REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA



ISSN 2595-5667

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

Diagramação e Layout:

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

SUMÁRIO

Apresentação 005
Emerson Affonso da Costa Moura

Marco regulatório da mineração no: a disputa entre o direito humano ao desenvolvimento e o direito econômico do desenvolvimento 007
Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa e Pedro Henrique Sousa de Ataíde

A quem pertence a propriedade mineral? Estudo à luz do Estado Democrático de Direito 032
Rafhael Frattari e Jairo Boechat Junior

O meio ambiente, a exploração de minérios e as falhas do mercado 060
Marilia Gabriela Lira

Autorregulação e responsabilidade social da empresa no setor minerário: a experiência com o "Programa Mineração" 086
Rodrigo da Fonseca Chauvet

O perigo extraordinário da mineração e o consentimento administrativo como fator de atribuição de responsabilidade civil para a União Federal 103
Eduardo Faria Fernandes e Sérgio Foster Perdigão

A tutela estatal do meio ambiente frente à mineração: axiomas, dilemas, possibilidades e perspectivas normativas 133
Paulo Sérgio Mendes César

Lições de Mariana e a contaminação do rio doce 169
Juliana Alves de Araújo Bottechia, Marcia Barbosa Gobira e Ana Lucia Martins Sousa

O direito à água: dever do Estado e a contaminação do rio doce 188
Amanda Eloá Oliveira Moreira e Amanda Martins Torres

Regulação da Mineração e Responsabilidade por Dano Ambiental: O Caso do Rio Doce 220
Lane Dias Ribeiro

A solidariedade na responsabilidade por colapso omissivo regulatório e fiscalizatório do Estado na área ambiental: o dramático episódio do rio doce 249
Flavio Antonio de Oliveira

A QUEM PERTENCE A PROPRIEDADE MINERAL? ESTUDO À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

WHO DOES MINERAL PROPERTY BELONG TO? STUDY IN THE LIGHT OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

RAFHAEL FRATTARI
Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado

JAIRO BOECHAT JUNIOR
Mestre em Direito Público pela Universidade FUMEC/MG.

Data de submissão: 28/11/2016
Data de aprovação: 09/02/2017

RESUMO: Está em discussão no Congresso Nacional o Projeto de lei 5807/2013, que introduzirá no cotidiano o novo Código de Mineração. O momento é propício e conveniente para discussão sobre alguns conceitos que são fundamentais para solucionar recorrentes controvérsias na área minerária. A pesquisa indica que existe muitos conflitos discutindo o uso prevalente a ser dado para áreas já titularizadas para extração mineral. As disputas geram insegurança jurídica, afastando investidores nacionais e internacionais da atividade minerária. O presente trabalho propõe uma visão da função social da mineração separada do direito de propriedade minerário e da própria propriedade mineral. Desta forma acredita-se ser mais fácil solucionar os conflitos de um modo democrático, sem atabalhoamento, construindo a melhor solução para o caso concreto e ainda sem desrespeitar qualquer dos direitos humanos envolvidos. Estando as definições claras no Código de Mineração, o investidor irá conhecer as regras que decidirão cada conflito de interesse, e irá decidir por fazer ou não o investimento. Entende-se que conceitos pouco definidos fazem com que os riscos sejam majorados nas projeções que antecedem os investimentos, da mesma forma que as certezas podem diminuir a taxa mínima de atratividade exigida para se fazer investimentos na mineração, geralmente vultosos.

PALAVRAS-CHAVES: Novo Código de Mineração; direito de propriedade; função social da mineração; direitos humanos;

ABSTRACT: It is under discussion in the National Congress the project 5807/2013, which will introduce the new Mining Code. The time is propitious and convenient to discuss some concepts that are fundamental to solve recurrent disputes in the mining area. Research indicates that are many conflicts discussing the prevalent use to be given to areas already securitized for mineral extraction. The disputes generate legal uncertainty, away from national and international investors of mining activity. This paper proposes a vision of the mining social function, separated of the mining property rights and own mineral property. Therefore, it is believed to be easier to resolve conflicts with a democratic way, without turmoil, constructing the best solution to the case and still with no disrespect to any of the human rights. With clear definitions of the Mining Code, the investor would know the rules that would decide every conflict of interest, and would be able to decide about investing or not. Poorly defined concepts makes the risks of investing scaled up in the projections, the same way that assurance could reduce the attractiveness minimum rate required to make investments in mining, which are generally bulky.

KEYWORDS: New Mining Code; property rights; mining social function; human rights.

I. INTRODUÇÃO

A resposta à indagação que intitula o trabalho pode contribuir na busca de solução para recorrentes conflitos entre diferentes utilidades públicas para uso de áreas já titularizadas para exploração mineral, problema levantado pela pesquisa.

Parte-se da premissa de que o recurso mineral é imprescindível para a sociedade, escasso, de única safra, que depende de vultosos investimentos para ser revelado e disponibilizado para o uso, e ainda que se trata de atividade econômica de alto risco para os investidores privados. A importância da mineração para a vida humana é facilmente constatada com um simples olhar para o mundo que nos entorna, onde pode ser encontrado em praticamente todas as coisas construídas pelo homem o recurso mineral, direta ou indiretamente.

