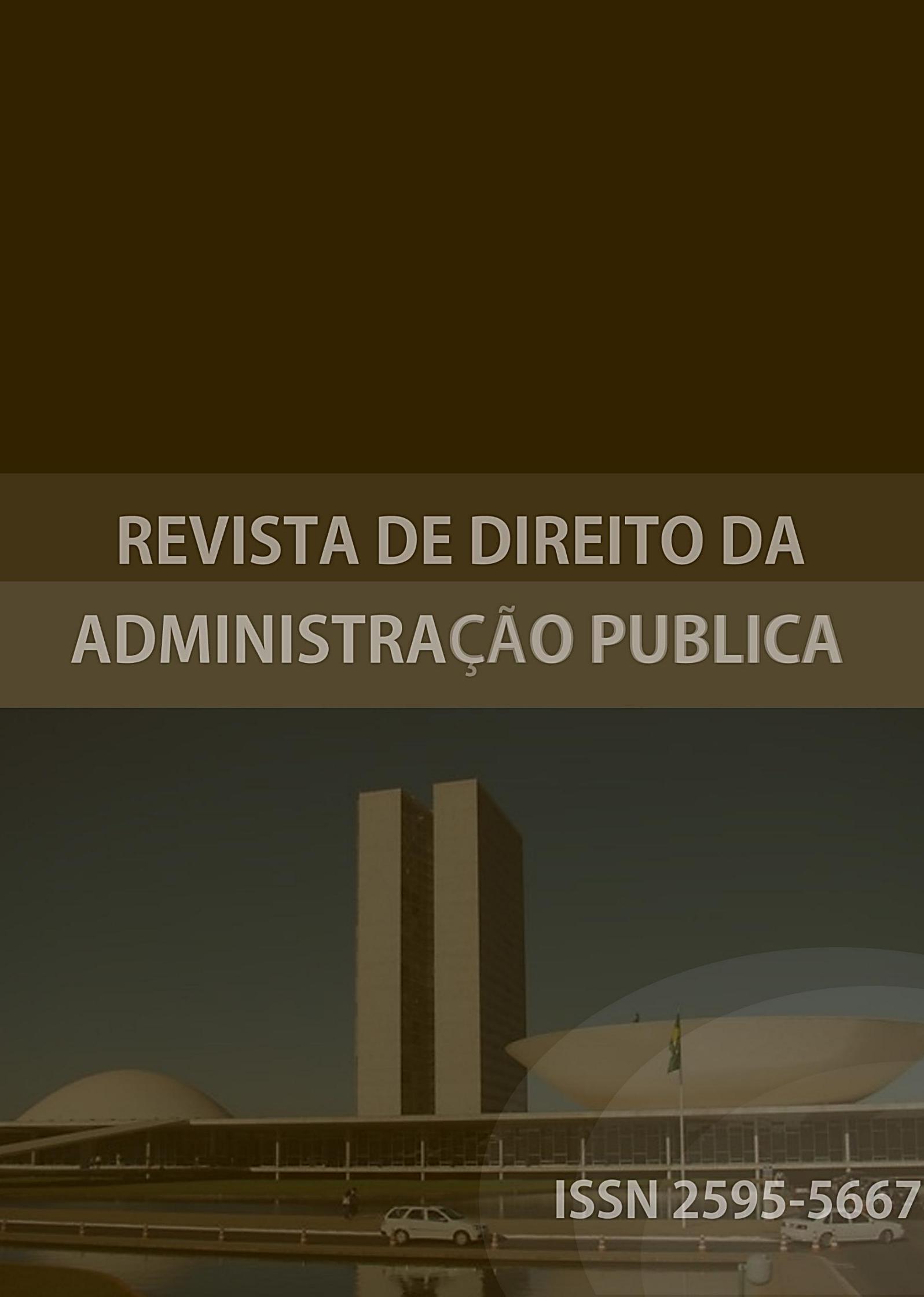


REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is a prominent landmark with its distinctive two tall, narrow towers and a large, curved, white structure. The image is overlaid with a semi-transparent, circular graphic element in the lower right corner. The overall color scheme is a muted, brownish-gold.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 03 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - FEV 2016

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro

2017

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial:

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

Avaliadores desta Edição:

- | | |
|---|--|
| Sra. Andréia Cristina Rocha Gomes, UFF. | Prof. Ms. João Paulo Sporn, USP. |
| Prof. Ms. Adriano de Souza Martins, UFF. | Prof. Dr. José Vicente de Mendonça, UERJ. |
| Prof. Ms. Bruno Santos Cunha, USP. | Prof. Ms. Luiz Fernando Gomes, CEFET. |
| Sra. Carolina Leite Amaral, UFRJ. | Prof. Ms. Marcio Felipe Lacombe, UFF. |
| Prof. Dra. Debora Sotto, PUC-RJ. | Prof. Ms. Marcus Vinicius Bacellar, UFF. |
| Prof. Dr. Eduardo Manuel Val, UFF. | Prof. Dra. Patricia Ferreira Baptista, UERJ. |
| Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso, UFPE. | Prof. Dr. Phillip Gil França, PUC-RS. |
| Prof. Dra. Irene Nohara, MACKENZIE. | Sra. Rossana Claudia Braga, UFF. |
| Prof. Ms. Isabela Rossi Ferrari, UERJ. | Prof. Ms. Victor Aguiar de Amorim, IDP. |
| Prof. Dr. Jamir Calili Ribeiro, UFJF. | Prof. Ms. Thiago Bastos, UFF. |

Diagramação e Layout:

- Prof. Ms. Emerson Affonso da Costa Moura, UFJF.

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	005
Emerson Affonso da Costa Moura	
<i>Marco regulatório da mineração no: a disputa entre o direito humano ao desenvolvimento e o direito econômico do desenvolvimento</i>	007
Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa e Pedro Henrique Sousa de Ataíde	
<i>A quem pertence a propriedade mineral? Estudo à luz do Estado Democrático de Direito</i>	032
Rafhael Frattari e Jairo Boechat Junior	
<i>O meio ambiente, a exploração de minérios e as falhas do mercado</i>	060
Marília Gabriela Lira	
<i>Autorregulação e responsabilidade social da empresa no setor minerário: a experiência com o “Programa Mineração”</i>	086
Rodrigo da Fonseca Chauvet	
<i>O perigo extraordinário da mineração e o consentimento administrativo como fator de atribuição de responsabilidade civil para a União Federal</i>	103
Eduardo Faria Fernandes e Sérgio Foster Perdigão	
<i>A tutela estatal do meio ambiente frente à mineração: axiomas, dilemas, possibilidades e perspectivas normativas</i>	133
Paulo Sérgio Mendes César	
<i>Lições de Mariana e a contaminação do rio doce</i>	169
Juliana Alves de Araújo Bottechia, Marcia Barbosa Gobira e Ana Lucia Martins Sousa	
<i>O direito à água: dever do Estado e a contaminação do rio doce</i>	188
Amanda Eloá Oliveira Moreira e Amanda Martins Torres	
<i>Regulação da Mineração e Responsabilidade por Dano Ambiental: O Caso do Rio Doce</i>	220
Lane Dias Ribeiro	
<i>A solidariedade na responsabilidade por colapso omissivo regulatório e fiscalizatório do Estado na área ambiental: o dramático episódio do rio doce</i>	249
Flavio Antonio de Oliveira	

MARCO REGULATÓRIO DA MINERAÇÃO NO BRASIL: A DISPUTA ENTRE O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO E O DIREITO ECONÔMICO DO DESENVOLVIMENTO

REGULATORY FRAMEWORK OF MINING IN BRAZIL: THE DISPUTE BETWEEN THE HUMAN RIGHT TO DEVELOPMENT AND THE ECONOMIC LAW OF DEVELOPMENT.

**MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR
MAYER FEITOSA**

Pós-doutorado em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Doutorado em Ciências Jurídico Econômicas pela Universidade de Coimbra, Portugal. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Paraíba, Bolsista de produtividade em pesquisa.

PEDRO HENRIQUE SOUSA DE ATAÍDE

Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Advogado.

