contexto hierárquico no qual a livre barganha não ocorre. O padrão de comportamento da coletividade se depreende da ideia de equilíbrio das interações dos agentes individuais. GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010, p. 23.

²⁶⁹ PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Análise econômica da recuperação judicial de empresas: princípios, jogos, falhas e custos**. 2012. 296f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 79.

²⁷⁰ LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise econômica acerca da inclusão do aviamento na apuração de haveres do sócio em dissolução parcial nas sociedades limitadas**. 2012. 155f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 78.

O Juiz Richard Posner, em *The economic approach to Law* confirma nossa premissa ao expor que:

Are they equal to the revenue loss? What would be an optimum system of tax penalties? Would it involve greater or less use of the criminal sanction than at present? Does the marginal product of various forms of tax enforcement activity (e.g., individual and corporate taxpayer audits) exceed the marginal cost, and if so, can this result be defended? What is the appropriate role, from an efficiency standpoint, of the paid tax informer? What factors determine the size, budget, and enforcement decisions of the Immigration and Naturalization Service? Are these decisions "discretionary," in the sense of arbitrary and perhaps invidious, or are they systematically designed to minimize the impact of foreign competition on the domestic labor market? Are they therefore sensitive to trends and patterns of unemployment? Does the Wage and Hour Division refrain from vigorously enforcing the minimum-wage law in industries where compliance with the law would have a seriously adverse effect on production? What factors determine the number of inspectors hired by the Division to enforce the law? Is a staff of inspectors even necessary, or would it be more efficient if enforcement were left to the private sector, as is done in the enforcement of usury laws? These types of questions are within the analytical competence of economics to answer, and adequate data to support reliable empirical answers appear to be available. Our knowledge of the law enforcement process would be greatly enriched by a few more economic studies of specific enforcement programs and agencies.²⁷¹

Sabedores então que a propriedade mineral é fator preponderante para o desempenho da atividade minerária no país e que a certeza jurídica reduz custos, a partir da minimização da assimetria de posições, o papel do legislador será bem definir os reais termos e alcances da propriedade minerária.

Pois, a partir do conhecimento da análise econômica do direito e de seus pressupostos, a ideia de neutralidade da lei ganha corpo, já que os agentes que atuam no ramo minerário terão certeza dos custos envolvidos.

²⁷¹ Eles são iguais à perda de receita? Qual seria um ótimo sistema de penalidades fiscais? Envolveria maior ou menor uso da sanção penal do que atualmente? O produto marginal de várias formas de atividades de fiscalização (por exemplo, auditorias de contribuintes individuais e corporativos) excede o custo marginal e, nesse caso, esse resultado pode ser defendido? Qual é o papel apropriado, do ponto de vista da eficiência, do imposto pago? Informante? Quais fatores determinam o tamanho, o orçamento e as decisões de fiscalização do Serviço de Imigração e Naturalização? Essas decisões são "discricionárias", no sentido de arbitrárias e talvez invejosas, ou são sistematicamente projetadas para minimizar o impacto da concorrência estrangeira no mercado de trabalho doméstico? Eles são, portanto, sensíveis às tendências e padrões de desemprego? A Divisão de Salários e Horas abster-se de aplicar vigorosamente a lei do salário mínimo nas indústrias em que a conformidade com a lei teria um efeito seriamente adverso na produção? Quais fatores determinam o número de inspetores contratados pela Divisão para fazer cumprir a lei? Uma equipe de inspetores é necessária, ou seria mais eficiente se a execução fosse deixada para o setor privado, como é feito no cumprimento das leis de usura? Esses tipos de perguntas estão dentro da competência analítica da economia para responder, e dados adequados para apoiar respostas empíricas confiáveis parecem estar disponíveis. Nosso conhecimento do processo de aplicação da lei seria grandemente enriquecido por mais alguns estudos econômicos de programas e agências de fiscalização específicos. POSNER, Richard A. *The economic approach to law*, 53. **Texas Law, Review**, v. 757 1975.

A ideia de neutralidade legal é esculpida como certeza sobre os custos impostos pela lei, afugentando-se a ideia de insegurança e incerteza. Ora, se o legislador não desejar que a atividade minerária seja desenvolvida, bastará então a alteração na balança dos custos benefícios, como a imposição de pesadas sanções em caso de eventual descumprimento ou de dano.

Não se faz aqui uma defesa da incauta ou desmedida do capitalismo de mercado, mas, tão e somente, a idealização de que a certeza sobre a propriedade mineral reduzirá os custos imprevisíveis da insegurança jurídica, o que, em última consequência, afugentará agentes econômicos avessos ao risco ou desprovidos de capital para tanto.

A assimetria de posição é uma característica que pode fomentar a formação de oligopólios, o que pode ser prejudicar a exploração mineral, já que sementes grandes conglomerados realizarão esta atividade e explorarão a riqueza que seja relevante para o momento, perdendo a nação com isto a obtenção de arrecadação tributária e também de acesso a minerais menos nobres ou de menor interesse, como uma areia, uma argila ou o saibro.

A AED então será utilizada como um vetor de agir racional, que garanta na elaboração de uma norma a busca pela neutralidade, não sendo mais a propriedade mineral um custo incerto, ou seja, um risco.

5.1.3 Incentivando a atividade minerária com foco no Interesse Nacional

O minerador deve ser o foco da atividade minerária, não como destinatário final do produto, já que tal fato poderia ser representar como uma recusa de venda e o inflacionamento do setor pode ser indesejável, mas como força motriz que faz mover essa pesada engrenagem.

É ele o elo mais fraco dessa relação, sendo que a exploração mineral em abundância e sustentável é interesse de todos, já que a escassez leva por consequência o aumento dos preços e a diminuição dos padrões de vida que conhecemos, sendo a segurança jurídica essencial para o desempenho de sua relevante atividade econômica.

E, só haverá interesse na mineração quando esta possuir neutralidade jurídica que assegure, previamente, a alocação de custos e esforços para o desempenho dessa atividade. Pensar o contrário conduz este setor ao oligopólio/monopólio, já que

somente grandes conglomerados arcarão com os riscos dessa atividade.

Sobre o tema, os advogados Paulo Roberto Coimbra Silva e Leonardo André Gandara pontuam:

O poder público e as comunidades influenciadas pela atividade mineral não devem perder de vista a inegável relação de causalidade entre a riqueza mineral e a viabilidade econômica. Não haverá riqueza mineral sem viabilidade econômica, e esta somente se verifica em decorrência da iniciativa e riscos avocados pelo particular no desenvolvimento de um projeto de exploração mineral. Não se pode olvidar a inexorável premissa, própria do sistema capitalista, de que aquele que assume os riscos ínsitos a determinada atividade econômica merece ser por ele recompensado, de acordo com sua capacidade e na proporção dos resultados auferidos. Do contrário, a natural aversão ao risco inibiria qualquer iniciativa privada na indústria da mineração.²⁷²

Neste aspecto, é firmemente conceituado que há uma ontológica diferença entre livre iniciativa para iniciativa privada: Aquela representa a faculdade que é dada ao agente de entrar e sair do mercado, bem como de a atividade econômica de sua livre escolha; já esta diz respeito a existência, somente, de capital privado.

Alicerça-se o pensamento nos ensinamentos da chamada Escola Austríaca de Economia²⁷³, baseando-se em três fatores:

- a) a praxilogia que é a ação humana voltada para a mudança de um estado insatisfatório para um satisfatório;
- b) o fator é o tempo, visto como fator que altera a manifestação humana, já que com o passar deste acumulamos experiência e conhecimento, mudando nosso jeito de agir; e,
- c) por fim, a limitação do conhecimento, sendo impossível prever todos os efeitos decorrentes desta ação.

A partir destas três pedras angulares da Escola Austríaca, visualiza-se seus elementos de propagação que são:

²⁷² SILVA, Paulo Roberto Coimbra; GANDARA, Leonardo André . A Relevância da Natureza Jurídica da Compensação Financeira pela Exploração dos Recursos Minerais (CFEM). In: Paulo Roberto Coimbra Silva. (org.). **CFEM Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais: natureza jurídica e questões correlatas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, v. , p. 17-33, p. 25.

²⁷³ Termo aqui designada a análise da Economia a partir do foco na pessoa, no indivíduo, constituindo a partir daí questões como a Utilidade Marginal. Tem o nome Austríaco pela naturalidade de grandes dos seus percussores como: Carl Menger, Böhm-Bawerk, Von Mises e Hayek.

- a) utilidade Marginal, conceito este que aponta que o valor de um bem derivará de sua necessidade para o agente- incluídos aí os aspectos subjetivos desta valoração;
- b) subjetivismo, conceito este sobre o verdadeiro cipoal de questões internas que levam o agente a manifestar um desejo econômico;
- c) ordem espontânea, conceito este ligado à crescente realidade que se manifesta pela ação dos homens, mas, sem refletir uma atitude discernida destes perante a situação, trata-se assim de um contraste nascida do acaso com a deliberação.

Trazer o conhecimento da relevante escola austríaca revela o subjetivismo da ação humana, fato este a potencializar a essencialidade de segurança e neutralidade.

Sobre o tema, o STF que estabeleceu:

O impedimento causado pelo Poder Público na exploração empresarial das jazidas legitimamente concedidas gera o dever estatal de indenizar o minerador que detém, por efeito de regular delegação presidencial, o direito de industrializar e de aproveitar o produto resultante da extração mineral. Objeto da indenização há de ser o título de concessão de lavra, enquanto bem jurídico suscetível de apreciação econômica, [...]. Essa situação subjetiva de vantagem atribui, ao concessionário da lavra, direito, ação e pretensão à indenização, toda vez que, por ato do poder Público, vier o particular a ser obstado na legítima fruição de todos os benefícios resultantes do processo de extração mineral.²⁷⁴

O STJ entende que a lei protege o direito minerário ainda que o titular do direito tenha apenas o direito de prioridade à lavra, (Código de Mineração, art. 11, letra “a”) conforme demonstra julgado abaixo:

DIREITO MINERÁRIO E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. AUTOR AMPARADO POR ALVARÁ DE PESQUISA. LAVRA CLANDESTINA E ILÍCITA DA ÁREA POR TERCEIRO. DIREITO À PROTEÇÃO DA LAVRA. DIREITO DE PRIORIDADE. PREJUÍZO. REPARAÇÃO DEVIDA. 1. Demanda em que se discute a proteção contra exploração por terceiros dos minérios encontrados no subsolo de área outorgada à pesquisa. 2. A ordem constitucional, a par de reservar o domínio das reservas minerais à União, franqueia aos particulares a exploração dos minérios, garantindo aos mineradores a propriedade do produto da lavra. 3. A fim de ordenar o livre acesso aos recursos minerais, o Código de Mineração utiliza-se do direito de prioridade, e, por consequência, assegura ao pesquisador, de forma exclusiva, a futura exploração da reserva pesquisada, bem como a possibilidade de eventual negociação desse direito. 4. Terceiro que explora, clandestina e ilicitamente, a reserva pesquisada, atenta contra o direito de prioridade e causa dano

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 140254 AgR. Rel. Celso de Mello. Primeira Turma **Diário de Justiça**, Brasília, 06 jun. 1997.

direto ao legítimo pesquisador, devendo, pois, ressarcir-lhe integralmente o prejuízo. 5. Negado provimento ao recurso especial.²⁷⁵

A Convenção Americana dos Direitos Humanos, tratado internacional que o Brasil soberanamente se obrigou a cumprir as regras tão inteiramente como nela se contém, (art. 1º do Dec. nº 678 de 6 de novembro de 1992), em seu art. 21, estabelece:

Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.²⁷⁶

Os tribunais superiores classificam, rotineiramente, títulos minerários como bem de expressão econômica integrante dos ativos das empresas, com qualquer outro bem existente no Brasil.

A concessão de lavra, que viabiliza a exploração empresarial das potencialidades das jazidas minerais, investe o concessionário em posição jurídica favorável, eis que, além de conferir-lhe a titularidade de determinadas prerrogativas legais, acha-se essencialmente impregnada, quanto ao título que a legitima, de valor patrimonial e de conteúdo econômico.²⁷⁷

Se se encontrava o requerente na posse das minas e se possuía os seus títulos transcritos, bem de ver é que houve violação de seus direitos certos e líquidos, pelos dois decretos de janeiro deste ano, cessando sumariamente as autorizações. O decreto lei nº 1935 de 29 de janeiro de 1940 declara, pelo art. 4º, ser a jazida bem imóvel. E como bem imóvel, o concessionário, na frase de Atílio Vivaqua, é titular de um direito de propriedade (A nova política do Sub-solo e o regime legal das minas p. 579. E direito desta natureza, uma vez adquirido, só poderá ser perdido por algumas das formas estabelecidas pelo legislador, uma vez que “a autorização perdurará enquanto a lavra for mantida em franca atividade”²⁷⁸

Ementa: Minas de calcareo; autorização para lavra e sua cassação sem o ser pelos meios regulares; ofensa a direito líquido e certo e sua proteção pelo mandado de segurança.. ²⁷⁹

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 1471571/RO. Rel. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 fev. 2015.

²⁷⁶ BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, Presidência da República, 1992.

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 140254 AgR. Rel. Celso de Mello. Primeira Turma **Diário de Justiça**, Brasília, 06 jun. 1997. [PP-24876 EMENT VOL-01872-05 PP-00907].

²⁷⁸ BRASIL. MS927 - Mandado de Segurança, Extraído da fundamentação do Relator: Min. Laudo de Camargo. Brasília, 6 out. 1948, **Coletânea de Acórdãos** nº 326, p. 1.