A resposta à pesquisa poderá auxiliar a comunidade científica a apresentar propostas para ajustar o projeto do Novo Código de Mineração, PL nº 5807/2013, que foi idealizado pelo Poder Executivo, e se encontra atualmente em discussão no Congresso Nacional. A norma em gestação poderá diferenciar os conceito e alcance da expressão "direito de propriedade" quando aplicado na mineração, demonstrar a diferença jurídica entre o direito e a propriedade propriamente dita e também estabelecer parâmetros para verificar se o bem mineral está cumprindo a sua melhor função social.

Deve-se levar em consideração que a propriedade é aquilo que a lei diz que é, enquanto a melhor função social sempre será uma resposta transitória, que poderá ser modificada por entendimento superveniente. O direito de propriedade, porém, tem maior estabilidade, enquanto clausula pétrea constitucional e ainda protegido por tratados internacionais de direitos humanos, conforme será demonstrado adiante, a que o Brasil, soberanamente, se obrigou a cumprir. A estabilidade está intimamente ligada a sua dimensão apenas patrimonial, no qual nem mesmo o interesse coletivo secundário[21] (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003) deva, necessariamente, prevalecer sobre o interesse privado. O direito de propriedade também está ligado ao princípio da igualdade, devendo os custos patrimoniais do interesse coletivo serem suportados por toda a sociedade.

[21] "Nisso, aqueles que a defendem tomam-na como a atender interesse coletivo, mas deixam de atentar para a dualidade entre o interesse coletivo primário, a beneficiar todos, e o interesse coletivo secundário, ou seja, os momentâneos e isolados da Administração Pública, sempre sujeitos aos ares da política governamental em curso".

Existem diversas respostas simplistas que não solucionam o problema quando observado sob paradigmas compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Para compreender a dimensão do problema foram examinados os anais da assembleia constituinte, a Constituição em vigor, o Código de Mineração, o Código Civil, tratados internacionais em que o Brasil é signatário, com passagens nas normas que regem a desapropriação, o processo administrativo, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dentre outras, bem como a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores.

Também foram analisadas as transformações na propriedade dos recursos minerais ao longo do tempo a partir das especificações do atual Código de Mineração.

No artigo será proposta uma nova compreensão para a propriedade mineral, com o intuito de apenas iniciar os debates acadêmicos e propiciar a construção de definições conceituais, que se considerem atuais e compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

II. DIREITO DE PROPRIEDADE NA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

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 vivemos por opção política e constitucional, a vida não seria possível sem a observância do direito de propriedade. Ronald H. Coase, agraciado com o Premio de Ciências Económicas em 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. (COASE, 2016)

Utilizando do Poder Constituinte, o legislador optou por garantir, como clausula pétrea, o direito de propriedade, sem qualquer distinção ou restrição, conforme consta no art. 5º, inciso XXII, utilizando do seguinte texto: "é garantido o direito de propriedade"; (BRASIL, 1988).

O inciso constitucional é compatível com a Convenção Americana dos direitos humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) (OEA-ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), a que o Brasil soberanamente se obrigou a cumprir, (BRASIL, 1992), que assenta:

> 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.

Também encontra similaridade com o previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos. (ONU-ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

> Artigo XVII
>
> 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
>
> 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

As garantias provenientes dos tratados internacionais e das normas garantidoras dos direitos e garantias individuas não podem ser desconsideradas ao se interpretar os textos. E permanece válido e atual o axioma de que: "a Constituição não tem palavras inúteis".

Ao examinar teses constitucionais discordantes, e para chegar a sua conclusão, a Min. Cármen Lúcia do STF, reafirmou, recentemente, o princípio: "Em que pese haver razoabilidade em tal corrente, filio-me ao entendimento contrário, por entender que na interpretação constitucional não se pode presumir que o constituinte - originário ou derivado - usou palavras inúteis". (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016)

Vigentes e inquestionável a aplicabilidade da garantia aos direitos humanos, inclusive os contidos em tratados internacionais inseridos na Constituição conforme abaixo transcrito.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
>
> § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Devem ser ainda considerados como vigentes e permanentes como normativos do Estado brasileiro, por força ainda do art. 60 da Constituição, em seu parágrafo IV, verbis:

> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
>
> (...)

> IV - os direitos e garantias individuais.

Nos princípios constitucionais que regem a ordem econômica, também inseridos pelo poder constituinte, se destaca:

> 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: (...) (BRASIL, 1988)
>
> II - propriedade privada;
>
> III - função social da propriedade;

A constituição proíbe o confisco do direito de propriedade ainda que apresentado sob a forma de impostos. (CRFB, art. 150, IV). (BRASIL, 1988)

A eficácia das opções políticas dos constituintes não estará sob análise. No julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.356 MC/DF, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

> A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de "originário") não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validez e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011)

Teremos que conviver com as definições pétreas constitucionalmente adotadas, e devemos enfrentar o problema de conflitos semânticos, e conciliar as definições considerando um sistema jurídico íntegro, assegurando a integridade do direito a partir da força normativa da constituição, utilizando definições compatíveis com o Estado democrático de Direito[22]. (STRECK, 2013). Nenhuma condição ou restrição foi inserida no texto constitucional para que fosse necessariamente observada a garantia da propriedade.