RESUMO: Os recursos minerais são indispensáveis ao desenvolvimento da quase totalidade das atividades econômicas, razão pela qual foram alçados à categoria de bens públicos cuja pesquisa e lavra só poderão ocorrer mediante anuência da União ou da autarquia (o DNPM) responsável pela execução do Código de Mineração. Tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei que pretende alterar referido diploma legal, que possui como principal proposta a transformação do DNPM em agência reguladora. Nesse sentido, o presente artigo analisa se esse aspecto do Projeto irá facilitar processos de harmonização entre o direito humano ao desenvolvimento e o direito econômico do desenvolvimento. Verificou-se que, no vigente modelo regulatório, o DNPM já exerce função de agente regulador, pois deve fomentar a produção mineral, formular diretrizes da política mineral e editar normas em caráter complementar. Contudo, a transformação em agência reguladora pode acarretar avanços na estrutura administrativa, com a diminuição de ingerências de órgãos do Poder Executivo, além da possibilidade de realizar licitações e chamadas públicas para a obtenção de títulos minerários.

PALAVRAS-CHAVES: regulação econômica; mineração; desenvolvimento; agência reguladora.

ABSTRACT: The mineral resources are indispensable to the development of almost all economic activities, which were raised to the category of public goods whose research and exploitation may occur by agreement of the Union or of the municipality (DNPM) responsible for the implementation of the Mining Code. Currently in the National Congress Bill that seeks to change referred to legislation, that has as main proposed the transformation of the DNPM regulatory agency. In this sense, the present article analyzes whether this aspect of the project will facilitate harmonisation processes between the human right to development and economic development law. It was found that, in the prevailing regulatory model, the DNPM already exerts regulatory agent function, it must promote the mineral production, formulate political guidelines and edit rules in complementary character. However, the transformation into a regulatory agency may lead to advances in administrative structure, with reduced interference of organs of executive power, in addition to the possibility of making bids and public calls for the acquisition of mining titles.

KEYWORDS: economic adjustment; mining; development; regulatory agency.

I. INTRODUÇÃO

Os minérios são bens imprescindíveis à realização da maior parte das atividades diárias dos seres humanos. Por essa razão, os Estados têm dispensado tratamento jurídico diferenciado às atividades minerárias, dispondo sobre a propriedade das jazidas, o produto da lavra, as condições subjetivas de sua exploração, a viabilidade econômica e outras orientações. Sendo assim, assume especial relevo a análise da estrutura regulatória do setor da mineração no Brasil, que possui características peculiares, quando comparada à regulação dos demais campos da economia nacional.

Um traço importante da disciplina minerária diz respeito à propriedade e ao aproveitamento dos minérios, com desdobramentos sobre todo o marco regulatório. No Brasil, assim como na maior parte dos países da América do Sul, o subsolo e os minérios constantes na superfície terrestre pertencem ao Estado, devendo a mineração ser concebida nas interfaces do direito econômico do desenvolvimento com o direito humano ao desenvolvimento, categorias conceituais trabalhadas por uma coautora deste ensaio e detalhadas adiante.

O ente responsável pelo exercício geral do poder de polícia minerário e pela regulação econômica do setor é o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia, no entanto, convém ressaltar que tramita na Câmara dos Deputados projeto de Lei que pretende transformar o DNPM em agência reguladora. Nesse sentido, importa perquirir se a modificação legislativa conseguirá facilitar processos de harmonização entre o direito humano ao desenvolvimento e o direito econômico do desenvolvimento.

A proposta é iniciar refazendo o percurso do Estado brasileiro, na sua relação com o domínio econômico, com foco na inclinação histórica que vai da centralização estatal ao Estado regulador, sabendo-se que este teve início a partir do Programa Nacional de Desestatização e do Plano Diretor da Reforma do aparelho do Estado, ocorridos na década de 1990. Em seguida, far-se-á a distinção entre as acepções de regulação, regulamentação e autorregulação, no objetivo de verificar as características do perfil regulatório da mineração no Brasil. Por último, será objeto do presente estudo o sistema de propriedade dos recursos minerais, com base nas constituições brasileiras, abordando o novo marco regulatório da mineração e os impactos da transformação do DNPM em agência reguladora, ponderando sempre entre os conceitos apresentados e os seus desdobramentos em termos de desenvolvimento e sustentabilidade.

II. INTERVENCIONISMO ESTATAL, ORDEM ECONÔMICA E MINERAÇÃO

Verifica-se que o Estado passou por algumas reformas, nas quais é possível identificar a relação com a ordem econômica. Do advento da modernidade até os dias atuais, existiram diversos modelos, contudo, apenas alguns deles representam verdadeiros paradigmas, havendo quem enxergue nas alterações paradigmáticas formas de revolução.

É o caso de John Micklethwait (2015, p. 14-16) para quem o Estado ocidental teria vivenciado três grandes revoluções e meia, sendo a primeira quando ocorreu, no século XVII, a formação centralizada do Estado, período no qual ocorreram os Tratados de Paz de Vestefália¹, que representam a “certidão de nascimento” do Estado moderno (FRANCA FILHO, 2009, p. 73). A centralização do poder nos monarcas teria acarretado relevantes vantagens especialmente aos Estados europeus, que “se transformaram em impérios comerciais e, depois, em democracias liberais empreendedoras” (MICKLETHWAIT, 2015, p. 14).

A segunda revolução do Estado ocidental moderno estaria compreendida entre o final do século XVIII e todo o século XIX, quando as reformas liberais de influência burguesa substituíram o absolutismo monárquico pelo modelo de abertura dos mercados, no qual o Poder Público somente iria atuar para garantir a ordem pública e os direitos de liberdade (MICKLETHWAIT, 2015, p. 14). A proteção do domínio privado garantia a ordem espontânea das atividades humanas (HAYEK, 1981, p. 49), com poucos controles à livre iniciativa.

A ordem jurídica dessa época também refletiu o modelo de proteção do domínio privado. As codificações, inspiradas no liberalismo, resguardavam o patrimônio, sem a preocupação de dotar os institutos de direito privado de função social, princípios ou valores coletivos. Os instrumentos de alguma intervenção na ordem econômica, como a cobrança de tributos para financiar a existência do aparato estatal (AGUIAR FILHO, 2014, p. 86), serviam apenas de aporte financeiro para o suporte dos direitos de liberdade, caso também da manutenção dos Poderes do Estado e dos órgãos da estrutura administrativa.

Sabia-se que o direito à liberdade de contratar demanda custos públicos (HOLMES; SUSTEIN, 1999, p. 15), assim, o custo de implementação dos direitos no Estado liberal era obtido basicamente por meio da cobrança de tributos. No entanto, o ciclo histórico começou a declinar diante de fenômenos como a Primeira Guerra Mundial e a crise de 1929, quando o

¹ A revolução a qual o presente texto alude não é a assinatura dos Tratados de Vestefália em si, mas o longo fenômeno de centralização do poder que eles formalizaram.

Estado liberal tornou-se insuficiente para atender as necessidades econômicas e sociais. Nesse sentido, percebe-se a passagem do capitalismo de concorrência para o capitalismo monopolista, com predomínio do intervencionismo estatal (FEITOSA, 2007, p. 155).

Para Micklethwait (2015, p. 15), é quando surge a terceira revolução, ante a ascensão do Estado de bem-estar social, voltando-se a ordem jurídica para a promoção de políticas públicas sociais, assim como para a superação da visão preponderantemente privatista do direito, cujos institutos principais (propriedade e contratos) passaram a ser tratados a partir da função social e do suporte dos interesses coletivos (FEITOSA, 2007, p. 156-157). Vale dizer, além da garantia dos direitos de liberdade, o Estado passou a promover os direitos econômicos, sociais e culturais, época das constituições dirigentes e do relevo das normas programáticas.

Entretanto, na década de 80 do século XX, o modelo de bem-estar social sofreu algumas modificações, sobretudo a partir dos governos de Margaret Thatcher, na Inglaterra, e Ronald Reagan, nos EUA, que “contiveram temporariamente a expansão do Estado e privatizaram as torres de comando da economia” (MICKLETHWAIT, 2015, p. 16). Este foi período chamado por Micklethwait de meia revolução, por não trazer mudanças paradigmáticas no sistema estatal, contribuindo pouco para reverter o tamanho do Estado.