²⁷⁹ BRASIL. MS927 - Mandado de Segurança, Extraído da fundamentação do Relator: Min. Laudo de Camargo. Brasília, 6 out. 1948, **Coletânea de Acórdãos** nº 326, p. 1.

O minerador está disposto a correr os riscos da atividade, desde que consiga precisa-los e, principalmente, tenha segurança jurídico no título obtido. Logo, deve ser ele o agente a ser protegido pela norma, já que será ele o agente transformador da realidade.

Daí, surge a essencialidade da interpretação metodológica da análise econômica do direito, pois ela permite a alocação dos custos normativos como forma de estimular ou não uma conduta.

Se analisado sob o ponto de vista do direito concorrencial, percebe-se que em determinados minérios, em especial aqueles que não dependem de muito beneficiamento e de baixo valor agregado, a implementação de uma política concorrencial garantirá que estes agentes disputem o mercado de maneira sadia, tornando eficiente e sustentável a exploração econômica.

Daí, surge a essencialidade da interpretação metodológica da análise econômica do direito, pois ela permite a alocação dos custos normativos como forma de estimular ou não uma conduta.

6 AS VÁRIAS FACES DA PROPRIEDADE

6.1 A inadequação do atual modelo posto

O primeiro requisito para se reconhecer as propostas deste trabalho é a atenção para o direito minerário como um ramo autônomo do direito, pois somente a partir desta premissa, será possível compreender a dimensão dos problemas a serem enfrentados caso este seja alocado sob o manto do direito administrativo ou mesmo ao lado do direito ambiental.

Aliás, foi um suspiro de alegria atuar no processo 0011678-28.2009.4.02.5101 (TRF2), recurso especial admitido que tratava a dualidade dos regimes jurídicos minerário e ambiental.

Sobre o tema, o próprio STJ já assinalou que há dualidade normativa e jurídica entre o direito Ambiental e Minerário, a saber:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ARTIGO 2º DA LEI Nº 8.176/91 E ARTIGO 55 DA LEI Nº 9.605/98. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.
 1. O artigo 2º da Lei 8.176/91 tipifica o crime de usurpação, como modalidade de delito contra o patrimônio público, consistente em produzir bens ou explorar matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo, enquanto que o artigo 55 da Lei 9.605/98 tipifica o delito contra o meio-ambiente, consubstanciado na extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida, sendo indubitavelmente distintas as situações jurídico-penais.
 2. Diversas as objetividades jurídicas, não há falar em concurso aparente de normas.
 3. Ordem denegada.²⁸⁰

O modelo posto, como já visto neste trabalho, enfrenta problemas de toda ordem, em especial linguísticos, que por possuir termos idênticos a de outros ramos, o direito minerário por vezes padece de significado próprio para seus conceitos.

Sobre esta natural complexidade do signo, cita-se o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca:

Cada relacionamento humano recebe inevitavelmente o influxo do tempo de sua concretização. A concepção dos seus elementos integrantes não se faz arbitrariamente, em distonia com o ambiente, quer temporal quer local. Da

²⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 35559 SP. Rel. Ministro Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 5 fev. 2007.

mesma forma que se modificam temporal e ambientalmente os elementos constitutivos concretos desse fenômeno interrelacional, assim também a evoluem as formas de qualificação jurídica desses mesmo dado de interrelação humana.²⁸¹

O reconhecimento da autonomia do direito minerário lhe permitirá uma evolução própria, com conceitos próprios, ainda que as palavras que intitulam este conteúdo já sejam conhecidos dos outros ramos do direito, termos como “propriedade”, “autorização”, “concessão”, e assim por diante.

A leitura simplificada do direito minerário, como se este fosse um adendo de outros ramos e seus conceitos uma verdadeira colcha de retalhos conduz à incerteza jurídica e a insegurança, elementos estes que na prática representam custos a afugentar quem se aventurar a atuar na mineração.

O código de Minas é datado de 1940 com redação atualizada de 1967, ou seja, uma lei que já possui praticamente 80 (oitenta) anos, devendo, por isto, ser atualizada, sendo que a partir de uma interpretação histórica²⁸², lembra-se do contexto patriótico da época.

Firme-se bem que para a atualização não é necessária uma nova lei, basta um novo intérprete, que este saiba o valor histórico da norma e a adeque à realidade vivenciada, já que a linguagem e a compreensão perfazem um dos grandes dilemas dos juristas, muitas vezes sendo elaborados complexos sistemas interpretativos, com o objetivo de compreender o alcance e sentido da norma.

A hermenêutica constitucional não é diferente, possuindo expoentes do quilate de Schleiermacher²⁸³, Richard Palmer²⁸⁴, Martin Heidegger²⁸⁵, Hans Georg Gadamer²⁸⁶, Luis Roberto Barroso²⁸⁷, entre tantos outros. Aliás, foi Hans-Georg Gadamer o responsável por sintetizar em sua obra, verdade e método, a união em

²⁸¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1.

²⁸² Sobre o tema, Bernardo Gonçalves Fernandes destaca: “Por fim, a reflexão é a de que a Constituição de 1937, que também pendia para o nacionalismo econômico, foi profundamente autoritária e de cunho corporativista, demonstrando um total desprezo pelas instituições alinhadas a um regime democrático FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Jus Podium, 2013, p. 265.

²⁸³ SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica e crítica**: com um anexo de textos de Schleiermacher sobre filosofia da linguagem. Ijuí: UNIJUÍ, 2005.

²⁸⁴ PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969.

²⁸⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Shcuback. Petrópolis: Vozes, 2005. v. 1.

²⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

²⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 149.

horizonte único de autor e intérprete.

As experiências e preconceitos vivenciados pelo intérprete compõem o sentido por este dado à norma, sendo por isto pretencioso, ou mesmo inocente, traçar linhas mestras e rígidas para um só sentido ou um só signo, como menciona Hans-Georg Gadamer:

Foi por isso que eu mantive o conceito de Hermenêutica, que o jovem Heidegger empregou, porém não no sentido de uma doutrina de método, mas como uma teoria da experiência real, que é o pensamento. Assim como as coisas - essas unidades de nossa experiência do mundo, constituídas de apropriação e significação - alcançam a palavra, também a tradição, que a nós chega, é trazida novamente à linguagem na nossa compreensão e interpretação dela. A lingüisticidade desse vir à palavra é a mesma que a da experiência humana do mundo em geral. É isso o que levou a nossa análise do fenômeno hermenêutico, finalmente, à explicação da relação entre linguagem e mundo.²⁸⁸

É natural que o jurista interprete um signo a partir da experiência já vivenciada, como um administrativista lê autorização como ato unilateral, precário e discricionário e só a barreira imposta pelo reconhecimento da autonomia do ramo garantirá serventia a modelo posto de propriedade minerária.

Cita-se João Bosco Leopoldino da Fonseca:

O estudo de uma ordem jurídica leva necessariamente à visão do Direito como fenômeno cultural e mais especificamente como fenômeno de linguagem. O direito nos aparece como palavra ao mesmo tempo racional e eficaz [...] O direito é também a criação de uma realidade, criação que se renova a cada manifestação nova do fenômeno jurídico.²⁸⁹

A questão da linguagem revela-se fundamental para a construção do 'controle mais sólido', isto porque a Constituição e a legislação utilizaram, muitas vezes, para definir elementos vinculativos da ação política, critérios fluidos, como moralidade, notório saber, reputação ilibada, que desafiam ações contraditórias. Trata-se, pois, de um problema de linguagem, que, por consequência, se opera no mundo jurídico.

Este fato se sobressalta quando se depara com a questão meramente exemplificativa dos bens públicos, haja vista que o artigo 20, I, da Constituição assim determina:

²⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 25;662.

²⁸⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Os cartéis e a concessão de serviço público de telefonia móvel no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 201–218, jul./set., 2017, p. 68.

“Art. 20. São bens da União:

I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos;”

A definição então trazida acima reforça que qualquer bem pode ser da União, basta que este lhe pertença e ou venha a lhe pertencer, como um bem particular a ser sujeito de desapropriação, ou mesmo uma herança jacente.

Dito isto, os bens listados nos incisos que se seguem pode, em hipótese, rumar ao patrimônio privado, desde que haja formalização nesse sentido, tal qual impõe a lei de licitações.

Por isto se objeta que a jazida tenha duração permanente como bem da União, não fazendo sentido, sequer de ordem prática, supor que todas as riquezas minerais já empregadas como incremento em diversos bens guardem consigo este gravame permanente.

Da mesma forma, os novos paradigmas traçados sobre a democracia e ainda e a soberania bem definem que será o povo o detentor do poder, não podendo ser suprimido pelo chamado interesse público secundário²⁹⁰.

Tome-se, a título de exemplo e de completa anomalia jurídica o artigo 42 do Código de Minas:

Art. 42. A autorização será recusada, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo. Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório.²⁹¹

Uma leitura do artigo 42 entenderá que a recusa da autorização será ato *discricionário*, já que se fala de *a juízo do Governo*, o que também mas confundir a existência de interesse público primário e secundário. Não é esta a melhor ou mesmo a leitura adequada, principalmente quando contextualizada ao regime democrático de

²⁹⁰ o interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. Deverá ele pautar todas as relações jurídicas e sociais – dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover. BARROSO, Luis Roberto. **Prefácio à obra Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 15-16.

²⁹¹ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

1.988.

O Ministro Carlos Mário da Silva Veloso, em sua obra *Temas de direito público*, preleciona que:

Os convencionais da Filadélfia tinham em mãos o Bill of Rights: constituíram um parlamento, instituíram um poder judiciário e porque não tinham um rei, porque queriam uma república, o chefe do Poder Executivo seria o presidente que o povo elegeria. Surgiu, então, o sistema presidencial de governo, em que as funções estatais – legislativa, administrativa e jurisdicional – seriam exercidas por órgãos distintos e independentes, mas harmônicos entre si. Essa harmonia é conseguida na medida em que se pratica a doutrina que os norte-americanos denominam “check and balances”, freios e contrapesos. Essa doutrina, que institui uma certa colaboração entre os poderes, e da qual resulta uma fiscalização mútua, para o fim de realizar justamente o que Montesquieu propugnava: a limitação do poder pelo poder.²⁹²

A ideia de controle, como também traz à tona o Ministro Carlos Mário da Silva Veloso ao citar Montesquieu, refere-se a impor limites ao abuso de poder:

A liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar: e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder é necessário que pela disposição das coisas o poder limite o poder.²⁹³

A atividade da Administração Federal tem por princípio fundamental o controle, que é a norma estabelecida pelo inciso V, do artigo 6º, do Decreto-Lei 200/67, sendo esta atividade considerada pelo “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder”.²⁹⁴

O inciso V do artigo 6º deve estar em consonância com o “*caput*” do artigo que determina *que* “as atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: [...] V Controle.”²⁹⁵

O controle é conceituado exatamente como uma “atividade”, e não como uma negação de atividade.

²⁹² VELOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

²⁹³ VELOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

²⁹⁴ CARVALHO FILHO, José. dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 975.

²⁹⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003].

Essa visão “positiva” de controle é confirmada pelos artigos 13 e 14. O artigo 13 mostra que “o controle das atividades” compreende a “execução dos programas e a observância das normas”, e a “aplicação dos dinheiros públicos e guarda dos bens da União”. E o artigo 14 exige “racionalização, simplificação de processos e supressão de posturas meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”, ou seja, exige “eficiência”, que é um conceito eminentemente positivo e produtivo.²⁹⁶

Trata-se assim da noção clássica que, anteparada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, garantem a eficiência (artigo 37 da Constituição Federal), e consequentemente a correção dos atos administrativos que exorbitem (e somente enquanto exorbitem) os limites traçados pela legislação.

Como bem restou frisado por Júlio Ramalho Dubeux, baseando-se na obra de Luís Roberto Barroso:

No Brasil, a modernidade corresponde, no plano jurídico, à promulgação das Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, pelas quais, não obstante o caráter autoritário das Cartas de 1937, 1967 e 1969, o Brasil passa a ter uma ordem jurídica típica de Estado Social. Na economia, o movimento do Estado se caracteriza pela forte intervenção estatal, embalada pela política de substituição de importações. É nesse período que são criadas inúmeras empresas estatais, como a Companhia Vale do Rio Doce, a Petrobrás, o BNDE (depois BNDES), a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, a Eletrobrás, a Nuclebrás, a Siderbrás, grande parte durante a Era Vargas e a maioria delas durante o Regime Militar.²⁹⁷

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello ressalva:

Aliás, cabe aqui observar que embora seja comum falar-se em ato discricionário, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns aspectos que o condicionam ou que o compõem. Com efeito, o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aos aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será “produto” do exercício dela. Então a discricção não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar.”²⁹⁸

²⁹⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003].

²⁹⁷ DUBEUX, Júlio Ramalho. *A Comissão de Valores Mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do Mercado de Capitais brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006. p. 23.

²⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1992, p. 18.

É tão valiosa esta menção, que a partir de sua aplicação, pode-se justificar a chamada teoria dos motivos determinantes, o que se verifica na conceituação do Ato Administrativo, como decorre da lição de André de Laubadère:

O ato administrativo pode ser ilegal porque os motivos alegados pelo autor não existiram, na realidade, ou não têm o caráter jurídico que o autor lhes emprestou; é a ilegalidade por inexistência material ou jurídica dos motivos (considerada, ainda, erro de fato ou de direito).²⁹⁹

É válido também o conceito de Odete Medauar:

A doutrina contemporânea vem afirmando que, no geral, no cotidiano das atividades administrativas, são poucas as situações de vinculação pura e discricionariedade pura, daí ser insuscetível a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário. Melhor parece levar em conta o aspecto predominante no exercício do poder, mencionando-se decisão ou medida que predomina o poder vinculado ou o poder discricionário.³⁰⁰

Portanto, “a Juízo do Governo” é uma expressão que deve ser lida em sua inteireza, já que possui notadamente conteúdo econômico, vindo à reboque, os artigos 20 e 26 da LINDB:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo: (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, **eficiente** e compatível com os interesses gerais;³⁰¹ (grifo nosso).