Para interpretação do texto constitucional é importante separar o conceito de direito de propriedade, no seu sentido patrimonial e econômico, da própria propriedade. Isto porque aquela foi estabelecida como garantia fundamental em clausula pétrea constitucional. Não podemos imaginar que os constituintes falaram menos do que queriam. Facilmente se observa

[22] Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da constituição".

o poder destrutivo de inserir um simples "não" em muitos artigos. Já para a propriedade propriamente dita, conforme o Min. Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, não existe um conceito constitucional fixo, estático, sendo legítimas novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinadas a garantir a sua função social. (MENDES, 2012, p. 157).

Para Adriano Trindade (2009, p. 70 a 73) a função social da propriedade mineral assume uma dimensão plúrima, com direitos e obrigações assumidas pelo Estado, pelo empreendedor mineral e pela coletividade, considerando o resultado global da exploração mineral como exercício da função social. O autor compreende que pela função social, abandona-se a concepção individualista da propriedade transmudando-se para um meio de atingir o bem-estar social.

Analisando os limites da função social do direito de propriedade, pode-se também colocar como hipótese que não exista propriedade que não cumpra nenhuma função social. A assertiva pode ser objeto de polêmica, mas não existiria motivo para as normas jurídicas defenderem um direito de propriedade que não cumprisse qualquer função social. O direito de propriedade, ao menos, assume função de moeda, apta para as funções de reserva de valor e de instrumento para trocas patrimoniais.

Quando movimentos sociais fundam suas pretensões de terra invadindo propriedades que supostamente não cumprem a sua função social o direito pátrio reage. Estas invasões de terra efetuadas por movimentos sociais são rotineiramente rechaçadas pelo Supremo Tribunal Federal, como demonstra texto extraído da ementa publicada, em 2015, no julgamento do mandado de segurança nº 32.752, julgado pelo tribunal pleno, sendo relator o Min. Celso de Mello.

> O esbulho possessório, além de qualificar-se como ilícito civil, também pode configurar situação revestida de tipicidade penal, caracterizando-se, desse modo, como ato criminoso (CP, art. 161, § 1º, II; Lei nº 4.947/66, art. 20). – A União Federal, mesmo tratando-se da execução e implementação do programa de reforma agrária, não está dispensada da obrigação, que é indeclinável, de respeitar, no desempenho de sua atividade de expropriação, por interesse social, os postulados constitucionais que, especialmente em tema de propriedade, protegem as pessoas e os indivíduos contra eventual expansão arbitrária do poder. Essa asserção – ao menos enquanto subsistir o sistema consagrado em nosso texto constitucional – impõe que se repudie qualquer medida que importe em arbitrária negação ou em injusto sacrifício do direito de propriedade, notadamente quando o Poder Público deparar-se com atos de

> espoliação ou de violação possessória, ainda que tais atos sejam praticados por movimentos sociais organizados, como o MST. – A necessidade de observância do império da lei ("rule of law") e a possibilidade de acesso à tutela jurisdicional do Estado – que configuram valores essenciais em uma sociedade democrática – devem representar o sopro inspirador da harmonia social, significando, por isso mesmo, um veto permanente a qualquer tipo de comportamento cuja motivação resulte do intuito deliberado de praticar atos inaceitáveis de violência e de ilicitude, como os atos de invasão da propriedade alheia e de desrespeito à autoridade das leis e à supremacia da Constituição da República perpetrados por movimentos sociais organizados, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST). (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

O que se pode e deve ser discutido é se a propriedade privada, ou mesmo estatal, está sendo empregada na sua melhor função social, a que traga mais benefícios para a sociedade. Ainda assim a ordem constitucional não elimina a garantia do direito de propriedade, exceto quando o faz como forma de sanção por uso indevido, ou mesmo em função do tempo em poder de terceiro.

O que pode ser alterado é a função social em que está sendo empregada a propriedade. Muitas vezes existem desapropriações de propriedades para emprega-las em função social de maior benefício para a coletividade. Mesmo a intervenção se constituindo de exceção, até nestes casos, fica clara que o estado brasileiro não garante a propriedade, mas sim o direito de propriedade. A autorização para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social da propriedade estabelece que o direito de propriedade será respeitado. A propriedade, caso suprimida por interesse coletivo, legitimamente, será substituída por indenização justa, prévia e em dinheiro. Em casos específicos, discriminados, substituída por títulos da dívida pública.

Durante os trabalhos da assembleia constituinte de 1988 a discussão sobre propriedade e desapropriação foi tema de muitos debates, dentre os quais destacamos dois momentos significativos para entender a opção prevalente sobre a garantia do direito de propriedade inserida no art. 5º da Carta Magna.