Na atualidade estatal, o mesmo autor identifica novamente o mal do inchaço, com base em dados estatísticos que seleciona², ao denunciar o Estado como o Leviatã americano que reivindica o direito até de monitorar e-mails (MICKLETHWAIT, 2015, p. 16-18). Na verdade, esta tem sido a solução comum quando o liberalismo econômico dá as cartas, impondo sempre regras de ausência de Estado e austeridade.

Esclareça-se que o conceito de paradigma adotado no presente texto tem base em Kuhn, para quem “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (1998, p. 13). As mudanças empreendidas na década de 1990 não foram incompatíveis com o Estado de bem-estar social, não havendo ruptura com tal modelo, todavia, foram suficientes para inaugurar o que os doutrinadores passaram a denominar de Estado regulador, situação na qual o Poder Público gerencia e disciplina a ordem econômica, mas não atua com predominância como agente direto.

² As estatísticas mostram parte do problema. Nos Estados Unidos, os gastos públicos aumentaram de 7,5% do PIB em 1913, para 19,7% em 1937, para 27% em 1960, e para 49% em 2011. [...] Esses números, porém, não refletem totalmente a maneira como o governo se tornou parte de nossas vidas.

No Brasil,³ essa meia revolução teve início com a Medida Provisória n. 155/1990 – Governo do Presidente Fernando Collor, convertida na Lei n. 8.031/1990, que criou o Programa Nacional de Desestatização. Segundo o art. 1º, I e V, entre os objetivos do Programa estava o reordenamento da “posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”. À Administração pública cabia concentrar esforços nas atividades em que a presença do Estado fosse fundamental para a consecução das prioridades nacionais, portanto, a intervenção só deveria ocorrer nos setores estratégicos.

Na sequência, no ano de 1995, foi criado o “Plano Diretor da Reforma do aparelho do Estado”, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Esse plano chamou de retrocesso burocrático algumas disposições da Constituição Federal de 1988, como o aumento dos custos com o aparato administrativo – gastos com serviços públicos, bens e pessoal (BRASIL, 1995, p. 22). Nesse período o Estado brasileiro passou a adotar características mais explícitas de regulação propriamente dita, assim, enquanto na feição de bem-estar social o Estado participava como agente ativo da ordem econômica, por meio das diversas empresas estatais, na fase de Estado regulador, a participação era indireta, por meio do controle/gestão das atividades econômicas. Surgem as agências reguladoras para efetuar o comando de alguns setores econômicos estratégicos.

A predominância da posição do Estado como regulador da economia não teve, porém, o condão de eliminar o dirigismo econômico, cujo objetivo era a soberania econômica, que incluía o controle dos recursos naturais de interesse estratégico, como os minerais (CARVALHO, 2014, p. 47). Significa que a “meia revolução” perpetrada no Estado brasileiro não interferiu na rigidez estatal sobre os recursos minerais, desse modo, no campo da mineração, além de titular do domínio, a União autoriza/concede a pesquisa e a lavra de recursos minerais, nos termos do art. 176, § 1º, da Constituição Federal, constatando-se expressiva regulamentação e regulação do Estado brasileiro sobre o setor minerário. Neste

³ “A disseminação dessa doutrina, chamada *neoliberal*, entre os governos latino-americanos, a partir do Consenso de Washington (1989), foi feita pelo Fundo Monetário Internacional-FMI e pelo Banco Mundial, os quais condicionaram seus empréstimos à adoção de políticas de abertura econômica, de desestatização e de outro modelo de regulação econômica. Mas a adoção dessas políticas jamais foi realizada de uma só vez, nem foram completamente aceitas. As medidas para sua implantação foram tomadas paulatinamente no passar da década de 1990, e mesmo após sua intensificação na segunda metade daquele decênio não se pode dizer que o liberalismo clássico, estatofóbico, passou a vigor no Brasil.

[...]

A economia brasileira acatou as recomendações do Consenso de Washington, mas não absolutamente; a Reforma do Estado extinguiu monopólios e privatizou, mas sem a retração do aparelho estatal a ponto de se falar que ressurgiu o Estado mínimo. O Estado brasileiro é um Estado regulador (*neoliberalismo de regulação*)” (CLARK; NASCIMENTO; CORRÊA, 2008, p. 4183 e 4194).

ponto, faz-se necessário analisar os conceitos de regulação, autorregulação e regulamentação para melhor compreensão do tema.

III. A REGULAÇÃO ECONÔMICA, AUTORREGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

O termo regulação é polissêmico, sendo assim, importa indicar preliminarmente em qual sentido será adotado no presente texto. Em acepção lata, regulação designa toda forma de intervencionismo estatal na ordem econômica. Para Floriano de Azevedo Marques Neto (2005, p. 2):

[...] entende-se por regulação a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas.

Aqui, o significado varia de acordo com o modelo de intervenção econômica adotado pelo Estado. É possível vislumbrar diversas modalidades ou formas de regulação econômica, como a correção das falhas de mercado⁴, o exercício do poder de polícia, o estabelecimento de regras para o desenvolvimento de atividades econômicas, a garantia da livre concorrência, o controle de preços, a proteção do consumidor e do meio ambiente, a criação de tributos com o objetivo de induzir determinadas condutas por parte dos agentes econômicos etc.

Deve-se ressaltar que a palavra regulação não pode ser confundida o termo (em língua inglesa) *regulation*, que significa regulamentação (FRISON-ROCHE, 2005, p. 214-215) e remete à noção de Poder Regulamentar (expedir normas secundárias), que nem sempre está presente no conceito de regulação econômica.⁵

⁴ Na preleção de Fábio Nusdeo (2000, p. 166), “as falhas de mercado correspondem a situações nas quais os seus pressupostos de funcionamento não se fazem presentes, tornando-o operacional.

4) O mercado apresenta cinco falhas principais:

4.1) quanto à mobilidade de fatores – é uma falha de origem física ou cultural;

4.2) quanto ao acesso à informação – é uma falha de origem legal;

4.3) quanto à concentração econômica – é uma falha de estrutura;

4.4) quanto aos efeitos externos ou externalidades – é uma falha de sinal;

4.5) quanto ao suprimento de bens coletivos – é também uma falha de sinal, decorrente de uma falha de incentivo”.

⁵ A mesma autora traz exemplo elucidativo para diferenciar regulação de regulamentação:

“Para distinguir esses falsos amigos, um argumento ao absurdo basta: uma vez que se trata de linguagem, observa-se que os organismos qualificados expressamente como ‘autoridades de regulação’, por exemplo a Autoridade de regulação das telecomunicações (ART), não dispõem do poder regulamentar, o que supõe que é possível regular sem regulamentar – o sentido dos dois termos não pode portanto ser confundido. A regulação remete então não à regulamentação econômica (*‘regulation’*, em inglês), mas aos *‘regulatory systems’*, que exprimem o conjunto de dispositivos e instituições que exprimem essa nova forma de políticas públicas” (FRISON-ROCHE, 2005, p. 215).

Vital Moreira (1997, p. 35) assevera que, diante da extensão do conceito, é possível destacar três acepções da palavra regulação: (a) *lato sensu*, como todo mecanismo de intervenção estatal na economia; (b) numa acepção de menor amplitude, designa a intervenção estatal na ordem econômica por meios diversos da participação direta nas atividades econômicas, o que corresponde à coordenação/gestão das atividades econômicas privadas; (c) *stricto sensu*, como a limitação normativa das atividades econômicas privadas.

Valfredo de Andrade Aguiar Filho (2014, p. 86), por sua vez, aponta duas acepções jurídicas do termo regulação. Em sentido estrito (*stricto sensu*), regulação seria a função das autoridades estatais de organizar certos setores da economia (como mineração, petróleo etc.), enquanto em sentido abrangente (*lato sensu*), seria o papel dos órgãos que interferem na organização econômica, em todos os setores da economia, a exemplo do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

Neste texto, será adotada a acepção estrita do termo regulação, para designar a função do Estado em organizar o setor da mineração, mormente no tocante aos títulos e regimes minerários. Assim, a regulação exercida pelos órgãos ambientais na atividade minerária será abordada apenas de forma reflexa.