Não há como pensar em *discricionariedade* ou mesmo em *expectativa de direito*, quando houve investimentos por parte do minerador, e, sendo a eficiência um

²⁹⁹ LAUBADÈRE, André de. **Droit public économique**. Paris, FR: Dalloz, 1976, p. 90.

³⁰⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 126.

³⁰¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, Presidência da República, [2018].

princípio positivado, deve ele sempre estar inserido no discurso, revelando-se um inadequado entender o direito minerário como um anexo de outros ramos do direito.

Diante disto, o novo modelo sugerido possui premissas e conceitos distanciados dos que atualmente lhe prestam a doutrina e a jurisprudência, podendo ser assim sintetizado.

Primeiramente, a expressão constitucional havida, seja no artigo 20, IX, seja no artigo 176, diz respeito à *recurso mineral*, isto é, o Mineral enquanto empregado em determinada atividade econômica, ou seja, já localizado.

O mineral remoto, ocioso, aquele ainda não localizado e, portanto, ainda não em jazida é e sempre será do proprietário, tratando-se assim do subsolo de sua propriedade, que este perderá, caso seja localizada a jazida por outra pessoa, sendo esta, por definição legal, um bem imóvel distinto do subsolo.

A jazida poderá ser pública ou privada, e assim se define se esta foi ou não transformada em mina, a pedido do minerador. Isto porque caso o minerador tenha o requerimento indeferido, a par do artigo 42 do Dec. Lei 227/67, haverá a indenização desta integralmente pela União, assumindo então a Jazida a afeição de domínio público, para depois eventualmente em caso venha a ser explorada ser licitada, atendendo assim aos requisitos do direito Público.

Não há como interpretar de maneira diferente o ora posto, haja vista que as particularidades do direito Minerário impedem um conceito inteiramente satisfatório, quando se imagina a riqueza mineral como bem público sob regime de concessão.

Na verdade, deve-se separar o bem da atividade, aquele é privado, posto que a jazida é obra da atividade inventiva do minerador que realizou as pesquisas necessárias ao seu “descobrimento”, atendendo notoriamente ao artigo 8º da Lei Federal nº 9.279/96, sendo a lavra as operações coordenadas para a exploração da jazida.

Porém, a exploração deste bem pode colidir com interesses públicos momentâneos, como a construção de uma rodovia, sendo então o pedido de concessão (poder de polícia) negado, com base no já referenciado artigo 42.

O título de concessão não terá, por isso, natureza contratual do direito administrativo, mas será mero ato de consentimento à exploração daquela riqueza do particular, tal como no exercício do poder de polícia.

A interpretação aqui apresentada vai ao encontro do artigo 31 do Dec. Lei 227/67 que autoriza a negociação do direito à concessão, a partir da aprovação do

relatório de pesquisa, sendo que é neste momento, justamente, que se tem o reconhecimento da jazida, a par do artigo 30, I, do mencionado Decreto Lei.

Obviamente que o minerador só poderá negociar aquilo que lhe pertence e possui expressão econômica, ou seja, a jazida, ainda que não em lavra, já que é aquela a síntese do direito material e patrimonial existente.

6.1.1 A necessária segurança jurídica da produção mineral

Dos votos de Ministros³⁰² presentes no plenário do STF, extraímos o entendimento jurídico inequívoco quando externado sobre o direito de propriedade do concessionário mineral citado no art. 176 da CRFB/1988³⁰³, que se diferencia da propriedade dos recursos minerais petróleo e gás.

Toda o entendimento jurídico do julgamento da ADI foi conduzido a partir da diferenciação do direito de propriedade dos produtos minerais a que se referem os artigos 176 e 177 da CRFB/1988. A orientação jurídica resultante da discussão não pode ser negligenciada e inobservada pela administração pública direta e indireta de

³⁰² Min. Marco Aurélio: Da mesma forma, não cabe argumentar que o artigo 176, que prevê a possibilidade de o concessionário ficar com a propriedade da lavra dos recursos minerais, também se aplica ao petróleo. Esse tipo de interpretação mostra-se impossível e iguala-se a dizer que verde é amarelo.

Min. Carlos Velloso: Caindo essa impossibilidade de aplicação ao petróleo da parte final do art. 176 da Constituição Federal, ter-se-á legítima a aplicação ao petróleo da regra constitucional que assegura ao concessionário dos direitos de lavra a propriedade do produto extraído.

Min. Joaquim Barbosa: O que se impugna na presente ação é precisamente o fato de que a lei confere ao empreendedor privado, o concessionário, a propriedade do produto extraído. Mas isso, digo eu, além de expressamente autorizado pela parte final do caput do art. 176 da Constituição federal, é da própria essência da concessão.

Min. Cesar Peluzo: Volto a dizer. Os enunciados do artigo 20, incisos V e IX, da Constituição, não têm caráter absoluto, porque já, de início, o caput do artigo 176, enunciando também o monopólio, abre uma exceção expressa, garantindo à concessionária a propriedade do produto da lavra - de acordo com a Emenda Constitucional nº 6.

Min Gilmar Mendes: Parece-me que aqui é elementar, com a própria discussão do direito de propriedade como bem destacado pelo Ministro Eros Grau, falando com uma certa radicalidade na verdade, trata-se de a propriedade ser o que a lei vier a dizer que é. De qualquer sorte, aqui há um núcleo essencial, e o texto, de certa forma, define-o.

Min. Sepúlveda Pertence: Objetou-se que aqui se vedava toda modalidade de participação; mostrou, a meu ver, contudo, com grande clareza, o voto do Ministro Velloso que, eliminada essa proibição de participação, passou a incidir a ressalva feita a propósito dos minerais em geral, de que o art. 176, em cujo universo normativo, em princípio, se compreende o petróleo, salvo o que houver de excepcional no art. 177, destinado, especificamente, à lavra e à exploração dele.

Min. Nelson Jobim: No caso do artigo 176, sim. Ali diz: "garante-se ao concessionário a propriedade do produto da lavra". Nos casos do artigo 177 poderá ser isso ou poderão ser outras alternativas que a lei fixar.

³⁰³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

qualquer dos poderes da República.

A conclusão publicada na emenda do acórdão da ADI 3.273/DF, não deixa qualquer dúvida sobre a decisão judicial: “A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada”³⁰⁴

Após o julgamento da ADI 3273/DF, nem se pode nem aventar uma interpretação apenas literal da decisão de modo que se possa extirpar do texto publicado uma compreensão racional, como o que atribuisse a transferência da propriedade do recurso mineral apenas após a sua extração física.

Daí, sendo a concessão uma outorga de natureza vinculada, a qual tem por base a autorização de pesquisa, resta indubitável que este bem definido no relatório integrará o patrimônio do minerador para a exploração após, e tão e somente, a obtenção da Autorização de Pesquisa. Contudo, a exploração econômica somente será viabilizada com a concessão de lavra, a qual somente poderá ser negada caso haja interesse econômico da nação superior ao já demonstrado tecnicamente no procedimento minerário.

Não se pode duvidar que caminhou bem o STF no referido julgamento, rivalizando bem o que é monopólio (artigo 177)³⁰⁵, para o que é propriedade sobre o insumo (artigo 176³⁰⁶).

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.273. Rel. Min. Carlos Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 2 mar. 2007. [Certidão de julgamento da sessão do dia 16.03.05].

³⁰⁵ Art. 177. Constituem monopólio da União: - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

³⁰⁶ Art. 176. 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. § 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. § 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. §3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia

O artigo 177 define o exercício com exclusividade de uma atividade econômica, enquanto o artigo 176 prevê a ampla concorrência entre os particulares, sendo, contudo, necessária a concessão de lavra para a obtenção do insumo essencial a tal exercício.

Comumente, a concessão de bem público pode ser compreendida como consentimento do Poder Público para o uso extraordinário de seu bem³⁰⁷, instrumentalizada via contrato.

Mas, sob a ótica contratual e concorrencial, este contrato se levado em consideração o sentido civilista do termo, mais se igualaria ao contrato conhecido como *Production Sharing*³⁰⁸, o que não se demonstra adequado, pois não há monopólio de atividade na exploração mineral.

Com a contrastante fronteira traçadas do conceito de atividade exercida em grau de exclusividade, monopólio, para o a titularidade sobre o um determinado bem, percebe-se que o regime mineral inorgânico não depende da instrumentalização do *production sharing* ou de uma *joint-venture* para a sua implementação.

O conceito de concessão aqui está então vulgarizado para uma mera formalização por parte da Administração Pública, por meio de um ato vinculado, da obtenção por um terceiro de explorar economicamente um determinado bem, jazida.

anuência do poder concedente.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018].

³⁰⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello bem define que: Além do uso comum dos bens de uso comum, isto é, deste uso livre, podem ocorrer hipóteses que alguém necessite ou pretenda deles fazer usos especiais, ou seja, que se afastem das características dantes apontadas, por implicarem sobrecarga do bem, transtorno ou impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros ou ainda por demandarem até mesmo o desfrute com exclusividade no uso sobre parte do bem. Em tais situações, ora é indispensável (a) a prévia manifestação administrativa concordante (autorização de uso ou permissão de uso), ora será necessário (b) dar prévia ciência à Administração que se pretende fazer determinada utilização de um certo bem de uso comum, para que o Poder Público possa vetá-la, se for o caso. Com efeito, nesses casos não se estará ante o uso comum, mas ante usos especiais. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 793-794.

³⁰⁸ Sobre o tema, sugere-se a leitura de: MORA CONTRERAS, Jesús. Contratos de Exploración y Producción de Petróleo: el Contrato de Producción Compartida (Oil Exploration and Production Contracts: Production Sharing Agreement). **Encyclopédie de l'énergie**, 1 June 1, 2014.

6.1.2 Uma nova proposta para a propriedade mineral

As propostas ora apresentadas para a propriedade mineral partem do núcleo duro comum da incompletude do atual modelo posto e da necessidade de aprofundar e adequar a propriedade mineral a um novo conceito de propriedade.

O modelo padronizado e fechado do Código Civil, em especial artigo 98, não é satisfatório para definir e preencher o conteúdo da propriedade mineral, já que este bem não pode ser alocado como bem de uso comum, bem de uso especial ou bem dominical, de forma isenta a críticas ou mesmo juridicamente adequada.

Ademais, a própria disposição constitucional de inserir os recursos minerais como bens da União, artigo 20, IX, e ainda o contraponto existente no artigo 176, com auxílio do 20,§1º, todos da Constituição, permitem a aplicação de uma metodologia de interpretação que abrace a todos os conceitos, sem amputar-lhes o sentido.

Daí, para este trabalho, parece adequado compreender que o bem mineral, assim compreendido como matéria e substância será considerado como bem da união quando ainda não encontrado ou não pendente sobre este a concessão do título mineral, isto porque a riqueza mineral é diferente de bem mineral.

A riqueza é termo empregado para a geração de receita, evidentemente existente quando há valor agregado, tratando-se de notória vinculação do bem (matéria) a determinada atividade, parecendo por isto adequado tratar a mina como um invento.

Nas palavras de Leonardo Poli:

Pelo princípio da funcionalidade do direito subjetivo autoral, a criação intelectual não é tutelada apenas pela força normogenética da autonomia individual de seu criador (situação subjetiva), mas também porque interessa à sociedade a tutela de suas consequências sociais, econômicas, políticas e normativas (situação objetiva).³⁰⁹

As palavras do professor Poli servem como uma perfeita base para se erigir a proposta desse trabalho, haja vista que a funcionalidade do direito minerário interessa a toda sociedade a tutela social, econômica, política e normativa desse direito.

³⁰⁹ POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito Autoral)- Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 421.

Sobre o tema, Alfredo Ruy Barbosa destacou no parecer nº GQ – 129 da AGU:

30. Anote-se, ainda, para melhor avaliação do presente caso, que a descoberta de uma jazida mineral configura uma invenção, no sentido de criação de um bem jurídico que antes não existia. Essa descoberta assegura ao pesquisador um direito de prioridade à exploração exclusiva da jazida, nos termos do art. 11 do Código de Mineração. (grifo nosso).³¹⁰

Sobre o tema, cita-se a Lei Calógeras:

Art. 12. Considera-se inventor da mina quem faz as pesquisas, aquelle por cuja ordem foram feitas ou, na falta de qualquer desses, a pessoa que primeiro tiver feito, á autoridade judiciaria da comarca em que estiver sito o descoberto, comunicação minuciosa sobre a existencia do mineral em sua jazida natural e a possibilidade de o lavrar.³¹¹

Na histórica obra “A propriedade das Minas, estudo de direito administrativo, o autor Dr. Antonio Herculano de Souza Bandeira, expõe:

As minas não se descobrem hoje ao acaso; os conhecimentos scientificos sorprederam o meio de denunciar-lhe a existência, pelo estudo dos signaes exteriores que apresentam as terras onde ellas se escondem. Quanto maiores forem os incentivos que o Estado oferecer nesse sentido, tanto mais se desenvolverá a cubiça dos exploradores; e os proprietários, que na actualidade não exploram, nem deixam explorar as minas existentes nas suas terras, se apressarão em fazel-as procurar e analysar, afim de obter a concessão, antes que um hábil explorador venha castigar-lhes a inercia, ganhando sobre eles a precedência. [...]