O primeiro caso significativo pode ser exemplificado na fala do Deputado Constituinte e advogado, Anselmo Farabulini Júnior, que assim se manifesta na 7ª reunião da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, *verbis*:

> Julgamos o direito de propriedade uma instrumentação do interesse social, e concordamos plenamente com a desapropriação desses bens privados,

> como propriedade privada para uso, como investimento privado e mecanismos privados de produção. Concordamos plenamente, repito, que, o capítulo referente à desapropriação por utilidade pública ou por interesse social conste inteiramente da Constituição, desde que o poder público pague o justo preço. E o justo preço tem de ser pago em moeda. Não vamos aqui nos iludir. Afinal, se defendemos um regime socialista de Estado, tudo bem. Vamos para o socialismo de Estado, em que este passa a ser proprietário. Tudo bem. Cada qual que assuma aqui um compromisso perante a opinião pública e diga qual o socialismo que deseja. A verdade é que o encaminhamento das Subcomissões, guardadas certas liberalidades, foi no sentido da defesa do direito de propriedade. E o poder público, tendo em vista a utilidade social ou pública da construção de uma praça, de um hospital, para isso ou aquilo ou até para a reforma agrária, que pague o justo preço. E o justo preço é da mais alta importância, para que não haja o desequilíbrio da ordem social. (...). Quero, pois, levar à alta reflexão dos nobres Constituintes com assento nesta Comissão a questão do direito de propriedade. Ou, então, que se estabeleçam, desde logo, critérios socialistas, a cada um, segundo sua necessidade; a cada um, segundo sua capacidade, ou a todos, igualmente. É um critério que se pode desenvolver. E devemos assumi-lo agora ou nunca, porque não há de ser depois que iremos discutir esses problemas, adentrar a realidade brasileira e cogitar esta questão. (BRASIL, 2013).

Como o resultado das discussões constituintes se transformaram na atual constituição, mesmo que amplamente reformada posteriormente, se conclui que a argumentação do citado deputado foi a prevalente, pois coaduna com o texto atual. O poder constituinte buscou defender o direito de propriedade no seu sentido econômico e não defender a detenção da propriedade em si. Ressaltamos ainda a intensidade das discussões na citada Comissão ao assinalar que o termo desapropriação foi encontrado 97 vezes nas atas dos anais da citada comissão do poder constituinte. Todos tiveram oportunidades para apresentar os seus pontos de vista.

O outro caso a ser destacado dos anais da constituinte, agora retirada das atas da comissão de sistematização, foi a contestação do deputado Gastone Rigui contrário à proposta inserida no texto pelo Relator acerca da possibilidade de intervenção estatal nos serviços de saúde, conforme transcrito abaixo:

> Finalmente, outro destaque que estou pedindo refere-se a uma anomalia, a um autêntico ente teratológico que se contém no trabalho apresentado pelo Sr. Relator. Trata-se do art. 349 do projeto, segundo o qual o poder público poderá intervir nos serviços de saúde e até desapropriá-los, sem qualquer indenização. Isso é confisco, é espoliação! E sabem V. Exas. o que

> são os serviços de saúde? São os gabinetes dentários, os consultórios médicos, os laboratórios, as farmácias, os hospitais, os ambulatórios, as santas casas. Como permitir ao poder público que, a seu talante, intervenha na propriedade privada? Quem mais, neste País, haverá de colocar um único tijolo num hospital particular? Quem mais, neste País, haverá de importar aparelhos de raios-X ou instalar laboratórios de análises, sob risco de intervenção, de desapropriação, sob o arbítrio do poder público, sem a contrapartida de uma justa indenização em dinheiro? É preciso, portanto, extirpar do projeto esse artigo. (BRASIL, 2013)

A pertinente pergunta sobre quem investiria em propriedade sob o risco iminente de intervenção, de desapropriação sob o arbítrio público, sem indenização, continua pendente de resposta. Também excluiria o Brasil como opção de investimentos internacionais, estando ainda sujeito a punições por descumprimento dos tratados internacionais dos direitos humanos. O texto foi modificado após o protesto transcrito e antes da promulgação, por votação da maioria, como comprova a leitura do texto atual da Constituição.

O tratamento do direito de propriedade na Constituição de 1988 se mostra em consonância com a realidade vivida pela sociedade e com os anseios da população. A larga maioria não admitiria ser despojado de sua propriedade sem a contraprestação pelo seu direito de propriedade. Quanto ao cumprimento da melhor função social e ainda da substituição da propriedade por outra equivalente, a opção não enfraquece a proteção ao direito de propriedade. Trata-se apenas de troca de ativos, no interesse soberano e nacional. Distinguindo o interesse público primário como interesse da coletividade e o interesse público secundário como interesse da administração, assim descreve a doutrina: (BARROSO, 2008).

> Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) primário — isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social — e (ii) secundário, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto.

Mesmo entendendo que a acepção de sopesamento entre interesses antagônicos envolvendo o interesse público sempre existiu no direito administrativo, a doutrina reconhece: "A distinção entre interesse primário e secundário sempre se fez presente, não me recordando de doutrinador que afirmasse haver prevalência apriorística do segundo sobre o interesse particular (ou privado) ". (FALDINI, 2010)

III. A PROPRIEDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E NORMAS CORRELATAS INFLUENCIADORAS

Da Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Doutor Miguel Reale, datada de 16 de janeiro de 1975 que acompanhou o então projeto de código civil destaca-se:

> A atualização do Direito das Coisas não é assunto opcional, em termos de mera perfectibilidade teórica, mas sim imperativo de ordem social e econômica, que decorre do novo conceito constitucional de propriedade e da função que a esta se atribui na sociedade hodierna. (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1975).