Por fim, cabe destacar que a autorregulação⁶ diz respeito à capacidade de o próprio setor estabelecer limites às atividades econômicas. Nas palavras de Calabró (2010, p. 44), o elemento mais importante do conceito de autorregulação é a força endógena ao organismo que comanda suas condutas, desse modo, “a força exógena pode influenciar a conduta do organismo, mas não a comanda”. Note-se, pois, que a mineração, se comparada aos demais setores econômicos, apresenta escassas possibilidades de exercer a autorregulação, em decorrência do rígido

⁶ Odete MEDAUAR (2002, p. 127-128) esclarece a diferença entre autorregulação induzida e autorregulação dirigida:

“Em alguns ordenamentos, como o italiano (no caso do Garante para a tutela dos dados pessoais, criado pela Lei 675/96) parece se incluir nas atribuições de regulação promover, no âmbito das categoria interessadas, na observância do princípio de representatividade, a elaboração de códigos de deontologia, de verificar a conformidade desses códigos à lei e aos regulamentos e de contribuir para a garantia de sua difusão e aplicação. Trata-se de uma *auto-regulação induzida* e controlada, como foi feito com jornalistas. Colson (op. cit., p. 515) inclui na regulação diferentes formas de auto-regulação oriundas dos próprios agentes que seriam regulados. o que nos parece duvidoso se não houver a atuação do poder público.

A literatura refere a *auto-regulação dirigida*: ocorre uma troca entre o Estado e grupos privados; estes aceitam limitar sua liberdade de ação sob dupla condição: a) garantia de não haver imposição de regulação autoritária; b) o poder público lhes conferir o poder de fixar normas para si próprios. Ex: bancos na Suíça (cf. Moran, *Le droit neo modeme des politiques publiques*, L.G.D.J., 1999. p. 140).

Mas pode haver auto-regulação sem a atuação do ente regulador e nesse caso, exclui-se da regulação. Ex: regulamentos de empresa; código de conduta da empresa; auto-regulamentação na área da publicidade; selos de qualidade; standards de qualidade. Cita-se o PANEL, criado em Londres em 1968, composto de profissionais encarregados de controlar o bom funcionamento do mercado de bolsa”.

controle estatal sobre a atividade. Contudo, verifica-se a força endógena nos códigos de ética e conduta das empresas mineradoras.⁷

Também constituem casos de manifestação interna do setor: o estabelecimento de preço dos minérios (produto da lavra), a abertura de vias de acesso para escoar a produção das minas, a tomada de medidas espontâneas de preservação/conservação ambiental, dentre outros. No entanto, deve-se reiterar que o efetivo controle da atividade está nas mãos da União e do DNPM; em outras palavras, o elevado grau de estatalidade impede que o ramo da mineração possua muitos exemplos de autorregulação como outros setores econômicos.

Esclarecidos os conceitos de regulação, regulamentação e autorregulação, analisar-se-á em seguida a regulação minerária no Brasil, com foco nas Constituições, no Código de Mineração e no Projeto de Lei que visa modificar esse último.

IV. REGULAÇÃO MINERÁRIA NO BRASIL

Um traço importante da regulação minerária diz respeito à propriedade e ao aproveitamento dos minérios, com desdobramentos em todo o marco regulatório. No Brasil, assim como na maior parte dos países da América do Sul, o subsolo e os minérios constantes na superfície terrestre pertencem ao Estado, desse modo, os títulos minerários seguem, em regra, o regime jurídico de direito público e os objetivos da mineração ficam atrelados ao interesse público.

A maior peculiaridade da atividade mineira, que a diferencia das demais, é a rigidez locacional,⁸ segundo a qual a atividade minerária somente pode ser desenvolvida no local em que ocorra a formação natural dos minérios. Este fato não atinge outras atividades econômicas, como comércio, indústria, que podem ser desenvolvidas não necessariamente em determinada localidade, como ocorre com a mineração.

Aliadas a essa característica, estão a raridade e a indispensabilidade dos recursos minerais, a permitirem que exploração e exploração ocorram mesmo em áreas de preservação

⁷ Em sentido contrário: “Diante deste cenário regulatório, fica evidente a completa exclusão de uma possível autorregulação ou corregulação no que tange ao direito minerário no Brasil. Apresenta-se, assim, a primeira premissa dos debates acerca de um sistema de certificação do setor minerário no Brasil: sua atuação está integralmente vedada no que concerne ao âmbito do exercício das competências legislativas e administrativas definidas pelo legislador constitucional quanto aos recursos minerais” (CARVALHO, 2014, p. 55).

⁸ “Em apenas algumas pequenas e raras porções do nosso planeta a natureza concentrou certos elementos, dando origem às jazidas minerais. Uma das características da mineração, como foi mencionado, é a sua rigidez locacional. Isso significa que a exploração e o aproveitamento mineral só podem ser realizados no local da existência da jazida” (HERRMANN; POVEDA; SILVA, 2008, p. 10-11).

permanente, em unidades de conservação ou em propriedade alheia (SERRA; ESTEVES, 2012, p. 42).⁹ Em decorrência da importância política, econômica, social e estratégica dos recursos minerais, não seria compatível com o interesse público deixar que seu aproveitamento ocorresse apenas mediante anuência do proprietário do solo.

Neste momento, importa destacar os sistemas de propriedade dos recursos minerais, segundo classificação proposta por Carlos Luiz Ribeiro (2005, p. 4-26), para, num segundo momento, analisar os instrumentos de regulação econômica minerária no Brasil.

4.1 Sistemas de propriedade minerária: regaliano, dominial imperial, acessão e dominial republicano

Na sequência histórica, pelo sistema regaliano, o subsolo e os minérios de superfície eram patrimônio da realeza, assim, a propriedade do solo era distinta do domínio do subsolo. Tal regime existiu no Brasil do início da colonização, sob a normatização das Ordenações Manuelinas¹⁰ até as Ordenações Filipinas, que mantiveram o domínio da realeza sobre os recursos minerais.

Conforme aponta Alfredo Ruy Barbosa (2003, p. 75), o sistema regaliano possui variações nos locais em que foi adotado, mas o traço comum é que “a concessão implicava a transferência de um bem dominical para o particular, mas a manutenção desse título dependia sempre do pagamento pontual de uma taxa conhecida como ‘regalia’”. Esse foi o sistema vigente no período colonial brasileiro, durante o qual a Coroa Real portuguesa cobrava uma compensação pela realização da atividade minerária, inicialmente conhecida como quinto (equivalente a um quinto do bem extraído), e, a partir de 1803, conhecida como dízimo - equivalente a dez por cento do bem extraído (FIGUEREDO, 2014, p. 19).

⁹ Os recursos minerais são de suma importância para o desenvolvimento econômico de qualquer Estado. Diferente do imaginário popular, a atividade minerária não se restringe às pedras preciosas, mas abrange a água mineral, os agregados da construção civil (areia, cascalho), calcário, mármore, ferro etc. Dessa forma, grande parte dos bens de consumo existentes no mundo depende dos minérios.

As casas, prédios, calçamento de ruas, ferramentas, automóveis, utensílios domésticos (como talheres, geladeira e fogão), computadores, televisores, enfim, “a vida da sociedade moderna está pautada na utilização dos recursos minerais” (SILVESTRE, 2007, p. 8).

¹⁰ Nos termos do Livro V, Título XCVI das Ordenações Manuelinas:

“Que peffoa algua nom tire ouro, nem prata, nem outras coufas das minas, e vieiros.

Porque alguas peffoas Fe atremetem a cauar, ou mandar cauar nas minas, e vieiros fem Noffa licença, nom lhe pertencendo, por feer coufa que pertence a Nós, Defendemos, e Mandamos, que ninhua peffoa de qualquer condiçam, e qualidade que feja, nom mande cauar, nem tirar, nem caue, nem tire das minas, ou vieiros, que em qualquer parte de Noffos Reynos, ou Senhorios efteuerem, ninhuu ouro, nem prata, nem cobre, nem eftanho, nem tinta, nem pedras preciofas de qualquer qualidade que fejam, fem Noffa licença. E qualquer que o contraio fezer perderá toda fua fazenda [...]” (PORTUGAL, 1450, s-p).