As duvidas podem surgir frequentemente sobre a necessidade de concessão para o trabalho de mineração, e nenhum proprietário de terras sabe com segurança quaes minas de que é senhor e de quaes não é. Semelhante indecisão em um paiz abundante de riquezas mineraes depõe contra o zelo da nossa administração, mormente quando há uma autorização, concedida há 17 annos, para se resolver a duvida por meio de classificação das minas de qualquer natureza existente na superfície ou no interior do solo, e consequentemente determinação da fórmula e condições das que forem susceptíveis de concessão.

Indicamos essas questões sem resolver-as, porque não temos a pretensão de influir na solução delas, e, terminando nosso modesto trabalho, repetiremos a declaração com que rematamos o primeiro artigo, e é – que nenhum outro intuito nos preocupou neste assumpto sinão a defesa da propriedade pública.³¹²

³¹⁰ BRASIL. Advocacia-geral da União. **PROCESSO: Nº 48000.001810/96-52 - Parecer nº GQ - 129.** Brasília: AGU, 21 ago. 1997.

³¹¹ BRASIL. **Decreto n. 2.933, de 6 de janeiro de 1915.** Regula a propriedade das minas. Rio de Janeiro, Presidência da República, 1915.

³¹² BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. **Estudo de direito administrativo: a propriedade das minas.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885, p. 75.

A referida obra ainda referencia que o direito de marcas e patentes seria relevante repositório para a análise dos direitos das minas, tratando o minerador/descobridor como um inventor, a quem é conferido o monopólio legal para a exploração econômica do invento.

De fato, a utilização do direito marcário para a solução do problema minerário poderá elucidar algumas questões polêmicas.

A atividade inventiva é, sem dúvidas, uma força motriz para a sociedade, garantindo-se que esta goze e compartilhe de melhor condição de vida, a partir da evolução e especialização das atividades econômicas. Sobre o tema, cita-se Marlon Tomazette:

A arte de inventar é uma das mais importantes fontes de inovação que permitem o desenvolvimento da sociedade. Sem as invenções a sociedade não estaria tão evoluída, ela não teria chegado ao presente nível de desenvolvimento, sobretudo, econômico. Nas atividades econômicas em geral, a atividade inventiva do homem foi e é essencial para o desenvolvimento, isto é, sem as invenções a economia não teria se expandido da maneira que o fez.³¹³

E, da mesma forma que há, a partir da consecução do monopólio de exploração econômica da patente, da marca ou do desenho industrial o fomento da atividade inventiva, tal fato será um relevante substrato, normativo e econômico, para o fomento da atividade minerária.

Nesse sentido, outro termo dever ser desmistificado que é “descoberta” da mina, como se tal fato decorresse de um evento aleatório, por sorte. Sobre o tema, cita-se Ricardo Dutra, engenheiro de minas, no trabalho: *Mineração: atividades e responsabilidades*:

A pesquisa mineral compreende, entre outros, trabalhos de campo e de laboratório, tais como levantamentos geológicos pormenorizados da área a pesquisar, em escala conveniente, estudos dos afloramentos e suas correlações, levantamentos geofísicos e geoquímicos de detalhe, abertura de escavações visitáveis e execução de sondagens no corpo mineral, amostragens sistemáticas, análises físicas e químicas das amostras e dos testemunhos de sondagem, ensaios exploratórios de beneficiamento dos minérios ou das substâncias minerais úteis, para obtenção de concentrados de acordo com as especificações do mercado ou aproveitamento industrial.³¹⁴

³¹³ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário, São Paulo: Atlas, 2013, p. 178. v.1.

³¹⁴ DUTRA, Ricardo. **Mineração**: atividades e responsabilidades. [Belo Horizonte]: APEMI, 2019, p. 4

Sobre o tema, o próprio Ministério do Meio Ambiente, (MMA), dispõe em seu Manual de normas e procedimentos para Licenciamento Ambiental no Setor de Extração Mineral que:

Na pesquisa mineral de áreas específicas, alguns métodos de investigação podem trazer impactos ambientais, de pequena monta, como é o caso dos métodos geofísicos sísmicos e mesmo a topografia convencional, devido a necessidade de abertura de clareiras lineares na vegetação ou a instalação de geofones.

A sondagem geológica com coleta de amostras, entretanto, é necessária para que se tenha o real conhecimento da composição química e mineralógica do jazimento. Neste caso, esta operação é realizada com utilização de bacias de decantação e recirculação de águas de perfuração, de lamas biodegradáveis (a base de celulose) e de sistemas de separadores óleo água (SAO) transportáveis, (caixas pré-fabricadas móveis SÃO), para tratamento prévio dos efluentes das bacias de decantação.³¹⁵

Trata-se assim de atividade elaborada, científica e com metodologia fundamentada, sendo indevido atrelar a descoberta da mina, como se tal evento fosse aleatório.

E, necessariamente, o emprego de recursos para o descobrimento de uma mina geram custos, despesas estas que não possuem naquele momento receitas para compensá-las, já que ainda não se possui a concessão de lavra e, provavelmente, também não há licença de operação.

Obviamente que, por ser atividade econômica, há o inerente risco da mina ser economicamente inviável, o que representará a absorção do prejuízo pelo minerador, porém, este risco jamais poderá estar atrelado à discricionariedade, ao alvitre da Administração Pública, sob risco de haver uma sobreposição do interesse público, secundário, sobre o interesse público primário, o que caracteriza uma acintosa violação as prerrogativas da atividade pública, sendo assim destacado pelo Ministro do STF, Luís Roberto Barroso:

o interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. Deverá ele pautar todas as relações jurídicas e sociais – dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover.³¹⁶

³¹⁵ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Manual de normas e procedimentos para licenciamento ambiental no setor de extração mineral**. Brasília: MMA, ago. 2001.

³¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Prefacio à obra Interesses públicos versus interesses privados**:

Portanto, não há mérito administrativo, oportunidade e conveniência, na concessão de uma portaria de lavra, trata-se de requisitos taxativamente impostos que impedem a existência de discricionariedade sobre o título.

Como já destacado, o código de minas estabelece, no artigo 17, que: “Art. 17. Será indeferido de plano pelo Diretor-Geral da ANM o requerimento desacompanhado de qualquer dos elementos de instrução referidos nos incisos I a VII do artigo anterior.”³¹⁷

Trata-se, portanto de ato vinculado, não estando ao alcance da oportunidade e conveniência do *Diretor Geral da ANM*, já que a lei estabelece em rol taxativo as hipóteses de indeferimento. Destaca-se ainda, que pela própria ordem numérica do Código de Minas, a autorização já contém em si

III - designação das substâncias a pesquisar; (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

IV - indicação da extensão superficial da área objetivada, em hectares, e do Município e Estado em que se situa; (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

V - memorial descritivo da área pretendida, nos termos a serem definidos em portaria do Diretor-Geral do DNPM; (Incluído pela Lei nº 9.314, de 1996)

VI - planta de situação, cuja configuração e elementos de informação serão estabelecidos em portaria do Diretor-Geral do DNPM; (Incluído pela Lei nº 9.314, de 1996)

VII - plano dos trabalhos de pesquisa, acompanhado do orçamento e cronograma previstos para sua execução. (incisos, art. 16)³¹⁸

Trata-se, portanto de afetação que já municia o minerador de direito subjetivo à mina, estando o proveito econômico da jazida intrinsecamente ligada a apresentação do plano, não se tratando de expectativa de direito, mas de riqueza mineral positivada no mundo dos fatos e do direito.

O minerador, neste momento, apenas não goza da possibilidade de vender a terceiros esta riqueza mineral, mas já possui legítimo direito de posse e de propriedade sobre este bem.

A contínua leitura do Código de Minas conduz a esta assertiva, já que o pedido de Concessão de Lavra deve ser municiado com o plano de aproveitamento econômico da jazida, ou seja, a quantidade da riqueza a ser explorada já é de

desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 15-16.

³¹⁷ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

³¹⁸ BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017].

conhecimento prévio ao pedido da concessão.

E, tal fato, tem uma razão econômica de ser, os investimentos, os riscos são sempre mensurados pelo minerador, despertando interesse de prospecção a mina que é potencialmente viável, sob o aspecto econômico.

Só haverá pedido de autorização e, posteriormente de concessão, se a mina contiver riqueza que assim justifique, e somente haverá descobrimento de riqueza mineral, se o minerador estiver incentivado a proceder com estas investigações.

Daí, o ao se falar indenizações no artigo 42 do atual Código de Minas, a qual pressupõe que economicamente a lavra se mostrou inviável por opção de governo, nesta deverá estar compreendida as compensações financeiras pela perda do mineral, e não somente os custos para a “descoberta”.

Ao nosso auxílio, o artigo 402 do Código Civil preceitua que: “Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.³¹⁹

Por terem, a autorização de pesquisa e a concessão de lavra, natureza de ato vinculado e por ser tal pedido municiado pela justa e científica expectativa econômica da jazida, deve esta compor o patrimônio do minerador para fins de indenização, caso se aplique o artigo 42 do Código de Minas.

Não resta, portanto, dúvidas que o *produto da lavra* que alude o artigo 176 da CR/88 refere-se ao mineral enquanto empregado na atividade econômica, sendo que para todos os fins, a transferência deste para o patrimônio do minerador, ainda que em justa expectativa, se dará com a autorização de pesquisa e a aprovação do respectivo relatório.

O conceito de propriedade mineral então que se propõe é o pertencimento desta para o Minerador, a partir da outorga da autorização de pesquisa e da respectiva aprovação do relatório, devendo o montante definido no estudo compor a eventual indenização do Minerador em caso de aplicação do malsinado artigo 42 do Código de Minas, utilizando-se, como substrato normativo a legislação da Nova Zelândia, repete-se:

- (c) a permit shall be treated as property for the purposes of the Protection of Personal and Property Rights Act 1988; and
- (d) a permit is personal property for the purposes of the Personal Property

³¹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. [2015].

Securities Act 1999.

Sob a perspectiva do lucro, pode-se conceituar que:

A jazida mineral descoberta é um bem que será transacionado internamente à empresa, como produto final da atividade de exploração e insumo básico do processo de produção. **É necessário que a atividade de exploração, que tem como missão disponibilizar a jazida mineral à área de produção, tenha reconhecida a receita de sua descoberta, na forma do ativo jazida, para que se possa, à tal receita, contrapor-se os custos correspondentes para efeito de determinação de sua contribuição ao resultado global da organização.** A atividade de produção consumirá este ativo. Disponibilizará o produto final exaurindo a jazida. A exaustão, consumo presente de parte do estoque de serviços representado pelo ativo, tem por objetivo fornecer um custo a ser contraposto às receitas da atividade de produção, para se determinar sua efetiva contribuição ao resultado global da empresa, a utilidade ou riqueza adicionada pela atividade através do processo de produção³²⁰ (grifo nosso)

Da mesma forma, o anúncio ao mercado sobre o descobrimento de uma jazida deve ser entendido como *duty of disclosure*, já que esta descoberta, ainda que em potência, influenciará a cotação das ações daquela empresa, caso sejam estas negociadas em bolsa.

Veja-se que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), define como fato relevante:

Art. 2o Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembléia geral ou dos órgãos de administração da companhia
qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável:
Parágrafo único. Observada a definição do caput, são exemplos de ato ou fato potencialmente relevante, dentre outros, os seguintes:
XX - descoberta, mudança ou desenvolvimento de tecnologia ou de recursos da companhia;³²¹

E, sobre o tema descoberta de reserva mineral, pode-se inferir que para a CVM, ainda que não haja a exploração efetiva do recurso mineral, a sua mera “descoberta” já é capaz de influenciar na cotação da ação das sociedades empresariais.

O Processo Administrativo Sancionador CVM nº SP2013/0094 apurou a responsabilidade de Iwao Jouti pela operação de compra e venda de ações e opção

³²⁰ ALENCAR, Fábio Gilberti de. A descoberta de uma jazida mineral: uma abordagem de gestão econômica. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 6., 1999. São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: CBC, 1999, p. 18-19.

³²¹ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM n. 358, de 3 de janeiro de 2002.** [Brasília]: CVM, 2002.

de compra em curto espaço de tempo, *short-swing*, quando este exercia o cargo de Gerente de Completação da OGX, em operação assim descrita:

Entre a noite de 31/1/2012 e a manhã de 1/2/2012, a OGX divulgou Comunicado ao Mercado e Fato Relevante, com os seguintes conteúdos, respectivamente:

i) “OGX anuncia primeiro óleo no teste de Longa Duração (TLD) em Waimea na Bacia de Campos”; e

ii) “OGX confirma reservatório do Pré-Sal em águas rasas com hidrocarbonetos na Bacia de Santos”.

Após a análise dos fatos, a SMI concluiu que Iwao teria operado nessas duas ocasiões de posse de informação relevante ainda não divulgada ao mercado, e apontou, de maneira geral, os seguintes indícios da conduta irregular:

i) tais notícias seriam relevantes para uma empresa exploradora de petróleo em fase pré-operacional.

ii) por ser funcionário da Companhia e especialista na área de completação, além de ter, inclusive, trabalhado em um dos poços a que se referiam os anúncios, teria acesso a informações ainda não divulgadas e condições de avaliá-las e concluir pela sua relevância.

iii) a atipicidade das negociações, uma vez que o Acusado nunca havia operado com ações ou opções e investiu, em operações arriscadas, altos valores em relação ao seu patrimônio (R\$1.051.859,00, aproximadamente 20% do seu patrimônio total declarado).³²²

Dada a volatilidade do mercado, a divulgação da existência de reserva mineral consiste em fato relevante dotado sim de expressão econômica capaz de influenciar na cotação da ação, sendo por isto contraditório e insubsistente imaginar que o agente econômico minerador somente agrega o seu patrimônio do mineral, após a obtenção da concessão de lavra e o início da exploração econômica.