Percebe-se a priorização, já em 1975, da função social sobre o instituto da propriedade. A fórmula foi consagrada na constituinte de 1988, estando anteriormente presente na Convenção Americana dos Direitos Humanos. (Art. 21, 1). (OEA-ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969)

Entretanto, o caput do art. 1228 do Código Civil de 2002, (BRASIL, 2002), indica faculdades do proprietário que mais se assemelham com o entendimento da propriedade em um estado liberal. Entendimento característico do final do século XIX, quando a proposição foi inicialmente cunhada, e passou a integrar o Código Civil de 1916, como art. 524, sendo utilizada, à época, o termo "a lei assegura ao proprietário" ao invés de "o proprietário tem a faculdade". Atualmente assim dispõe:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Para que o artigo esteja compatível com os ditames constitucionais torna-se necessário que seja lido e interpretado a partir dos seus parágrafos.

> § 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.
>
> § 2o São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.
>
> § 3o O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.
>
> § 4o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Apesar da lei complementar nº 95/98, (BRASIL, 1998) em seu artigo 10, inciso I, preconizar que a unidade básica de articulação será o artigo das leis e não os seus parágrafos[23], a compreensão do caput do art. 1.228 necessariamente, deve ser interpretado de acordo com o inciso XXIII do art. 5º da Constituição Federal cumulado com o art. 5º do Decreto-lei 4.657/1942 (BRASIL, 1942) para que faça sentido.

Observa-se a valorização da função social sobre a propriedade. O interesse a ser priorizado é o interesse da coletividade e não o interesse individual. Mas fica o questionamento, como definir qual função social seria mais relevante? A indeterminação é evidente é somente pode ser definida no exame do caso concreto, sendo construída a resposta com respeito ao devido processo legal (CRFB, art. 5º, LV), administrativo ou judicial, a partir da argumentação das partes interessadas.

Longe deve ficar o entendimento de que o judiciário estava impedido de examinar o mérito administrativo, em casos que o Estado declarava bens como de utilidade pública para

[23] No mesmo sentido AI 768947 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-16 PP-03130)

fins de desapropriação, conforme o desatualizado Decreto lei 3365/41, art. 9º, fruto de um outro tempo e realidade política. (BRASIL, 1941).

Não se pode ignorar a realidade por existir uma manifestação do governante transitoriamente gerindo o Estado. A afirmativa é parcialmente corroborada pelo STF. O Min. Aliomar Baleeiro, que, ao relatar recurso extraordinário em que os litigantes apresentavam distintos entendimentos sobre "purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários", classificado pelo regime como de segurança nacional, em julgamento levado a termo pelo plenário, mesmo em tempos reconhecidamente ditatórias, produziu a seguinte decisão:

> DECRETO-LEI NO REGIME DA CONSTITUIÇÃO DE 1967. 1. A apreciação dos casos de "urgência" ou de "interesse público relevante", a que se refere o artigo 58, da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso. 2. Mas o conceito de "segurança nacional" não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso. "Segurança nacional" envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto. 3. Repugna à Constituição que, nesse conceito de 'segurança nacional', seja incluído assunto miúdo de Direito Privado, que apenas joga com interesses também miúdos e privados de particulares, como a purgação da mora nas locações contratadas com negociantes como locatários. 4. O Dec.-lei nº 322, de 7.4.1967 afasta-se da Constituição quando sob color de "segurança nacional" regula matéria estranha ao conceito desta. 5. As situações jurídicas definitivamente constituídas e acabadas não podem ser destruídas pela lei posterior, que, todavia, goza de eficácia imediata quanto aos efeitos futuros que se vierem a produzir. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1968).

Evidentemente que para se analisar e encontrar a melhor função social de qualquer propriedade tem que existir, no mínimo, um processo administrativo. Neste processo, o administrado tem direitos perante a Administração, dentre os quais a lei 9.784/99 (BRASIL, 1999) que discrimina:

> Art. 3o O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:
>
> I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;
>
> II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;
>
> III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;
>
> IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

As soluções devem ser encontradas respeitando-se o devido processo legal. O Estado Democrático de Direito não pode conviver com governantes que ao invés de gestores se comportem como salvadores do Estado. Não mais se admite líder político que imagine que consiga resultados mágicos, como outrora ocorreu com o então presidente Fernando Collor de Mello, que, ao assumir a presidência, afirmou: "Vou liquidar o tigre da inflação com uma única bala". (AZAMBUJA, 2014).

Incautos ainda afirmariam: mas respeitar o devido processo legal é muito demorado. E seria realidade. Mas, do mesmo modo que é despiciendo gestor de estado herói, também o Estado Democrático de Direito estará sendo construído em bases mais sólidas. Casos de urgência também podem usar remédios constitucionais. Após mais de 500 anos de vida coletiva não mais é necessário desrespeitar a Constituição para se atender a objetivos políticos da administração. O verdadeiro interesse público é subordinado às normas constitucionais e legais. Se necessita de descumprir a Constituição, certamente não é interesse público. Quando muito, seria interesse político da administração transitoriamente no poder.