Por sua vez, o sistema dominial imperial, segundo Carlos Luiz Ribeiro (2005, p. 5-6), foi muito semelhante ao sistema regaliano. Mesmo depois da proclamação de independência do Brasil, a Lei de 20/10/1823 ratificou as legislações anteriores, assim, acrescenta o autor, alguns debates surgiram com a Constituição de 1824, que não tratou expressamente o domínio das jazidas, mas garantiu a plenitude do direito de propriedade, fato que motivou a tese de não haver mais a distinção entre a propriedade do solo e do subsolo.

Contudo, prevaleceu o entendimento de que os bens minerais pertenciam ao império. Scaff (2014, p. 102) considera que o regalismo esteve presente em todo o período do Brasil imperial, desse modo, a distinção entre regalismo e sistema dominial imperial não possui efeitos práticos; apenas o domínio passou da realeza para o império.

Após a Proclamação da República e o advento da Constituição de 1891, estabeleceu-se o sistema de acessão, também chamado de fundiário, no qual a propriedade do solo abrange a do subsolo. Vale dizer que o acessório (subsolo) segue o principal (solo). Na preleção de Carlos Luiz Ribeiro (2005, p. 6), a Constituição brasileira de 1891, no art. 72, § 17,¹¹ adotou tal sistema por influência do individualismo liberal, ideologia dominante na burguesia rural e nas forças armadas que depuseram o regime monárquico.

Todavia, é importante esclarecer que em tal sistema era possível encontrar a dominialidade pública nos recursos minerais, pois as terras devolutas poderiam ter como titulares da superfície – e por conseqüência do subsolo – ou a União ou os Estados federados (SCAFF, 2014, p. 103). O art. 64 da mencionada Constituição deixou claro que “pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais”.

¹¹ Veja-se o seguinte dispositivo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891:
“Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”
§ 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”.
Após a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, tal dispositivo passou a contar a seguinte redação:
“§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.
a) A minas pertencem ao proprietario do sólo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas.
b) As minas e jazidas mineraes necessarias á segurança e defesa nacionaes e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros”.

Além disso, o art. 72, § 17, ao mesmo tempo que vinculava o domínio das minas¹² à propriedade do solo, mencionou a possibilidade de a lei estabelecer limites ao exercício da atividade minerária. Carlos Luiz Ribeiro (2005, p. 6-7) aponta dois instrumentos normativos que estabeleceram tais limites: a Lei Pandiá Calógeras – Decreto nº 2.933/1915 – e a Lei Simões Lopes – Decreto nº 4.265/1921. O primeiro diploma trouxe interessante dispositivo¹³ que permitia a desapropriação de minas quando o superficiário recusava a realização de pesquisas para fins de mineração. A Lei Pandiá Calógeras ainda estabeleceu, no art. 2º,¹⁴ a separação entre o domínio do solo e do subsolo. Embora a propriedade desse último não tenha sido atribuída exclusivamente ao poder público, tal dispositivo representou importante avanço na superação do então sistema de acessão.

Foi a partir da Constituição de 1934, de clara influência nacionalista da Revolução de 1930, que se ultrapassou o sistema da acessão para estabelecer o sistema dominial republicano. Embora o sistema do Brasil imperial também tenha recebido a nomenclatura de dominial, esse possuía maior similitude com o sistema regaliano.

Entre as disposições expressas, a Constituição de 1934,¹⁵ no art. 118, estabeleceu que as minas e demais riquezas do subsolo são propriedades distintas da do solo. Por sua vez, o art. 119 condicionou o aproveitamento das minas e das jazidas minerais à autorização ou concessão federal; foi este dispositivo que originou a necessária aplicação do regime jurídico de direito público. Além disso, o art. 5º, XIX, *j*, trouxe a competência privativa da União para legislar sobre riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas e energia elétrica.

¹² Atualmente, segundo o art. 4º do Código de Mineração, mina diz respeito à jazida em lavra. Mas na época da vigência da Constituição de 1891, os diplomas que regulamentavam a atividade minerária, a exemplo do Decreto nº 2.933/1915, definiam mina como mina as massas minerais, apenas de alguns minérios, constantes no subsolo ou na superfície terrestre. Por tal razão, optou-se por deixar a terminologia mina – embora não mais corresponda ao contexto hodierno – nesta parte do texto que analisa o sistema de propriedade minerária na Constituição de 1891.

¹³ “Art. 17. Si o proprietario do sólo recusar seu consentimento para que se effectuem pesquisas em suas terras, fica reconhecido ao pretendente á pesquisa o direito de desapropriar as terras na fórma da legislação vigente.

§ 1º Si o proprietario de uma mina não lavrada recusar seu consentimento para que se effectue seu meneio por outrem, fica reconhecido a este o direito de desapropriar a mina na fórma da legislação vigente.

§ 2º Si o proprietario recusar receber a indemnização fixada no respectivo processo, poderá o desapropriante depositar a quantia, na fórma da lei, e, effectuado o deposito, o juiz expedirá mandado de imissão de posse, que não admittirá embargos de natureza alguma”.

¹⁴ “Art. 2º A mina constitue propriedade immovel, distincta do sólo, sendo alienavel isoladamente. Os accessorios permanentemente destinados á exploração, obras d'arte, construcções, machinas e instrumentos, animaes e vehiculos empregados no serviço da mina, bem como o material de custeio em deposito, são considerados immoveis”.

¹⁵ “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 [...]”.

A Constituição outorgada de 1937 não acarretou modificações relevantes no tocante à propriedade dos recursos minerais. Já a Constituição de 1946¹⁶ manteve a separação entre a propriedade das minas e as do solo, os regimes de autorização e concessão federais, mas estabeleceu o direito de preferência ao superficiário para o aproveitamento dos minérios. Beatriz Souza Costa (2009, p. 85-86) considera esta última previsão normativa como retrocesso, em virtude do viés privatista que representa, além de trazer o retorno sutil ao regime de acesso.

A Constituição de 1967¹⁷ não previu o direito de preferência ao superficiário no aproveitamento dos minérios. A nova disciplina garantia ao proprietário do solo a participação no resultado da lavra, calculada como o valor equivalente ao dízimo do imposto único sobre minerais.

Por fim, a Constituição de 1988 deixou expressamente consignado que os recursos minerais constituem bens da União (art. 20, IX). Em dispositivos insertos no Título VII, dedicado à ordem Econômica e Financeira, foi previsto que a pesquisa e a lavra dos recursos minerais somente ocorreria mediante autorização ou concessão da União, assegurada a participação do superficiário no resultado da lavra.¹⁸

¹⁶ “Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas [...]”.

¹⁷ “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.

§ 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.

§ 3º - A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais [...]”.

¹⁸ “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 anuência do poder concedente”.

V. A PROPOSTA DE NOVO MARCO REGULATÓRIO DA MINERAÇÃO

Atualmente, a regulação das atividades minerárias ocorre por meio do Decreto-Lei nº 227/1967 (Código de Mineração). O art. 3º deste menciona que a matéria regulada abrange os direitos sobre as substâncias minerais encontradas na superfície terrestre ou no subsolo, o regime de aproveitamento e a fiscalização pelo poder público federal da pesquisa, da lavra e das demais características da indústria mineral.

Contudo, nem todas as substâncias minerais são tratadas pelo Código, cujo art. 10 determina que serão regidos por Leis especiais:

I - as jazidas de substâncias minerais que constituem monopólio estatal; II - as substâncias minerais ou fósseis de interesse arqueológico; III - os espécimes minerais ou fósseis, destinados a Museus, Estabelecimentos de Ensino e outros fins científicos; IV - as águas minerais em fase de lavra; e V - as jazidas de águas subterrâneas.

Exemplo dessa legislação especial é o Código de Águas Minerais (Decreto-Lei nº 7.841/1945). A competência da União em gerir os recursos minerais abrange, segundo o art. 1º do Código de Mineração, “a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais”. Por sua vez, a execução do código e das respectivas matérias reguladas compete do Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), nos termos do art. 3º, § 2º, do mesmo diploma.