Daí, a expressão econômica que a reserva mineral dá lastro, ainda que forma indireta, pode e deve ser objeto de indenização governamental quando a exploração da riqueza seja negada, por motivo de ordem governamental, já que se trata, como o visto, de ato vinculado, a admitir a sua negativa somente por hipóteses legais, e não por conveniência e oportunidade.

Ainda sobre o tema, no já referenciado parecer de Alfredo Ruy Barbosa, percebe-se que os termos concessão e propriedade são, senão, compreendidos pela ótica do direito minerário, como duas faces de uma mesma moeda, haja vista que são diferenciados em aspectos mínimos:

Essas diferenças entre a propriedade privada e a concessão de lavra são pequenas, porque, tal como foi exposto, a Constituição e o Código de Mineração, ao separar a propriedade mineral da do solo, e submeter a exploração à concessão federal, não tem por objetivo transferir para a União

³²² COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Processo Administrativo SANCIONADOR CVM SP2013/94 Reg. Col. 0191/2016**. [Brasília]: CVM, 2016.

os benefícios econômicos da exploração. Esses benefícios continuam inteiramente da empresa de mineração. A finalidade da legislação é apenas assegurar a máxima utilização dos recursos minerais, evitando que o proprietário privado possa imobilizá-los, pela não exploração, e assegurar ao Governo instrumentos jurídicos eficientes para exercer a sua fiscalização e evitar a destruição ou o mau uso dos recursos minerais do País [...]³²³

Pontua ainda o parecerista que o concessionário de lavra possui os mesmos atributos daqueles existentes no código civil, a saber: (a) usar, (b) gozar, (c) dispor e (d) reaver.

Em que pese os sólidos fundamentos, discorda-se em parte dessa tese, haja vista que, como já pontuado, o bem em comércio possui interesse público na sua circulação e venda, o que afasta, no nosso sentir a conotação extremamente civilista da propriedade.

A propriedade é sim um feixe de diferentes formas de direitos e pode se manifestar com a reunião ou não dos requisitos que lhe exige o código civil, atenuando-se ou até mesmo suprimindo um destes requisitos quando contextualizada a ramo jurídico específico.

De todo o trabalho exposto neste tópico, concorda-se que a atividade minerária possui traços simétricos à invenção, ou mesmo da novidade que permeia o direito autoral, sendo que, ao contrário do que expõe a doutrina contemporânea, discorda-se do momento de transferência da propriedade para o minerador.

Preferiu o parecerista conferir este título de propriedade ao concessionário, ou seja, aquele que já detém o título de concessão, o que no sentir deste trabalho pode e deve ser ultrapassado, já que a aprovação do estudo econômico durante a autorização de pesquisa (e por isto antes da concessão) já afeta aquela área e garante ao minerador justa e legítima apropriação sobre os recursos minerais, inclusive e especialmente para indenização.

Pensar que somente o concessionário é o proprietário e, pior, que adquire a propriedade após a extração da riqueza mineral gera incerteza para o setor, uma vez que o bem já localizada e aprovado não integra o patrimônio deste, sendo este fato contraditório e incoerente à realidade vivida, dado o notório valor econômico que há no descobrimento de uma mina.

³²³ BRASIL. Advocacia-geral da União. **Processo: nº 48000.001810/96-52 - Parecer nº GQ - 129.** Brasília: AGU, 21 ago. 1997.

Ademais, os próprios investimentos na elaboração dos estudos desta, durante a fase de autorização, somente se justificam com a expectativa legítima e justificada do proveito econômico a ser angariado pela exploração, *maximização de lucro*, sendo contrário à lógica econômica capitalista supor que o minerador investirá neste trabalho, caso tenha risco de somente ser indenizado pelos custos envolvidos, caso a concessão seja negada.

Revela-se então insatisfatório o conceito de obtenção da propriedade sobre o mineral após a obtenção da concessão, preferindo-se que haja a incorporação ao patrimônio do minerador, os proveitos econômicos já identificados no estudo realizado e aprovado pela autoridade de governo.

6.1.3 A mineração como expressão máxima do interesse nacional

A todo o momento, defendeu-se nesse trabalho a neutralidade e a segurança jurídica como pilares para o desenvolvimento da atividade minerária e de tal premissa não se furta.

Contudo, é também necessário ultrapassar a eventual superficialidade do raciocínio neo-liberal para enfrentar as questões sociais e econômicas que assolam nossos país, princípios estes que o direito econômico enunciam como concretude e singularidade.

Dá ser imperiosa a contextualização deste trabalho na propriedade mineral existente no Brasil e na complexidade que esta enuncia.

Sobre o tema, os professores Gustavo Henrique de Almeida e Rodrigo Almeida Magalhães pontuam:

As concepções jurídicas positivistas de caráter neutro e objetivo serviram e ainda servem aos auspícios econômico-liberais. Nesse cenário, o direito cumpriria a mera função de estabelecer as regras de um jogo no qual aqueles que produzem, fazem-no para manter o status quo, a pretexto de que as normas claras e a mínima intervenção do Estado representariam um respeito às liberdades individuais. Sob outro olhar, a intervenção estatal na economia, especialmente em razão de interesses sociais, representaria em termos econômicos uma ameaça à eficiência do mercado à liberdade do indivíduo.

[...]

Mais ainda, é indispensável criticar o papel do jurista. Anteriormente, voltado para a normatividade, atuando com austera cientificidade e neutralidade, o jurista deve hodiernamente agir com atenção à realidade socioeconômica-ambiental para qual essa normatividade está voltada. O positivismo jurídico garantiu a segurança e a estabilidade do sistema econômico com um conjunto de normas sistematizadas, objetivas e neutras, que conduziram a

uma redução irreal do direito à mera norma.³²⁴

No recente estudo divulgado pela revista *Journal of Environmental Science and Engineering*, apurou-se que

a média de IDHM dos municípios brasileiros é de 0,659, enquanto que nos municípios mineradores do Pará o indicador está em 0,670. O IDHM dos municípios que possuem atividade mineral é maior que o de 93% dos demais municípios paraenses; ou seja, onde não há a presença da mineração. Em Minas Gerais, o número é ainda maior: o IDHM é de 0,731 nos municípios com atividade mineral, superando o indicador de 91% dos municípios do estado que não têm atividade mineral.³²⁵

Da mesma maneira Maria Helena Rocha Lima e Nilo da Silva Teixeira, pontuam que:

Os custos e benefícios que a atividade de mineração de grande porte pode gerar sobre as comunidades locais e a melhoria das relações entre as empresas e os municípios são temas cada vez mais importantes, na medida em que se exige cada vez mais maximizar os benefícios sustentáveis da mineração, tanto nos países desenvolvidos como nos em desenvolvimento. Atualmente existe o consenso que as empresas de mineração devem ter em suas listas de prioridades a eliminação de seus possíveis efeitos prejudiciais aos ecossistemas frágeis e efeitos sociais negativos sobre as comunidades locais.³²⁶

E, neste cenário de importância econômica e social, a sociedade empresarial que se dispõe a atuar nesta relevante atividade, está sujeita à inúmeras intempéries, como divulga da renomada *Pricewaterhouse Coopers, PWC*, no evento conhecido como *Mining day*, divulgou-se que este agente econômico possui as seguintes contingências:

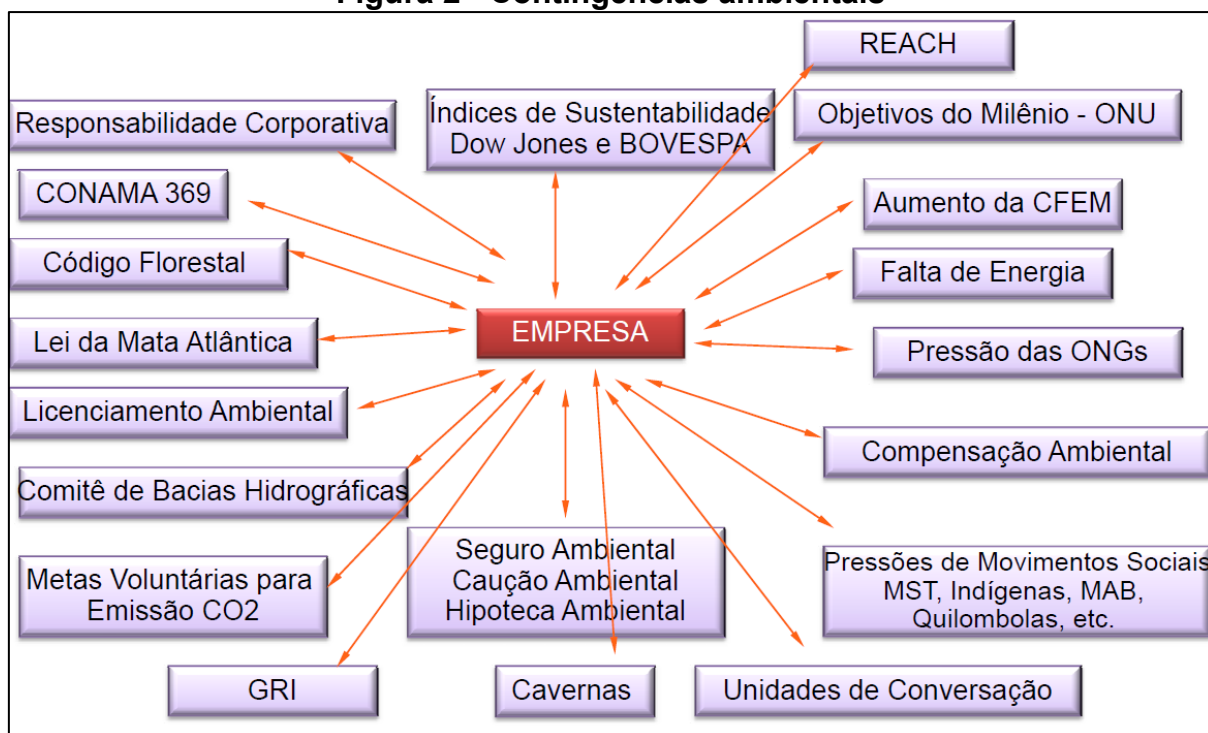
³²⁴ ALMEIDA, Gustavo Henrique de; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Teoria da recuperação sustentável do devedor não empresário**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 98-99.

³²⁵ VILLELA, Marcelo. **Estudo revela ligação entre mineração e IDH de municípios no Brasil**. [S. l.]: Minning, 2018.

³²⁶ LIMA, Maria Helena Rocha; TEIXEIRA, Nilo da Silva. **A contribuição da grande mineração às comunidades locais: uma perspectiva econômica e social**. Rio de Janeiro: CETEM - Centro de Tecnologia Mineral, 2006.

Ambientais:

Figura 2 - Contingências ambientais



Fonte: (MANCIN, 2012).³²⁷

No documento intitulado *Plano Nacional de Mineração 2030*, o Ministério das Minas e Energia estabelece objetivos para a mineração, destacando-se:

A boa governança pública exige uma efetiva articulação tanto interministerial como entre os entes da Federação, além da inclusão do setor privado e da sociedade civil. A governança do setor mineral abrange aspectos relativos à estrutura organizacional que comportam desde a gestão da política mineral à elaboração e implementação de marcos legais, bem como à sua regulamentação. Uma boa governança é pré-condição para a construção e manutenção de um ambiente institucional favorável à atração de investimentos. Em suma, a boa governança é o requisito que garante a realização dos demais objetivos estratégicos deste Plano.³²⁸

Logo, a defesa da estabilidade e segurança jurídica na mineração ultrapassam, a nosso sentir, o viés neo-liberal de não intervencionismo, ao contrário, é na ausência ou omissão do estado que se manifestam os maiores riscos e custos da mineração, entre estes a incerteza, a corrupção e ainda a arbitrariedade, sendo necessário trazer luz para este ambiente.

³²⁷ MANCIN, Rinaldo. **O ambiente da mineração no Brasil**: Mining Day PwC. [S. l.]: PCW, set. 2012.

³²⁸ BRASIL. Ministério Minas e Energia. **Plano Nacional de Mineração 2030**: geologia, mineração e transformação mineral. Brasília: MME, maio 2011.

Sobre o tema, faz-se o destaque do Decreto Legislativo n. 757, da República do Peru que assim define:

Artículo 2.

-El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.

Artículo 3.

-Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes

Artículo 6.

-Queda derogada toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción a las referidas a las áreas naturales protegidas. Tales reservas sólo procederán por causa de interés social o seguridad nacional, y deberán ser dispuestas expresamente mediante Ley del Congreso de la República o conforme a lo establecido en el artículo 54 del presente Decreto Legislativo.³²⁹

O referido artigo 6º acaba com a propriedade do estado sobre os recursos naturais que sejam objeto de exploração para o exercício de uma atividade econômica, excetuando as áreas naturais protegidas. Trata-se assim de relevante marco teórico que define a necessidade de se suprimir com a ingerência do estado, sobre o tema direito de “propriedade”.

A segurança jurídica do direito minerário somente se concretizará quando for definido, em termos negritados, o que vem a ser este termo definido na Constituição, haja vista que todas as soluções até o momento existente tumultuam e encarecem o exercício desta atividade, já que da incerteza jurídica surgem custos a afugentar os investimentos.