Em pronunciamento efetuado em 15/03/2007, passados 17 anos da sua posse na Presidência da República, conforme publicado pelo jornal O Estado de São Paulo[24], o então senador Fernando Collor, reconhece:

> "Foi um erro, um excesso de voluntarismo. Foi vontade de resolver as questões todas de uma vez só. Naquele momento e nas circunstâncias em que vivíamos o confisco se justificava do ponto de vista econômico, já que precisávamos de uma freada no aumento dos preços e na inflação, que andava

[24] O Estado de São Paulo, 15/03/2007, Nacional, p. A7

> na casa dos 90% ao mês. Faltou mais experiência para alguém que chegou à Presidência com 40 anos recém-feitos"

Respeitados os limites do devido processo legal, a melhor função social, a função que deverá prevalecer no uso, emergirá, cristalina, dos argumentos apresentados aos responsáveis pela decisão.

Erros cometidos na gestão de um Estado são muito mais graves que obras eventualmente demoradas. A população sofre com todas as consequências. A Constituição prevê que o Brasil deve seguir aos planejamentos de longo, médio e curto prazo. O plano plurianual, mesmo com diretrizes apenas de quatro anos, está previsto na Constituição e obrigatoriamente é votado no congresso nacional. O gestor executivo deve se limitar a coordenar os esforços para realiza-lo, ainda sendo respeitadas as leis de diretrizes orçamentárias e orçamento anual. O art. 174 da Constituição estabelece que o planejamento, é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. E a Constituição não tem palavras inúteis, conforme alhures. (BRASIL, 1988)

IV. MINERAÇÃO BRASILEIRA

É sabido que a mineração necessariamente modifica o meio ambiente. Também que o recurso mineral é imprescindível para a vida nos tempos atuais. A Constituição estabelece um único motivo para a atividade ser autorizada: "interesse nacional". (CRFB, art. 176, § 1º).

Sabe-se que, também por decisão política do poder constituinte, que "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". (CRFB, art. 173, caput). Assim, ficou previsto constitucionalmente que a mineração seria implementada por "brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País". (CRFB, art. 176, § 1º)

O Estado brasileiro não é um estado empresário. Poderia ser, também por opção política, mas não o é. Uma pergunta que seria válida para apresentação de uma emenda constitucional modificando o estado atual é se o estado brasileiro seria eficiente como empresário, nos termos do princípio inserido no art. 37. Diversos indicativos apontam que não, mas seria um exercício futurológico buscar resposta imediata. Por ora, basta constatar a opção política inserida na Constituição. O Estado deve ser sustentado pelo Sistema Tributário Nacional, conforme previsto no Título VI, capítulo I da Constituição. (BRASIL, 1988).

A função social da indústria mineradora é disponibilizar o recurso mineral para comércio interno e externo. Também deve pesquisar novas jazidas para que o estoque conhecido não seja reduzido, evitando-se e prevenindo a falta do imprescindível produto. Tudo deve ser conduzido com recursos privados. Para atingir os objetivos, o poder constituinte buscou assegurar segurança jurídica para atrair os investidores para a atividade. Toda condução do processo de autorização e concessão se dá a partir de normas estabelecidas pelo Estado, que assim exerce a sua soberania sobre os recursos minerais.

Pouco se noticia sobre falta de recursos mineral disponíveis para a população. A falta de notícias pode sinalizar que os investidores estão conseguindo cumprir o papel deles esperado. Mas o Brasil tem possibilidades muito maiores. O Brasil dispõe de diversas reservas nunca reveladas. Conforme Freire, (2010, p. 56), "Minas Gerais, Estado iminentemente minerador, possui apenas cerca de vinte por cento do seu território com informação de geologia básica confiável em escala e interpretação".

Segundo a CODEMIG – Companhia de Desenvolvimento Econômico de Minas Gerais, existe um compromisso do Governo de Minas Gerais de ampliar o conhecimento sobre o potencial mineral do Estado e disponibilizar tais informações para as empresas do setor. Descobrir novas reservas e conhecer mais sobre elas transforma o desconhecido num terreno fértil para bons investimentos. Assim, ressalta-se que a afirmativa de Freire sobre a baixa porcentagem de informação geológicas confiáveis, ainda se dá em um clima de mútuo auxilio entre estado e iniciativa privada, bem demonstrando o tamanho do problema a ser enfrentado.

A União, através da CPRM, participa do esforço para revelação das riquezas minerais do Brasil. O Serviço Geológico do Brasil - CPRM é uma empresa pública, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem as atribuições de Serviço Geológico do Brasil e tem por missão gerar e difundir o conhecimento geológico e hidrológico básico necessário para o desenvolvimento sustentável do Brasil.

Cabe ao CPRM a modelagem geológico-estratigráfica e dos depósitos minerais conhecidos, as estimativas de recursos e as análises econômicas e de mercado sobre bens minerais. Das suas descobertas e análises, resulta uma carteira de Direitos Minerários, onde se encontra direitos minerários relativos a importantes áreas portadoras de bens minerais, tais como caulim, zinco, cobre, ouro, carvão, níquel e outros bens minerais.