Ocorre que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 5.807/2013, de iniciativa do Poder Executivo, que pretende criar novo Código de Mineração. Entre as alterações previstas está a transformação do DNPM em agência reguladora, sob a denominação de “Agência Nacional de Mineração – ANM”.

Neste ponto, é preciso analisar se a modificação proposta pelo PL nº 5.807/2013, no tocante à criação da ANM, verificando se haverá efetiva alteração no perfil regulatório da entidade. Para tanto, será tratada, num primeiro momento, a atual estrutura do DNPM (atribuições e finalidades) e o modelo das agências reguladoras no Brasil, para depois compará-lo ao perfil da ANM constante no mencionado PL.

5.1 A transformação do Departamento Nacional de Produção Mineral em Agência Nacional de Mineração

5.1.1 A atual estrutura do DNPM

O Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) foi criado pelo Decreto nº 23.979/1934, como órgão do Ministério da Agricultura. Atualmente, possui natureza jurídica de autarquia – Lei nº 8.876/1994 e Decreto nº 1.324/1994 – vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

A finalidade e a competência do DNPM estão dispostas no seguinte preceito da aludida Lei:

Art. 3º A autarquia DNPM terá como finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõe o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa, competindo-lhe, em especial:

I - promover a outorga, ou propô-la à autoridade competente, quando for o caso, dos títulos minerários relativos à exploração e ao aproveitamento dos recursos minerais, e expedir os demais atos referentes à execução da legislação minerária;

II - coordenar, sistematizar e integrar os dados geológicos dos depósitos minerais, promovendo a elaboração de textos, cartas e mapas geológicos para divulgação;

III - acompanhar, analisar e divulgar o desempenho da economia mineral brasileira e internacional, mantendo serviços de estatística da produção e do comércio de bens minerais;

IV - formular e propor diretrizes para a orientação da política mineral;

V - fomentar a produção mineral e estimular o uso racional e eficiente dos recursos minerais;

VI - fiscalizar a pesquisa, a lavra, o beneficiamento e a comercialização dos bens minerais, podendo realizar vistorias, autuar infratores e impor as sanções cabíveis, na conformidade do disposto na legislação minerária;

VII - baixar normas, em caráter complementar, e exercer fiscalização sobre o controle ambiental, a higiene e a segurança das atividades de mineração, atuando em articulação com os demais órgãos responsáveis pelo meio ambiente e pela higiene, segurança e saúde ocupacional dos trabalhadores;

VIII - implantar e gerenciar bancos de dados para subsidiar as ações de política mineral necessárias ao planejamento governamental;

IX - baixar normas e exercer fiscalização sobre a arrecadação da compensação financeira pela exploração de recursos minerais, de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal;

X - fomentar a pequena empresa de mineração;

XI - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da garimpagem em forma individual ou associativa. [grifo nosso]

Da análise do dispositivo, vê-se que o DNPM é entidade dotada do poder de polícia minerário, cujo funcionamento pode ser vislumbrado, por exemplo, no dever de fiscalizar a lavra e autuar infratores. Além disso, é possível perceber clara função regulatória, ao fomentar a produção mineral, formular diretrizes da política mineral, editar normas em caráter complementar, dentre outras. Para exercer de forma especializada tal função, o DNPM também possui a competência de acompanhar o desempenho da economia mineral, tanto nacional quanto internacional, divulgando relatório de análises.

Como dito anteriormente, o presente texto adota a acepção do termo regulação como papel das autoridades estatais de organizar certos setores da economia, nesse sentido, o DNPM possui a função de organizar o setor econômico da mineração.

Além disso, analisando-se a regulação como “a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica” (MARQUES NETO, 2005, p. 2), percebe-se que o DNPM efetua a função regulatória, posto que a atividade dessa autarquia consiste na intervenção indireta na economia, com atos de gestão, condicionamento, normatização e restrição da atividade minerária.

Feitos estes comentários sobre a atual estrutura do DNPM, serão verificados a seguir o perfil das agências reguladoras no Brasil e os impactos da modificação do mencionado Departamento em ANM.

5.1.2 O perfil das agências reguladoras no Brasil

As agências reguladoras surgiram no Brasil, conforme mencionado, a partir do processo de privatização das estatais que prestavam serviços públicos em regime de monopólio. Com o novo modelo regulatório, fez-se necessário criar agências destinadas a “fazer com que os serviços públicos e as empresas estatais entregues à iniciativa privada não deixem de atender à função social, sem que se frustrem, claro, as expectativas de lucro do agente privado” (CAMARGO, 2000, p. 25).

Sobre o aspecto da função social, é importante destacar que alguns setores possuem importância estratégica, a exemplo das telecomunicações, do petróleo, da energia e da mineração, cuja atuação deficitária poderia acarretar sérios prejuízos à sociedade. Nesse sentido, o exercício de tais atividades econômicas por parte da iniciativa privada necessita do

controle estatal por meio de entidades especializadas, com poderes de planejamento e fiscalização.

Já a respeito de garantir a expectativa de lucro dos agentes privados, deve-se ressaltar que a desestatização ocorreu em setores que exigem elevado aporte financeiro para o funcionamento, como as telecomunicações. Nessa senda, a criação das agências reguladoras dotadas de certa independência em relação aos Ministérios também assegurou que os investidores privados não ficassem à mercê das modificações políticas do poder executivo, que poderiam ser perpetradas por mero diletantismo dos agentes.

Destarte, as agências reguladoras possuem a natureza jurídica de autarquias em regime especial, segundo o art. 1º da Lei nº 10.871/2004. Por sua vez, tais entes possuem certa independência, que é caracterizada pela necessidade de o Presidente ou Diretor-Geral apresentar formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade, cuja nomeação deve ocorrer pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal (art. 5º, Lei nº 9.986/2000). Além disso, os dirigentes terão mandato fixo e só poderão perdê-lo em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado, ou processo administrativo disciplinar (art. 9º, Lei nº 9.986/2000). Já os ex-dirigentes são impedidos de exercer qualquer atividade no setor regulado pela agência, no período de quatro meses após o fim do mandato (art. 8º, Lei nº 9.986/2000) – conhecido como quarentena.

Como função reguladora,¹⁹ as agências devem fiscalizar, gerir, planejar e exercer o poder normativo em relação ao setor em que atuam.

5.1.3 Impactos da transformação do DNPM em ANM.

Embora o DNPM não possua natureza jurídica de autarquia reguladora em regime especial, é clara sua função regulatória em relação ao setor da mineração, em virtude do exercício do poder normativo, fiscalizatório, de fomento etc.

¹⁹ “[...] a regulação contempla uma gama mais ampla de atribuições, relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções. Às agências reguladoras, no Brasil, tem sido cometido um conjunto diversificado de tarefas, dentre as quais se incluem, a despeito das peculiaridades de cada uma delas, em função da diversidade de textos legais, as seguintes:

- a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;
- b) universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos;
- c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural;
- d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão;
- e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.” (BARROSO, 2002, p. 300-301)

Em relação aos poderes normativo e de fiscalização do DNPM, o modelo é bastante semelhante ao das atuais agências reguladoras. É que o art. 3º, VII, da Lei nº 8.876/1994 prevê a possibilidade de a entidade baixar normas e exercer fiscalização sobre o controle ambiental, higiene e segurança da atividade minerária, cuja atuação deve ser articulada com os órgãos de meio ambiente e saúde dos trabalhadores. Sem falar que o controle exercido sobre a atividade abrange desde a produção até o consumo dos minérios.

Embora não possua estrutura de agência reguladora, “isto não lhe diminui o caráter regulatório. Basta observar um pouco da história do órgão, suas funções e algumas características que o assemelham aos órgãos reguladores da atualidade” (GARCIA, 2009, p. 79).

Mesmo antes da adoção predominante do modelo de Estado regulador, a atividade minerária já estava sujeita ao controle efetivado por entidade especializada.

Quando ao exercício da função reguladora, entende-se que a transformação em ANM não trará alterações significativas nas atribuições do DNPM. Contudo, o setor da mineração e a sociedade terão maior segurança na atuação da entidade, sobretudo no tocante às ingerências administrativas, que deverão ser minoradas com certo grau de independência em relação ao Ministério de Minas e Energia.