E, a existência do discurso fincado no paradigma do maniqueísmo (liberal x social) se apresenta descontextualizado e inerte para a resolução do problema, pois a segurança jurídica da atividade minerária beneficia a todos, inclusive aos moradores dos municípios onde existe mineração e ainda à sociedade pelo avanço tecnológico. Está-se, pois, a prestigiar o progresso e a soberania nacional, garantindo, por óbvio,

³²⁹ BRASIL. **Decreto nº 757, de 22 de abril de 1936**. Aprova o projeto e orçamento para construção de uma casa para moradia de empregados da "Great Western of Brasil Railway Company, Limited", na esplanada da Estação de Natal, da linha Norte, da Rêde de Viação Ferrea a seu cargo. Rio de Janeiro: Câmara, 1936.

a propriedade da riqueza mineral àquele que se disponha a fazê-lo e tenha satisfeito às exigências legais, inclusive ambientais.

O conceito de propriedade minerária se bem estabelecido e negrito servirá de mola propulsora ao desenvolvimento nacional, justificando, por isto, que este se solidifique sobre a jazida, a partir da aprovação dos estudos pela ANM, quando ainda da vigência da autorização de pesquisa.

7 CONCLUSÃO

As linhas que se seguem nessa conclusão foram traçadas em descompasso ao pensamento maniqueísta, que busque rivalizar em níveis de oposição interesse privado e interesse público, não havendo espaço para este debate estéril no atual momento da mineração nacional.

As premissas que guiam o raciocínio desta conclusão partem da essencialidade da exploração do potencial econômico e energético da Nação para a garantia do desenvolvimento da sociedade, sendo necessário que alguém assuma os riscos da atuação nessa agenda econômica.

Daí, sob o ponto de vista da ação racional, prefere-se definir o escopo do risco e do custo, situação esta diferentes e com significados próprios. Para o arremate da questão, risco está ligado a evento aleatório, *álea*, sendo por isto de natureza imprevisível e, por consequência, incalculável. Já custo, ao contrário, é perfeitamente calculado e determina a grandeza do esforço/investimento a ser alocado pelo agente econômico para a obtenção de um ganho.

Portanto, para que o agente econômico possa empreender, os custos deverão ser naturalmente superados pelos ganhos.

Vivenciando-se o modelo histórico, seja o regaliano, o da ascensão e o atual, percebe-se que há fadigas e gargalos que afugentam ou mesmo geram uma exploração ineficiente dos potenciais econômicos e energéticos, garantido muitas vezes a retenção deste pelos grandes *players* ou mesmo impossibilitando-se o acesso a novas fontes, justamente pelos riscos.

A ideia então de neutralidade jurídica que se procura defender, não pode ser rivalizada, pois maniqueísta, com a ideia de avanço do capital econômico privado sobre o interesse público. Ao contrário, a ideia trazida pelo artigo 20, §1º da Constituição da República e a concretização da CFEM apenas corroboram que haverá o compartilhamento dos ganhos por toda a sociedade, caso haja o incentivo a atividade mineral.

Da mesma forma, pelos estudos apresentados, o IDH municipal é protegido e enrobustecido quando há na localidade o desenvolvimento da atividade mineral, nada impedindo que o Estado faça exigências, tais quais entender conveniente, para o desenvolvimento da atividade mineral, desde que se siga a premissa da neutralidade que traduz a atuação normativa como custo, e não risco.

O Minerador, como se viu, é o elo da cadeia garantidor do ciclo econômico, sendo que é ele o agente econômico disposto em assumir os custos (e atualmente os riscos) da atividade minerária, pesquisando, estudando, testando, para então obter o sinal verde para a exploração da riqueza mineral.

A exploração, contudo, não é tão simples, pois como visto nos estudos apresentados, menos de 1% das anomalias geológicas se tornam minas, sendo que o “descobrimento” desta é ato da criação humana, e não da natureza. “Descobrir” uma mina depende de estudos específicos, trabalhos árduos e caros, que somente poderão ser potencializados, caso haja estabilidade jurídica na relação do agente privado explorador, com o poder público.

As incertezas sob o ponto de vista jurídico que assolam o direito minerário são traduzidas para o minerador como riscos, que muitas vezes não são precificados e, por isto, desestimulam o investimento em determinada fonte de recurso natural.

Trazer então um núcleo duro para este setor é medida que se impõe, partindo-se então do reconhecimento e concretização do direito minerário como um ramo jurídico autônomo e essencial do direito, com o seu amplo debate e ensinamento, será o passo inicial para se assegurar o avanço desta matéria.

E o primeiro desafio da agenda minerária é definir o polêmico e problemático conceito de propriedade minerária, sob a análise da atividade econômica e das características específicas da mineração, definindo-se que o Minerador adquire a propriedade sobre o produto da lavra, tal qual manda o texto constitucional, a partir da obtenção da autorização de pesquisa com relatório aprovado, sendo que este servirá de baliza para eventual indenização, caso não se obtenha a concessão de lavra.

Será esta, pois, a leitura adequada da legislação especializada, sendo de propriedade do minerador a jazida localizada e aprovada pela ANM, a partir da aprovação do estudo técnico na fase de autorização de pesquisa.

Pelo que se investigou, deve ser também superado, em definitivo, a ideia de dupla ou tripla propriedade, divididos em União, Superficiário e Minerador, haja vista que este modelo é insatisfatório, incompleto e não tem sustentação constitucional.

O minerador, nos moldes do artigo 5º, II, da CRFB, tem a obrigação de explorar a mina até o seu exaurimento, devendo vender ao mercado a riqueza mineral explorada e, sobre esta atividade lucrativa, os entes federados terão parcela da participação, por meio da CFEM, a qual, por isto, não terá natureza tributária.

Esta norma cogente para o minerador representa uma supressão ou atenuação dos atributos da propriedade clássica como definido no Código Civil, impondo-se ao elemento mineral a atribuição de “bem de comércio”, alienável compulsoriamente por força de lei.

Para então se preencher o conceito de “propriedade” definido no artigo 176 da Constituição da República deve-se superar o modelo de “propriedade” previsto na legislação civilista, devendo-se construir um novo significado para este termo que seja condizente com o ramo jurídico autônomo do direito minerário.

E esta definição torna-se adequada quando se considera mineral como bem comerciável, tal qual é protegido o mercado sob a tutela da Lei Federal n. 12.529/11, ou seja, a propriedade do minerador sobre a riqueza mineral não é plena, devendo este explorar a mina até o exaurimento e dispor, obrigatoriamente, este bem no mercado, dado o interesse público e social reconhecidamente existente.

A partir do reconhecimento da característica da natureza mercantil da riqueza mineral, percebe-se que esta não pode estar sob o domínio da União, ou de qualquer ente da administração pública, já que os bens públicos possuem amarras legais que naturalmente lhe suprimem a disponibilidade, como reconhecidamente trazido no artigo 17 da Lei Federal nº8.666/93 e ainda no código civil, artigos 98 a 103.

Não se concorda com a definição da mina enquanto bem dominical, pois além de não responder ao questionamento sobre a necessidade da licitação para venda, contraria-se a própria legislação especializada que determina ser a mina, a jazida em lavra, ou seja, com destinação específica, ou seja, afetada.

Os problemas enfrentados são variados e multifacetados para se definir o real sentido e alcance da expressão propriedade mineral trazida na Constituição, entendendo-se que esta riqueza somente pode ser considerada bem público quando a concessão for negada.

O sentido de outorga minerária acima descrito deve ser compreendido como gênero, a abranger suas duas sucessivas espécies, a autorização de pesquisa e a concessão de lavra. Sabe-se e é incontroverso que a concessão de lavra é o título, com sentido próprio, que garante ao minerador o direito a exploração comercial sobre a lavra.

Porém, não pode ser somente este título aquele garantidor da obtenção da propriedade sobre o produto econômico por este agente econômico, sendo insatisfatório para a realidade da operação comercial pensar assim.

Da mesma forma, os agentes minerários celebram contratos de venda do mineral ainda a ser explorado, ou seja, enterrados na mina, mas já de existência definida na venda, não se podendo por isto supor que a propriedade somente é adquirida pelo minerador quando há a extração do mineral, se fosse assim, não poderia haver a celebração de tal contrato.

A só “descoberta” de uma mina possui potencial econômico incalculável, como a valorização das ações da sociedade empresarial, como demonstrado, representando a descoberta um ativo negocial relevante, ainda que não haja possibilidade, naquele momento, de exploração da mina.

A pesquisa mineral somente será desenvolvida se os ganhos da exploração da riqueza superarem os custos da exploração da atividade, revelando-se de todo temerário que haja, por parte da União Federal, a mera indenização dos custos, caso não haja a concessão de lavra.

Para que o minerador chegue a solicitar a concessão de lavra já se tem certeza sobre a riqueza mineral e mais, da viabilidade econômica desta exploração, já que o estudo técnico desenvolvido ainda sobre o procedimento de autorização, concluirá pela:

- a) exeqüibilidade técnico-econômica da lavra;
- b) ineqüibilidade técnico-econômica da lavra em face da presença de fatores conjunturais adversos, tais como:
 - ✓ inexistência de tecnologia adequada ao aproveitamento econômico da substância mineral;
 - ✓ inexistência de mercado interno ou externo para a substância mineral.

E, este relatório apresentado é aprovado pela ANM, como manda o artigo 30 do Decreto-Lei 227/67, o que certifica que a Administração Pública reconhece a existência da riqueza mineral e ainda confere fé-pública a exeqüibilidade econômica desta.

O referido Decreto-Lei ainda bem define que a lavra é o conjunto de operações que se destinam a realizar o aproveitamento industrial da jazida, sendo que a outorga da concessão decorre da pesquisa realizada e do relatório aprovado.

A concessão de lavra então, assim como a autorização de pesquisa, como se demonstra a legislação correlata, são atos vinculados, a serem instrumentalizados na

forma prevista em lei e, preenchidos os seus requisitos, impõe-se o deferimento do pedido.

Sobre a concessão de lavra, o artigo 42 do Decreto-Lei 227/67 traz problemática conceituação, ao determinar que a autorização será recusada se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo, e o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório.

A proposta do conceito de propriedade minerária trazida neste estudo busca solucionar também este entrave, sendo que:

- a) não há discricionariedade no termo “a juízo”, como também assiste a previsão trazida na LINDB, devendo ser demonstrado pela União economicamente a inviabilidade; e
- b) o termo “indenização” deverá compreender o pagamento do potencial de exploração econômica da mina, já aprovado pelo ANM a partir do relatório apresentado na autorização de pesquisa.

O Brasil sofre com a penúria de infraestrutura e tecnologia por não possuir segurança jurídica, sendo facilmente encontrado na literatura especializada casos de mudança brusca de entendimentos jurídicos sem lastro, decisões judiciais questionáveis sob todos os pontos de vista, e, principalmente, julgamentos políticos, que tenha por base interesses não claros.

Deve-se construir um conceito de neutralidade, ou seja, não pode a interpretação legal e jurisprudencial ser uma interminável fonte de riscos e custos não mensuráveis, que se prestam a ser uma esquizofrenia jurídica.

Por isto, o conceito deste trabalho foi talhado sobre as ideias da concorrência e da boa prática regulatória que tem por premissa a neutralidade jurídica, a qual permitirá a existência de transações entre as partes, garantindo que bem migre para aquele que mais o valorize.

Ainda que sob esta ótica haja críticas, como pela ausência de solidariedade ou compartilhamento de lucros, a ideia insculpida na CFEM foi trabalhada a luz da obra de John Rawls, Uma Teoria Da Justiça, superando a eventual rivalidade de interesses, permitindo que esta rubrica seja uma verdadeira coparticipação nos lucros do

minerador por toda a sociedade.

Diante disto, somente a compatibilização do texto constitucional com a realidade empresária permitirá um novo e seguro paradigma sobre a propriedade mineral, sintetizando-se que somente é bem da União a riqueza mineral que for negada, a par do artigo 42, possuindo esta o seu direito de propriedade expresso na CFEM.

Diante disto, o novo modelo sugerido possui premissas e conceitos distanciados dos que atualmente lhe prestam a doutrina e a jurisprudência, podendo ser assim sintetizado.

Primeiramente, a expressão constitucional havida, seja no artigo 20, IX, seja no artigo 176, diz respeito a recurso mineral, isto é, o Mineral enquanto empregado em determinada atividade econômica, ou seja, agrupado e com potencial econômico.

O mineral disperso e ocioso, sem produtividade e incapaz de gerar a jazida é do proprietário, tratando-se assim do subsolo de sua propriedade, que este perderá, caso seja localizada a jazida por outra pessoa, sendo esta, por definição legal, um bem imóvel distinto do subsolo.

A jazida poderá ser pública ou privada, e assim se define se esta foi ou não transformada em mina, a pedido do minerador. Isto porque caso o minerador tenha o requerimento indeferido, a par do artigo 42 do Dec. Lei 227/67, haverá a indenização desta integralmente pela União, assumindo então a Jazida a feição de domínio público, para depois eventualmente em caso venha a ser explorada ser licitada, atendendo assim aos requisitos do direito Público.

A interpretação aqui apresentada vai ao encontro do artigo 31 do Dec. Lei 227/67 que autoriza a negociação do direito à concessão, a partir da aprovação do relatório de pesquisa, sendo que é neste momento, justamente, que se tem o reconhecimento da jazida, com fundamento no artigo 30, I, do mencionado Decreto Lei.