Como os investimentos foram feitos pelo Estado, os estudos e direitos são comercializados com investidores dispostos a enfrentarem os riscos normais da atividade. Os direitos são comercializados tendo em vista todos os investimentos efetuados pelo Estado até a

perfeita caracterização da oportunidade. O preço de mercado dos direitos minerários também contempla, geralmente, uma taxa mínima de atratividade para remunerar o risco de nada encontrar, fato aliás, bastante frequente na atividade. A definição da repartição da propriedade mineral contribuirá para atrair mais investimentos para o setor.

4.1. Surgimento e evolução da propriedade na mineração

Para que o minerador possa exercer a atividade minerária, a legislação pátria estabelece etapas para a concessão de lavra, que se inicia com a autorização de pesquisa (Art. 14 a 35 do Código de Mineração). (BRASIL, 1967). A conclusão da pesquisa com resultados satisfatórios dará ensejo a obtenção da concessão de lavra (art. 36 a 58 do Código de Mineração). Existe um processo mais simples, o regime de licenciamento, quando depende de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e apenas de registro da licença no Departamento Nacional de Produção Mineral. Há também a possibilidade de permissão de lavra garimpeira (art. 70 a 78 do Código de Mineração e Lei nº 7.805/1989) nas hipóteses de trabalho individual com instrumentos rudimentares para extração de pedras preciosas, semipreciosas e minerais metálicos ou não metálicos em depósitos, cursos d'água e garimpos. Neste artigo tratar-se-á apenas das transformações jurídicas que ocorrem no regime de concessão de lavra.

Inicialmente o candidato a minerador investiga a possibilidade de encontrar jazida em qualquer local do Brasil. José Mendo Mizael de Sousa, engenheiro de minas, assim discorre sobre a possibilidade de se descobrir jazidas economicamente viáveis: "o risco na mineração pode ser avaliado, por exemplo, pelo fato que, em média, de cada 1000 afloramentos estudados resulta, no final, 1 jazida, a qual, como sabemos, é uma anomalia geológica". (SOUZA, 2009).

Após a busca de indícios motivadores e suficientes para aprofundar a investigação, sendo a sondagem inicial promissora, é apresentado um plano de pesquisa relatando as expectativas e motivos e pede autorização ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM para executá-lo, verificando a real existência do mineral e se as condições locais permitem a sua exploração comercial.

Neste momento, a reserva mineral ainda não existe para o mundo jurídico, e nem existe a certeza de que existirá, pois, como explicita Willian Freire (2010, p. 56), menos de 3% das áreas pesquisadas realmente se mostram viáveis e se transformam em mina. São riscos normais da atividade.

Com o protocolo do requerimento para autorização de pesquisa, em área anteriormente livre, atendidas os requisitos (Código de Mineração, art. 16), antes mesmo da publicação da autorização de pesquisa, nasce para o candidato a minerador, o direito de prioridade à obtenção da autorização para pesquisa ou de registro de licença (art. 11, "a" do Código de Mineração). Tal direito já foi objeto de tutela judicial, como demonstra decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, citada por William Freire (2010, p. 82). No âmbito da Apelação nº 69.284, ficou consignado que:

> A existência de um processo administrativo, em que o promovente da prova antecipada se achava prestes a obter o alvará de pesquisa no local no qual se afirmava que os requeridos desenvolviam a atividade minerária ilícita, é mais que suficiente para justificar a medida pleiteada.

Para William Freire: "[...] o direito de prioridade é absoluto e não pode ser flexibilizado. O não reconhecimento dessa rigidez gera insegurança jurídica indesejável". (2010, p. 82). O rigor se justifica pois já se demandou anterior e considerável investimento na busca de área livre, além de diversos estudos para a apresentação do plano de pesquisa. Os investimentos não seriam realizados se a área fosse legalmente esvaziada do mineral, após o protocolo do pedido de autorização para a realização da pesquisa minerária.

O proprietário do solo, denominado no Código de Mineração também como superficiário (art. 38, IV), (BRASIL, 1967) poderá autorizar que seja efetuada a pesquisa, amigavelmente, por acordo. Não sendo possível o acordo, a entrada na área e início da pesquisa se dará após decisão judicial, depois de assegurado o juízo pelo recolhimento antecipado de valores dos danos que possam ser perpetrados na propriedade, e ainda, de indenização pelos lucros cessantes na utilização da área. (Código de Mineração, art. 27). Não se admite o início da pesquisa ou lavra antes de paga a importância relativa à indenização e de fixada a renda pela ocupação do terreno. (Código de Mineração, art. 62). (BRASIL, 1967)

Após a verificação pelo DNPM se a área pode ser legalmente destinada a mineração e não está requisitada por outro pretendente, poderá ser autorizada a execução da pesquisa, em poligonal definida por coordenadas geográficas (art. 15; art. 25 do Código de Mineração). (BRASIL, 1967)

Com a publicação no DOU (Diário Oficial da União) do alvará de pesquisa e com autorização judicial para adentrar na área, (Código de Mineração, art. 27, XII), ou por acordo com o proprietário do solo, (Código de Mineração, art. 27, VI), inicia-se a pesquisa mineral. O título é comercializável, (Código de Mineração, art. 22, I) desde que o cessionário atenda as

exigências legais, e, portanto, já integra o patrimônio do pesquisador. Ao fim dos trabalhos é apresentado ao DNPM o relatório final de pesquisa. (Código de Mineração, art. 30) (BRASIL, 1967)