Como asseverado em momento anterior, no Estado de bem-estar social, a regulação econômica estava atrelada, basicamente, aos objetivos de promover o bem comum por meio da correção das falhas de mercado, da redução das externalidades negativas²⁰ e dos monopólios naturais (FEITOSA, 2007, p. 201). Com o advento do Estado regulador, passou-se a perceber a existência não apenas das falhas de mercado, mas também das falhas de governo, cujos agentes públicos poderiam sofrer influência de grupos privados para que a atividade reguladora não fosse destinada ao interesse público (FEITOSA, 2007, p. 202-203). Em outras palavras, as falhas ocorrem não apenas no âmbito do mercado, mas também por parte do Poder Público.

Nesse sentido, o novo contexto de agência reguladora da mineração poderá reduzir as possibilidades de falhas de governo, em virtude da independência da entidade.

²⁰ Fábio Nusdeo (2000, p. 152-153) traz um exemplo elucidativo do conceito de externalidade: “Imagine-se uma lavanderia que estenda roupa lavada em um gramado a fim de secá-la ao sol. Após algum tempo, uma usina metalúrgica instala-se nas vizinhanças e de sua chaminé é expelida fumaça preta, bojada de partículas de fuligem que se depositarão sobre a roupa estendida. Haverá aí um custo adicional para a lavanderia, imposto pela usina. Ou, o que dá na mesma, ela transferiu um custo que era seu, pois ela é a responsável pela combustão imperfeita de onde provém a fuligem. [...] O exemplo pode ser levado adiante. A fumaça preta, certamente, afetará as vias respiratórias dos moradores locais – clientes ou não da lavanderia -, os quais terão custos adicionais com a compra de remédios, consultas médicas ou temporadas para mudança de ar”.

É de se destacar que o PL nº 5.807/2013 traz importantes disposições no tocante à aplicação do regime jurídico de direito público aos bens minerais. No capítulo III, seção I, é prevista a realização de licitação para a obtenção de títulos minerários, competindo à ANM a promoção das licitações e chamadas públicas, segundo o art. 25, IV, PL nº 5.807/2013. Por sua vez, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo dispôs expressamente sobre o dever de a ANM comunicar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a existência de fato que possa caracterizar infração à ordem econômica.

Verifica-se, pois, em brevíssima análise, que a transformação do DNPM em ANM não trará alterações significativas no tocante ao exercício da função reguladora. No entanto, a estrutura administrativa própria das agências de regulação poderá possibilitar maior segurança à União (titular do domínio sobre os bens minerais), ao setor industrial e à sociedade.

VI. MINERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO: a tensão entre o direito humano ao desenvolvimento e o direito econômico do desenvolvimento

Para Feitosa (2013, p. 173), a relação entre desenvolvimento e direitos teria migrado do âmbito estatal ou interestatal econômico para o campo dos direitos individuais, transindividuais e globais, entre fins dos anos de 1960 até meados de 1980. No início do processo, pela criação da chamada Nova Ordem Econômica Internacional – NOEI, depois, com a Declaração do Direito Humano ao Desenvolvimento, Resolução 41/128, da Assembleia Geral da ONU, de dezembro de 1986. Nesse percurso, o desenvolvimento movimentou-se das discussões em torno de temas como soberania nacional, comércio internacional, transferência internacional de bens, industrialização, cooperação internacional entre países, reestruturação de setores econômicos, entre outros, para os debates sobre a autodeterminação dos povos, a efetivação dos direitos de primeira e de segunda dimensões, a proteção à dignidade humana, democracia, informação, pluralismo das fontes, entre outros tópicos.

A inflexão mostra as diferenças entre cooperação internacional para o desenvolvimento econômico e solidariedade pessoal, transnacional e global em prol do desenvolvimento humano. Eis os campos de ação do *Direito Econômico do Desenvolvimento* (DdD) e do *Direito Humano ao Desenvolvimento* (DaD), sendo o trajeto entre um e outro identificado no caminho da consolidação dos DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com destaque para as duas últimas vertentes desse bloco de direitos, quais sejam, os direitos sociais e culturais.

Assim, enquanto o direito do desenvolvimento estaria situado no âmbito do direito econômico, possível de se efetivar mesmo num quadro “de PIB elevado e IDH baixo” (FEITOSA, 2013, p. 175), o direito humano ao desenvolvimento diz respeito aos “direitos sociais e culturais de coletividades atingidas pelos impactos negativos das externalidades econômicas, quando pugna pela proteção ambiental em benefício da espécie humana ou quando atua na luta pela inclusão social dos povos do planeta” (FEITOSA, 2013, p. 174), somente se realizando em contexto de IDH elevado e de respeito aos direitos humanos coletivos. Sua efetivação não ocorre pelo crescimento econômico que gera emprego e escolas, mas pelo desenvolvimento que respeita o direito ao trabalho, à educação, à saúde integral, ao meio ambiente, à cultura, “consideradas as necessidades fundamentais da sociedade” (FURTADO, 1974, p. 76).

Para Feitosa (2013, p. 175), se bem conduzidos e mutuamente respeitados, “o direito do desenvolvimento e o direito ao desenvolvimento podem conviver pacificamente e alcançar resultados exitosos de instrumentalização das estruturas econômicas e sociais para a materialização de direitos, em benefício humano”. Compreende-se que essa possibilidade de harmonização entre as duas perspectivas poderia ser almejada na estrutura regulatória da mineração, visto que a atividade minerária, além de elevar o Produto Interno Bruto (PIB) do país, pode trazer benefícios econômicos à coletividade e ao Estado. No entanto, se mal conduzidos, ou quando a prioridade for principalmente econômica, em detrimento dos aspectos humanos e socioambientais, pode ocorrer o desrespeito a ambos os direitos ou a preponderância do mais forte, qual seja o direito econômico do desenvolvimento, que, por exemplo, resolve a questão do emprego, mas não enfrenta a desigualdade e a exploração humana nos campos de extração mineral.

Como dito, no Brasil, os recursos minerais constituem bens da União. Assim, foi instituído, por meio da Lei nº 7.990/1989, e com base do art. 20, § 1º da Constituição Federal de 1988, a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM), com natureza jurídica de preço público, cuja fiscalização compete ao DNPM, tida como base de cálculo o faturamento líquido da venda do produto mineral, cuja alíquota varia de acordo com a classe de substância mineral (art. 2º, § 1º, Lei nº 8.001/1990). A receita desta obrigação é repartida, segundo a Lei nº 8.001/1990, na seguinte proporção: 65% para o Município produtor; 23% para o respectivo Estado, e 12% para a União.

Eis, pois, o suporte para o financiamento do desenvolvimento. A edibilidade em que for realizada a atividade mineradora ficará com a maior parcela desses *royalties* minerários, com

potencial para incrementar o PIB e o crescimento econômico dessas localidades. Em pesquisa sobre a aplicação das receitas da CFEM, Maria Amélia Enríquez (2008, p. 361-362) concluiu que os principais problema na aplicação dessa receita nos municípios mineradores estão relacionados “ao nível de ocupação populacional e à melhor equidade com a distribuição da renda, provavelmente pela falta de um aparato legal e institucional consolidado, no sentido de criar mecanismos indutores que disciplinem de que forma a atividade mineradora deve contribuir”. O fato é que a disciplina legal dessa receita fiscalizada pelo DNPM carece de novo tratamento.

Considerando-se que os minérios constituem recursos naturais não renováveis, tem-se que as atividades de exploração e exploração são causadoras de degradação ao meio ambiente e mesmo as medidas mitigadoras, a exemplo da obrigatoriedade de o minerador realizar a recuperação da área degradada, não possuem o condão de anular as perdas ambientais. Faz-se mister que a atividade mineradora promova a sustentabilidade socioambiental, para equacionar o crescimento econômico ao direito humano ao desenvolvimento, com amplo respeito pela conservação ambiental em benefício da coletividade presente e futura.