Obviamente que o minerador só poderá negociar aquilo que lhe pertence e possui expressão econômica, ou seja, a jazida, ainda que não em lavra, já que é aquela a síntese do direito material e patrimonial existente. Garantir assim que o minerador se aproprie da riqueza mineral, a partir da aprovação do relatório na autorização de pesquisa permite incentivos seguros a fomentar o desenvolvimento da atividade econômica, fato este a implicar, por mera consequência direta, em ganhos diretos e indiretos para toda a sociedade, sendo que esta conclusão decorre

logicamente da interpretação sistêmica da legislação correlata e da realidade vivenciada.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO (SANTO). **Confissões**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

AGUILAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

A AHLSTROEM OSAKEYHTIOE E OUTROS CONTRA COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Práticas concertadas entre empresas estabelecidas em países terceiros relativas aos preços de venda a compradores estabelecidos na comunidade. **Processos apensos**: C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 E C-125/85 A C-129/85. [S. l.]: EUR-LEX, 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A61985CJ0089%2801%29#document1>. Acesso em: 25 fev. 2017.

ALENCAR, Fábio Gilberti de. A descoberta de uma jazida mineral: uma abordagem de gestão econômica. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 6., 1999. São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: CBC, 1999. p. 18/19.

ALMEIDA, Gustavo Henrique de; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Teoria da recuperação sustentável do devedor não empresário**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. São Paulo: Atlas, 2012.

ARCOVERDE, Walter Lins. Expansão da atividade minerária. *In*: CONGRESSO MINEIRO SOBRE EXPLORAÇÃO MINERÁRIA, 1., 2015. Belo Horizonte. **Anais [...]**. 3 jul. 2015. 1 vídeo (1:07 42 min). Publicado por AMAGIS Minas Gerais. Belo Horizonte: AMAGIS, 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1XHOS9Pdcys&list=PLQEX8JgvcWY7arMrOtN0IwmEZEbnquo41&index=4&t=0s>. Acesso em: 20 maio 2019.

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. **Agency problems and legal strategies and enforcement**. Oxford, University Faculty of Law Research Paper, n. 21, 2009. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436555. Acesso em: 2 ago. 2015.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **ABNT**: NBR 12655 - Concreto de cimento Portland: preparo, controle, recebimento e aceitação - procedimento. 3. ed. Rio de Janeiro: ABNT, 2015.

BLANCHET, Luiz Alberto e; BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Análise de Impacto Regulatório: uma ferramenta e um procedimento para a melhoria da regulação. **Pensar**, Fortaleza, v. 22, n. 3, p. 1-15, set./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4219/pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. **Estudo de direito administrativo: a propriedade das minas**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1885.

BANDEIRA, Ricardo Murari. **Dos contratos de cessão de direito de exploração mineral**. 2011. 221 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2011. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_BandeiraRM_1.pdf. Acesso em: 20 abr. 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Granda. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de Intervenção do Estado na Ordem Econômica: regime jurídico das sociedades de economia mista: inocorrência de abuso de poder econômico. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 18, p. 88-109 1997.

BARROSO, Luis Roberto. **Prefacio à obra Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**. Tradução de Alexandre de Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BONFIM, Natália Bertolo. **O interesse público nas sociedades de economia mista**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. Advocacia-geral da União. **Processo: nº 48000.001810/96-52 - Parecer nº GQ - 129**. Brasília: AGU, 21 ago. 1997. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8308>. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Mineração. **Parecer PROGE nº 145/2006**. Brasília: ANM, 2015. Disponível em: http://www.anm.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao/pareceres/pareceres-proge/parecer_proge_145_2006.pdf/view. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Agência Nacional de Mineração. Publicações nacionais. **Informe Mineral**, Brasília, jul./dez. 2. sem. 2017. Disponível em: http://www.anm.gov.br/dnpm/publicacoes/serie-estatisticas-e-economia-mineral/informe-mineral/publicacoes-nacionais/informe_mineral_2_2017. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5807/2013**. Dispõe sobre a atividade de mineração, cria o Conselho Nacional de Política Mineral e a Agência Nacional de Mineração - ANM, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581696>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 jan. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Leis Constitucionais. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 29 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (De 24 de Fevereiro de 1891). Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático (...).Rio de Janeiro, Presidência da República, 22 de fev. 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático Rio de Janeiro, Presidência da República, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm Acesso em: 4 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Rio de Janeiro, Presidência da República, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 1985, de 29 de março de 1940**. Código de Minas. Brasília, Presidência da República, [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1985.htm. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Decreto nº 757, de 22 de abril de 1936.** Aprova o projeto e orçamento para construção de uma casa para moradia de empregados da "Great Western of Brasil Rallway Company, Limited", na esplanada da Estação de Natal, da linha Norte, da Rêde de Viação Ferrea a seu cargo. Rio de Janeiro: Câmara, 1936. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-757-22-abril-1936-472168-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Decreto n. 2.933, de 6 de janeiro de 1915.** Regula a propriedade das minas. Rio de Janeiro, Presidência da República, 1915. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-2933-6-janeiro-1915-574337-publicacaooriginal-97500-pl.html>. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9203.htm. Acesso em: 23 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.** Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 5 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Departamento Nacional da Produção Mineral. **Código de Mineração e Legislação Correlata.** Rio de Janeiro: Departamento Nacional da Produção Mineral, 1972. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, Presidência da República, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964.** Dispõe sobre o imposto que recai sobre as rendas e proventos de qualquer natureza. Brasília, Presidência da República, [2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4506.htm. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666compilado.htm. Acesso em: 16 set. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.784 , de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, Presidência da República, [2009]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...] e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, [2015]. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm Acesso em: 24 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.575, de 26 de dezembro de 2017.** Cria a Agência Nacional de Mineração (ANM); extingue o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); altera as Leis nº 11.046, de 27 de dezembro de 2004, e 10.826, de 22 de dezembro de 2003; e revoga a Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994, e dispositivos do Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967 (Código de Mineração). Brasília, Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13575.htm Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 maio. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581696> Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Manual de normas e procedimentos para licenciamento ambiental no setor de extração mineral.** Brasília: MMA, ago. 2001. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/MANUAL_mineracao.pdf. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Ministério Minas e Energia. **Plano Nacional de Mineração 2030**: geologia, mineração e transformação mineral. Brasília: MME, maio 2011. Disponível em: http://www.mme.gov.br/documents/1138775/1732821/Book_PNM_2030_2.pdf. Acesso em: 5 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional (1ª Região). Primeira Seção. MS 000241285.1990.4.01.0000 / DF, Rel. Juiz Aldir Passarinho Junior. **Diário de Justiça**, p. 22813, 01 out. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 633.521/MG. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 out. 2006, p. 294.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 35559 SP. Rel. Ministro Hamilton Carvalhido. Sexta Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 5 fev. 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%2835559%29+E+%28%22HAMILTON+CARVALHIDO%22%29.MIN.&processo=35559&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>em: 11 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 46. Rel. originário Min.: Marco Aurélio. Rel. para o Acórdão Min.: Eros Roberto Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 26 fev. 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança MS 927. Rel. Min. Laudo de Camargo - Minas de calcário; autorização para lavra e sua cassação sem o ser pelos meios regulares; ofensa a direito líquido e certo e sua proteção pelo mandado de segurança. **Coletânea de acórdãos nº 326**, Rio de Janeiro, 6 out. 1948. p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=927&classe=MS&id=515029>. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3.273. Rel. Min. Carlos Britto, Relator p/ Acórdão: Min. Eros Grau. **Diário de Justiça**, Brasília, 2 mar. 2007. [Certidão de julgamento da sessão do dia 16.03.05]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408864>. Acesso em: 17 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADIn julgada improcedente. ADI 2586 /DF Relator: Min. Carlos Velloso, **Diário de Justiça**, Brasília, 16 maio 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 228.800-5/DF. Rel. para o Acórdão Min.: Sepúlveda Pertence. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 set. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252741>. Acesso em: 11 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 140254 AgR. Rel. Celso de Mello. Primeira Turma **Diário de Justiça**, Brasília, 06 jun. 1997. [PP-24876 EMENT VOL-01872-05 PP-00907]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 1471571/RO. Rel. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 157. É necessária prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=157.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 010.348/2018-2**. Acórdão 2604/2018 PL - Relatoria da Conselheira Ana Arraes. **Sessão de Julgamento** 14 nov. 2018, Brasília: TCU, 2018.

BRATTON, Willian W. **Enron and the dark side of shareholder value**. Georgetown: Georgetown University Law Center, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1508&context=facpub>. Acesso em: 17 jan. 2009.

CALÓGERAS, Pandiá. **As Minas do Brasil e sua legislação**: geologia econômica do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938. [Distribuição Geographica dos Depósitos Auríferos do Brasil].

CANADÁ. Natural Resources Canada. **Exploration and Mining in Canada: An Investor's Brief**. Ottawa: NRCAN, 2017. Disponível em: <https://www.nrcan.gc.ca/mining-materials/publications/18164>. Acesso em: 11 maio 2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 20. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CARVALHO FILHO, José. dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. Decadência e prescrição. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) **Cadernos de Pesquisas Tributárias**, São Paulo, n. 1. p. 463-580, 1976.

CHAGAS, Maurício Saraiva de Abreu; PIRES, Gabriela Cabral. Histórico da CFEM no Brasil. SILVA, Paulo Roberto Coimbra (coord.). **CFEM - Compensação financeira pela exploração de recursos minerais**: natureza jurídica e questões correlatas. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2010.

COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COASE, Ronald. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review**, v. 53, n. 4, 1975.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3, Oct. 1960.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM n. 358, de 3 de janeiro de 2002**. [Brasília]: CVM, 2002. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/300/inst358.pdf>. Acesso em: 11 maio 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Processo Administrativo Sancionador CVM SP2013/94 Reg. Col. 0191/2016**. [Brasília]: CVM, 2016. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/noticias/anexos/2017/20171214_PAS_SP20130094_lwao_Jouti_OGX_Voto_Diretor_Gustavo_Borba.pdf. Acesso em: 7 jun. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, **Dicionário de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 204.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle judicial dos atos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

"Monopoly" under the National Anti-Trust Act

DANA, William F. "Monopoly" under the National Anti-Trust Act . **Harvard Law Review**, v. 7, n. 6, p. 338-355, Jan. 25, 1894. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1321804.pdf>. Acesso em: 27 set. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DELION, André. Notion de régulation et droit de l'économie. **Annales de la Régulation**, Paris, v. 1, p. 43, 2006.

DUTRA, Ricardo. **Mineração: atividades e responsabilidades**. [Belo Horizonte]: APEMI, 2019. Disponível em: <http://www.apemi.eng.br/mineracao-atividades-e-responsabilidades.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2019.

ELHAUGE, Einer R. Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions?. **Competition Policy International**, v. 3, n. 2, Autumn, 2007. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010769. Acesso em: 27 set. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

FEAR, Jeffrey. **Cartels and competition**: neither markets nor hierarchies. Harvard: Harvard Business School, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIUZA, César. Contornos teóricos-dogmáticos do princípio do enriquecimento sem causa. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p. 49-68, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/91>. Acesso em: 17 jan. 2009.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César; MARQUES, Emanuel Adilson. Constitucionalização do direito das obrigações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 710.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Jus Podium, 2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Cláusulas abusivas nos contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Os cartéis e a concessão de serviço público de telefonia móvel no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 201–218, jul./set., 2017. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2017;1001113729>. Acesso em: 15 maio 2019.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FONSECA, Maurício Leopoldino da. **Discrecionalidade administrativa e o princípio da razoabilidade controle jurisdicional dos atos administrativos**. 2001 Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2001.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 2, p. 91-112, 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2359-56392018000200091&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 26 set 2019.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/05/governanca-combate-corrupcao.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

FRANCIS, James. A bibliography: of canadian mining law. **The Canadian Bar Review**, n. 9, nov. 1932. Disponível em: https://www.google.com/search?q=A+Bibliography+of+Canadian+Mining+Law.+The+Canadian+Bar+Review%2C+1.932.&rlz=1C1GCEU_pt-BRBR822BR822&oq=A+Bibliography+of+ Canadian+Mining+Law.+The+Canadian+Bar+Review%2C+1.932.&aqs=chrome..69i57j69i64l2.444j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8Acesso em: 18 maio 2019.

FREIRE, Willian. **Código de mineração anotado**. 5. ed. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2010.

FREIRE, Willian. Regime jurídico dos recursos minerais no direito brasileiro: regime constitucional brasileiro e aproveitamento das riquezas minerais. **Revista Jurídica da Presidência**, [Brasília], v. 9, n. 844, 2007. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/286/275>. Acesso em: 2 maio 2019.

FRIEDMAN, David. **As engrenagens da liberdade**. 2. ed. [S. l.]: Portal Conservador, 2009. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/David-Friedman-As-Engrenagens-da-Liberdade.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2019.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Porto Alegre: UFRGS, 2009. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/daeca/wp/wp-content/uploads/2009/03/capitalismo-e-liberdade.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2019.

FONSECA, Maurício Leopoldino. **Discrecionariade administrativa e o princípio da razoabilidade**: controle judicial dos atos administrativos. Belo Horizonte: UFMG/Faculdade de Direito, 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out./dez. 2013.

GERADIN, Damien *et al.* The Concept of dominance in ec competition law: research paper on the modernization of article 82 EC. **Global Competition Law Centre**, July, 2005. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d40d/c92d5ff3219c7e68d68c980723fbbd36e17d.pdf> Acesso em: 2 maio 2019.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. [S. l.]: Ohio State University Press, 1995.
GOMES, Marcelo Kokke; NASCIMENTO, Nathan Gomes Pereira do. Usurpação mineral e tutela ambiental. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 3, p. 58-84, dez. 2017.

GORGA, Érica. **Direito societário atual**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2013.

GORGA, Érica. Culture and corporate law reform: a case study of Brazil. **Journal of International Economic Law**, v. 27, n. 3, 2006. Disponível em: [https://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume27/issue3/Gorga27U.Pa.J.Int'IEcon.L.803\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume27/issue3/Gorga27U.Pa.J.Int'IEcon.L.803(2006).pdf). Acesso em: 2 set. 2014.

GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan./jun. 2010.

GONÇALVES, Antonio Carlos Pôrto *et al.* **Economia aplicada**. 7. ed. Rio de Janeiro (RJ): Fundação Getúlio Vargas, 2006. (Gestão empresarial).

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação crítica**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Comentários à Constituição do Brasil**. Brasília: Saraiva, 2014.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. Princípios processuais no direito administrativo sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 109, 773-793. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256>. Acesso em: 20 jan. 2019.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Shcuback. Petrópolis: Vozes, 2005. v. 1.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: S. Antonio Fabris, 1991.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: Est Publishing, 1994, p. 140-141.

IGREJA CATÓLICA. Papa (2005-: Bento XVI). **Caritas in veritate**: sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade. São Paulo, SP: Paulus, Edicoes Loyola, 2009. (Documentos do magistério).

INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO. **Informações sobre a economia mineral brasileira 2015**. Brasília: IBRAM, set. 2015. Disponível em: <http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00005836.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO. **Tema: direito de propriedade**. Brasília: IBRAM, 2013. Disponível em: <http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00005251.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito da agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise econômica acerca da inclusão do aviamento na apuração de haveres do sócio em dissolução parcial nas sociedades limitadas**. 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

LAUBADÈRE, André de. **Droit public économique**. Paris, FR: Dalloz, 1976.

LIMA, Maria Helena Rocha; TEIXEIRA, Nilo da Silva. **A contribuição da grande mineração às comunidades locais**: uma perspectiva econômica e social. Rio de Janeiro: CETEM - Centro de Tecnologia Mineral, 2006. Disponível em: <http://www.cetem.gov.br/images/congressos/2006/CAC00410006.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **Princípios fundantes do direito civil atual**. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NOVAES, Bruno Torquato de Oliveira (coord.). **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 241-258

LETERRE, Gabrielle. **Providing a legal framework for sustainable space mining activities**. 2017. Thesis (Master in Space, Communication and Media Law)- Faculty of Law, Economics and Finance, Université du Luxembourg, 2017.

MACHADO, Raphael Boechat Alves. **Limitações ao poder de controle na sociedade de economia mista**. 2015. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- , Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

MACHADO, Raphael Boechat Alves. O controle judicial sobre os atos políticos e administrativos. **Fórum Administrativo, Direito Público**. Belo Horizonte, ano 18, n. 204, fev. 2018.

MACHADO, Raphael Boechat Alves; FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Os cartéis e a concessão de serviço público de telefonia móvel no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, jul./set. 2017.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A função social da empresa. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 5-12, set. 2009.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A função social e a responsabilidade social da empresa**. [S. l.]: Wordpress, 2012. Disponível em: <https://kristofersondireito.wordpress.com/2012/06/12/a-funcao-social-e-a-responsabilidade-social-da-empresa-por-rodrigo-almeida-magalhaes/>. Acesso em: 26 set. 2019.

MANCIN, Rinaldo. **O ambiente da mineração no Brasil: Mining Day PwC**. [S. l.]: PCW, set. 2012.. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/eventos-pwc/mining-day/assets/2-rinaldo-mancin-mineracao-brasil.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Jazida e concessão de lavra**. [Rio de Janeiro]: FGV, 1972. v. 19. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/37084>. Acesso em: 17 maio 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Gustavo Gonet. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: RT, 2005.

MINAS GERAIS. Justiça Federal. **Processo nº 66318-94.2010.4.01.3800**. Belo Horizonte: TRF1, 15 fev. 2013. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 29 set 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. REsp 633.521/MG. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 out. 2006, p. 294.

MINES Act, RSBC 1996, Chapter 293.[S. I.]: Canlii, 1996. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/bc/laws/stat/rsbc-1996-c-293/latest/rsbc-1996-c-293.html>. Acesso em: 17 maio 2019.

MINES ACT. [RSBC 1996] Chapter 293. [S. I.]: Bclaws, 1996. Disponível em: http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/96293_01. Acesso em: 17 maio 2019.

MINES And Minerals ACT. Chapter M-17. [S. I.]: Canlii, 2000. Disponível em: <https://www.canlii.org/en/ab/laws/stat/rsa-2000-c-m-17/latest/rsa-2000-c-m-17.html>. Acesso em: 17 maio 2019.

MISES, Ludwig von. **Intervencionismo: uma análise econômica**. 2. ed. São Paulo, SP; Instituto Liberal, 2010.

MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em: Acesso em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2015.

MORA CONTRERAS, Jesús. Contratos de Exploración y Producción de Petróleo: el Contrato de Producción Compartida (Oil Exploration and Production Contracts: Production Sharing Agreement). **Encyclopédie de l'énergie**, 1 June 1, 2014. Disponível em: Acesso em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135911. Acesso em: 29 set. 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. Reflexões a propósito dos princípios da livre iniciativa e da função social. **Revista de Direito Público da Economia**, São Paulo, ano 4, n. 16, p. 36, out/dez. 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André (org.). **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 109-139. Disponível em: . Acesso em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4239755/mod_resource/content/1/moreira%2C%20egon%20bockmann%20-%20qual%20%C3%A9%20o%20futuro%20do%20direito%20da%20regula%C3%A7%C3%A3o%20no%20brasil.pdf. Acesso em: 29 set. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; GARCIA, Flávio Amaral. A principiologia no direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, p. 9-28, out. 2013.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

NEDERLANDSCHE N.V. BANDEN-INDUSTRIE-MICHELIN/COMISSÃO. **Processo 322/81**. [S. I.]: Acórdão do Tribunal de 9 nov. 1983.

NEW ZEALAND LEGISLATION. **Crown Minerals Act** 1991. [S. /]: Legislation, 1991. Disponível em <http://legislation.govt.nz/act/public/1991/0070/latest/DLM5227220.html>. Acesso em: 17 maio 2019.

NOGUEIRA, Fernanda de Araújo Couto e Mello; MACHADO, Raphael Boechat Alves. **As regras de conformidade como intangível contratual**. [Belo Horizonte]: Sigestão, 2017. disponível em: http://singestao.com.br/wp-content/uploads/2017/01/conformidade_como_intangivel_contratual_com_autores.pdf?lipi=urn%3ali%3apage%3ad_flagship3_feed%3b%2bpx%2bj661rnkjuwnzqgniug%3d%3d. Acesso em: 17 jan. 2019.

MOTTA, Massimo. **Competition policy: theory and practice**. Cambridge: Cambridge University Press. 2003.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 8. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

NUSDEO, Fábio. A crise da regulação e a autorregulação. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, n. 64. 2018.

OLIVEIRA, Fábio Gabriel de; PIMENTA, Eduardo Goulart. A autonomia privada no estado democrático de direito em uma visão de direito & economia. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009. **Anais [...]**. Brasília: Fundação Boiteaux, 2009, v. 1.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 1.803 (XVII) de Assembléia Geral, de 14 de dezembro de 1962, com o título de "Soberania permanente sobre os recursos naturais"**. São Luis: MPMA, 2019. Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/COCOM/arquivos/centros_de_apoio/cao_direitos_humanos/direitos_humanos/meio_ambiente/resol1803.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendation of the council on regulatory policy and governance**. Paris: OECD, 2012a. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/49990817.pdf>. Acesso em: 28 set 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendations and Guidelines on Regulatory Policy**. Paris: OECD, 2012b. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/recommendations-guidelines.htm>. Acesso em: 28 set 2019.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1969.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Análise econômica da recuperação judicial de empresas: princípios, jogos, falhas e custos**. 2012. 296f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário**: campus jurídicos. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2013.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito societário**: Rio Grande do Sul: Editora Fi, 2017.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, v. 43, n. 170, abr. /jun. 2006, p. 159-173.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PINHEIRO, Alcides. **Direito das minas**. Rio de Janeiro: Rodrigues, 1939.

POLI, Leonardo Macedo. A funcionalização do direito autoral: Limitações à autonomia privada do titular de direitos autorais. *In*: GALUPPO, Marcelo Campos (org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006.

POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito Autoral)- Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 7. ed. New York, EUA: Aspen Publishers, 2007.

POSNER, Richard A. The economic approach to law, 53. **Texas Law, Review**, v. 757 1975. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1882/. Acesso em: 17 maio 2019.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisettas e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3.

RIBEIRO, Carlos Luiz. **Direito minerário escrito e aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 1980, p.12.

ROCHA, Domingos Fleury. Mineração. *In*: BEDRAN, Elias. **A mineração a luz do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Alba, 1957. p. 13-14.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica e crítica**: com um anexo de textos de Schleiermacher sobre filosofia da linguagem. Ijuí: UNIJUÍ, 2005.

SERRA, Silva Helena. **Direitos minerários**: formação, condicionamentos e extinção. São Paulo: Signus Editora, 2000.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Cambridge, Harvard University Press, 2004.

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. Indianapolis: Liberty Classics, 1976.

SILVA, Beatriz de Almeida Borges e. **Parâmetros para aplicação do princípio da solidariedade familiar**: em busca de segurança e previsibilidade na adoção da perspectiva principiológica. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilvaBAB_1.pdf . Acesso em: 17 jan. 2019.

SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e; MIRANDA, Lúlian. O direito à informação como garantidor do controle social das atividades administrativas: uma análise dos riscos oriundos dessa participação popular. *In*: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes CALDAS, FERREIRA, Daniel; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e (coord.). **Direito e Administração pública CONPEDI/UNICURITIBA**. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra; GANDARA, Leonardo André . A Relevância da Natureza Jurídica da Compensação Financeira pela Exploração dos Recursos Minerais (CFEM). *In*: Paulo Roberto Coimbra Silva. (org.). **CFEM Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais**: natureza jurídica e questões correlatas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, v. , p. 17-33.

SIMONS, Penelope C.; COLLINS, Lynda Margaret. Participatory rights in the ontario mining sector: an international human rights perspective. **Journal of Sustainable Development Law & Policy**, v. 6, n. 2, 2010. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1775422>. . Acesso em: 17 jan. 2019.

SOTO, José Huerta do. **Socialismo, cálculo, econômico e função empresarial**. São Paulo: Instituto Von Mises, 2013.

SOUSA, Paulo Henrique de. **Theory of games and economic behavior**: a ideia de ciência de John von Neumann e Oskar Morgenstern. 2005. 102 f. Dissertação (Mestrado em História da Ciência) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

SOUZA, José Mendo Mizael de. 2016 e a mineração brasileira. **Revista Minérios**, 14 jan. 2016. Disponível em: <https://revistaminerios.com.br/2016-e-a-mineracao-brasileira/>. Acesso em: 11 jun. 2019.

STIGLER, George. A theory of oligopoly. **The Journal of political economy**, v. 72, Issue 1, p. 44-61, Feb. 1964.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THALER, Richard H. **La garantie de la propriété dans le droit brésilien**, nas Jornées Vietnamiennes da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française nas. Jornées Vietnamiennes da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française , realizadas na cidade de Hanoi, no período de 17 a 21 de novembro de 2003. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30793-33014-1-PB.pdf> , acesso em 10/01/2019.

THALER, Richard H. **Unless you are spock, irrelevant things matter in economic Behavior**. [S. l.]: Nytimes, 8 May, 2015. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2015/05/10/upshot/unless-you-are-spock-irrelevant-things-matter-in-economic-behavior.html>. Acesso em: 11 out. 2017.

TIMM, Luciano Beneti. **Artigos e ensaios de direito e economia**. São Paulo: Lumen Juris, 2018.

TIMM, Luciano Beneti; MACHADO, Rafael Bicca. **Direito, mercado e função social. Revista da AJURIS**, v. 36, n. 103, set. 2006. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Direito_Mercado_Funcao_Social.pdf. Acesso em: 25 fev. 2018.

TIMM, Luciano Beneti; MACHADO, Rafael Bicca. **Direito, mercado e função social. Revista da AJURIS**, v. 36, n. 103, set. 2006. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Direito_Mercado_Funcao_Social.pdf. Acesso em: 25 fev. 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**, São Paulo: Atlas, 2013. v.1.

UNITED KINGDOM. **Bribery Act 2010**. United Kingdom: Legislation, 2010. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em: 25 fev. 2017.

UNITED STATES. Department of Justice. **Foreign Corrupt Practices Act of 1977**. Washington: Justice, 1977. Disponível em <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 25 set. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **Justia Opinion Summary and Annotations**. American Column & Lumber Co. v. 257 U.S. 377. US: Supreme, 1921. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/257/377/>. Acesso em: 25 set. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **Justia Opinion Summary and Annotations**. Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 - 457 U.S. at 343, n. 13. US: Supreme, 1918. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/>. Acesso em: 25 set. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150, 223**. US: Supreme, 1940. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/150/>. Acesso em: 25 set. 2019.

UNITED STATES. Supreme Court. **Appalachian Coals, Inc. v. United States**, 288 U.S. 344 (1933). US: Supreme, 1933. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/288/344/>. Acesso em: 25 set. 2019.

VELOSO, Carlos Mário da Silva. **Temas de direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VILLELA, Marcelo. **Estudo revela ligação entre mineração e IDH de municípios no Brasil**. [S. l.]: Minning, 2018. Disponível em: <http://noticiasmineracao.mining.com/2018/01/30/estudo-revela-ligacao-entre-mineracao-e-idh-de-municipios-no-brasil/>. Acesso em: 17 maio 2019.

VIVACQUA, Attilio. Nova política do subsolo e o regime legal das minas. *In*: BEDRAN, Elias (ed.). **A mineração a luz do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Alba, 1957. p. 13-14.

WILS, Wouter P.J. The judgment of the EU General Court. **World Competition**, v. 37, Issue 4, p. 405-434, Dec. 2014.