Ressalte-se, contudo, que a construção teórica da sustentabilidade, muitas vezes, é reduzida aos objetivos que os agentes consideram relevantes, conforme preleciona Konrad Ott (2003, p. 59), podendo produzir resultados que não sejam os mais adequados à proteção ambiental. Em outras palavras, como a sustentabilidade visa a combinar o uso econômico e a proteção ambiental, a aplicabilidade desse princípio pode trazer consequências apenas vantajosas sob o ponto de vista econômico e, quando há a ponderação de dois valores, um pode prevalecer sobre o outro. Por essa razão, o autor afirma que o desenvolvimento só é desenvolvimento se promover um estado sustentável (OTT, 2003, p. 60), ou seja, em respeito à sustentabilidade, o bem ambiental e seu uso social e humano deve sempre prevalecer.

Diante disso, seria possível graduar duas sustentabilidades: a fraca e a forte. A primeira admite a degradação do capital natural, desde que o capital artificial seja produzido na mesma proporção para as gerações futuras (OTT, 2003, p. 62), enquanto a segunda, a sustentabilidade forte, reconhece que a esfera humana está contida na biosfera, nesse sentido, os limites naturais devem restringir as ações humanas (OTT, 2003, p. 62). Perceba-se que, para a convivência harmônica entre o direito econômico do desenvolvimento e o direito humano ao desenvolvimento, faz-se necessário adotar o conceito de sustentabilidade forte, no qual a degradação produzida pela atividade minerária deve ser menor do que o capital artificial produzido.

Por fim, a alteração trazida pelo PL nº 5.807/2013, no tocante à transformação do DNPM em ANM, pode representar instrumento de harmonização entre o direito humano ao desenvolvimento e o direito econômico do desenvolvimento. Como visto, o advento da agência reguladora poderia trazer maior segurança ao Poder Público, ao setor minerário e à sociedade, desde que conseguisse minorar a interferência política no Poder Executivo no setor regulado, além de garantir a prevalência do regime jurídico de público, pela realização de licitação e chamada pública para a obtenção de títulos minerários e também pelo respeito aos ditames internacionais de consulta pública prévia e informada para as coletividades impactadas pelas atividades de mineração. É necessário um reforço no marco regulatório de modo a ponderar o DdD e o DaD, com prevalência deste e das normativas internacionais de proteção humana.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade minerária no Brasil está teoricamente submetida ao rígido controle estatal, visto que os recursos minerais constituem bens da União, que autoriza a pesquisa e concede a extração. No atual modelo regulatório infraconstitucional, o DNPM exerce a função de agente regulador, bastando observar seus deveres de fomentar a produção mineral, formular diretrizes da política mineral, editar normas em caráter complementar, entre outros. Para exercer de forma especializada tal função, essa autarquia também possui a competência de acompanhar o desempenho da economia mineral, nacional e internacional, divulgando relatório de análises.

A transformação do DNPM em agência reguladora, nos moldes do PL nº 5.807/2013, pode acarretar avanços na estrutura administrativa, na medida em que tende a diminuir a ingerência do Poder Executivo sobre o setor. Outra modificação importante consiste na competência de a ANM promover licitações e chamadas públicas para a obtenção de títulos minerários e o projeto contém ainda previsão expressa no sentido de que a agência deverá comunicar ao CADE, quando tiver conhecimento, sobre eventuais atos que caracterizem infração à ordem econômica. Esse reforço de atuação pode controlar desmandos e excessos atualmente cometidos.

O mais importante, todavia, é considerar que a eventual modificação legislativa seja pautada não apenas pelas metas de crescimento econômico desordenado e voltado para o beneficiamento dos agentes de mercado, mas direcionada ao desenvolvimento humano e ao atendimento das necessidades coletivas e das metas de sustentabilidade social ambiental forte. Sendo assim, a proposta de transformar o DNPM em ANM pode vir a contribuir para a

harmonização entre o direito humano ao desenvolvimento e o direito econômico do desenvolvimento, sobretudo em virtude da prevalência do regime jurídico de direito público.

REFERÊNCIAS

AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade. **Regulação econômica ambiental**: poder normativo entre Agência Nacional de Águas e a Agência Nacional do Petróleo. 215 f. Tese (Doutorado em Direito Público e Evolução Social) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro: 2014.

BARBOSA, Alfredo Ruy. A natureza jurídica da concessão minerária. In: SOUZA, M. G. Direito minerário aplicado. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 69-97.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **R. Dir. Adm.** 229, p. 285-311. Rio de Janeiro: Jul./Set. 2002.

BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso 18 fev. 2016.

CALABRÓ, Luiz Felipe Amaral. **Teoria palco-platéia**: a interação entre regulação e autorregulação do mercado de bolsa. 182 f. Tese (Doutorado em Direito, Departamento de Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, São Paulo: 2010.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

CARVALHO, Luiz Souza Lima da Silva. **A mineração responsável**: limites para a autorregulação socioambiental do setor mineral no Brasil. 268 f. Tese (Doutorado em Direito Ambiental, Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Universidade de São Paulo, São Paulo: 2014.

CLARK, Giovani; NASCIMENTO, Samuel Pontes do; CORRÊA, Leonardo Alves. Estado regulador: uma (re)definição do modelo brasileiro de políticas públicas econômicas. **In Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 4180-4196.

COSTA, Beatriz Souza. **O gerenciamento econômico do minério de ferro como bem ambiental no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Fiuza, 2009.

ENRÍQUEZ, Maria Amélia. **Mineração**: maldição ou dádiva? Os dilemas do desenvolvimento sustentável a partir de uma base mineira. São Paulo: Signus Editora, 2008.

FEITOSA, Maria Luiza de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos**: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento. Limites e confrontações. In FEITOSA, M. L. A. M.; FRANCO, F. C. O.; PETERKE, S.; VENTURA, V. A. M. F. **Direitos humanos de solidariedade**: avanços e impasses. Curitiba: Appris, 2013. p. 171-240.

FIGUEREDO, Douglas Dias Vieira de. **A União como gestora dos recursos minerais e sua repercussão no enquadramento das receitas oriundas da CFEM**. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2014.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. O paradigma vestefaliano e o Estado contemporâneo: o que 1648 tem ainda a dizer em 2008? In NOVELINO, M.; ALMEIDA FILHO, A. **Leituras complementares de Direito Constitucional**: Teoria do Estado. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 71-93.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. Tradução de Thales Morais da Costa. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Ano 3, n. 9, p. 207-217, Belo Horizonte: jan./mar. 2005.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

GARCIA, Pedro A. Mineração: regulação e concorrência. In SOUZA, M. M. G. **Direito minerário em evolução**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 77-91.

HAYEK, F. A. Os princípios de uma ordem social liberal. In CRESPIGNY, A.; CRONIN, J. **Ideologias políticas**. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981. p. 47-63.

HERRMANN, Hildebrando; POVEDA, Eliane Pereira Rodrigues; SILVA, Marcus Vinicius Lopes da. **Código de Mineração de A a Z**. Campinas: Millennium Editora, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: Why Liberty Depends on Taxes. New York and London: W. W. Norton & Company, 1999.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 1, fevereiro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso: 09 mar. 2015.

MEDAUAR, Odete. Regulação e auto regulação. **R. Dir. Adm.** 228, p. 123-128. Rio de Janeiro: Abr./Jun. 2002.

MICKLETHWAIT, John. **A quarta revolução**: a corrida global para reinventar o Estado. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. 1.º Ed. São Paulo: Portfólio-Penguin, 2015.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OTT, Konrad. The case for strong sustainability. In OTT, K.; THAPA, P. P. (eds.). **Greifswald's environmental ethics**. Greifswald: Stein Becker Ulrich Rose, 2003.

PIERSON, Paul. **Welfare State?** Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment. Cambridge: Cambridge University press, 1995.

PORTUGAL. **Ordenações Manuelinas n.º 96 de 13/03/1450**. Disponível em: <<https://www.diariodasleis.com.br/tabelas/ordenacoes/1-274-102-1450-03-13-96.pdf>>. Acesso 29 mar. 2016.

RIBEIRO, Carlos Luiz. **Tratado de direito minerário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia**: aspectos constitucionais, financeiros e tributários. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SERRA, Silvia Helena; ESTEVES, Cristina Campos. **Mineração**: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. Coleção Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVESTRE, Mariel. **Mineração em área de preservação permanente**: intervenção possível e necessária. São Paulo: Signus Editora, 2007.