Caso o relatório de pesquisa demonstre a existência da jazida mineral e os trabalhos tenham sido suficientes para identifica-la, geologicamente, o relatório de pesquisa é aprovado pelo DNPM, em parecer conclusivo, após vistoriada a área, conferindo e validando as conclusões apresentadas. (art. 30 do Código de Mineração). (BRASIL, 1967)

Neste momento, após o investimento privado, o subsolo que contém a jazida passa a pertencer a União. A riqueza mineral foi, finalmente, revelada. Ficando caracterizada a existência do depósito mineral e a área passa a compartilhar ao menos duas distintas propriedades, o solo de propriedade do superficiário e a jazida, de propriedade da União. (CRFB/88, art. 20, IX c/c art. 176, *caput*). (BRASIL, 1988)

O titular da autorização de pesquisa, uma vez aprovado o Relatório, terá um ano para requerer a concessão de lavra, e, dentro deste prazo, poderá negociar seu direito a essa concessão (art. 31 do Código de Mineração). (BRASIL, 1967)

No sentido de preservar o mineral existente e assegurar indenização aos mineradores já detentores de alvará de pesquisa, por atos ilícitos, que atentem contra o seu direito, decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2015, no âmbito do REsp 1471571/RO, sob a relatoria do. Min. Marco Aurélio Bellizze, que:

> [...] 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 direto ao legítimo pesquisador, devendo, pois, ressarcir-lhe integralmente o prejuízo. (BRASIL, 2015)

A existência da jazida, entretanto, não garante a viabilidade econômica na sua exploração. Muitas vezes o teor do minério buscado e a separação do estéril podem atingir custos superiores ao valor de sua extração. O mineral pode ainda estar em profundidade que o custo de extração não seja compensador, vez que o depósito pode ser distante do centro consumidor e o custo do frete torne a comercialização deficitária, dentre tantas outras hipóteses inviabilizadoras da atividade. Pode existir excesso na oferta que não justifique a imediata exploração imediata do mineral revelado.

Para demonstrar a viabilidade econômica da exploração comercial, é apresentado ao DNPM o Plano de Aproveitamento Econômico – PAE, no qual deverá ser comprovada a viabilidade técnica e econômica da exploração. (Código de Mineração, art. 39). (BRASIL, 1967) Após aprovação do PAE pelo DNPM, comprovada pelo requerente a disponibilidade de fundos ou da existência de compromissos de financiamento, necessários para execução do plano de aproveitamento econômico e operação da mina, (Código de Mineração, art. 38, VII) poderá ser requerida a concessão da lavra, em requerimento dirigido ao Ministro de Estado das Minas e Energia. (Código de Mineração, art. 38). O Ministro poderá recusar a concessão se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial. Neste caso o pesquisador será indenizado por suas despesas, desde que o relatório de pesquisa esteja aprovado. (Código de Mineração, art. 42). (BRASIL, 1967)

Sendo publicado o título de concessão, a lavra deverá ser iniciada em até 6 meses e conduzida, ininterruptamente, até o exaurimento da jazida, constituindo um direito/dever do minerador. (Código de Mineração, art. 47, I e art. 49). O modelo constitucional e legal está em conformidade com a intenção de disponibilizar o mineral de forma ininterrupta para a população, dada a sua imprescindibilidade. (BRASIL, 1967)

A propriedade mineral é protegida pela CR/88 (art. 5º, incisos XXII e XXIII, e art. 176). O Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento de mérito da ADI 3.273/DF, por seu plenário, com efeitos vinculantes, decidiu que: (BRASIL, 2007)

> [...] 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".

No esteio do que decidido pelo STF, o STJ tem jurisprudência no sentido de garantir aos mineradores a propriedade do produto da lavra, como se pode depreender do REsp 1471571/RO, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, em demanda na qual se discutia a proteção contra exploração por terceiros dos minérios encontrados no subsolo de área outorgada à pesquisa. No voto do ministro relator ficou consignado que: "[...] 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" (BRASIL, 2015).

Por todo o exposto, verifica-se que a Constituinte de 1988 alterou concepções referentes ao direito minerário, especificando em artigos esparsos, mas notadamente no capítulo em que regula a atividade econômica, oferecendo uma maior segurança jurídica para a atividade, bem como assegurando as participações dos entes estatais e do proprietário do solo na propriedade mineral.

V. RECURSOS MINERAIS SÃO BENS PÚBLICOS?

A análise da propriedade mineral não pode ser resolvida a partir da definição de bens públicos inserido no Código Civil. O art. 98 assim conceitua: "São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem". Também não pode ser considerada bem particular, notadamente pelo fato do minerador não poder usar e gozar como poderia desejar, apesar de autorizado a dispor e o reaver a propriedade mineral de quem quer que injustamente a possua ou detenha[25]. ((BRASIL, 2007).

O Código Civil, ao classificar os bens públicos de uso comum e de uso especial como inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, também excluem a propriedade mineral desta classificação. O objeto e função social da mineração é justamente disponibilizar o recurso mineral para a população.

A Constituição apenas relaciona que os recursos minerais pertencem à União, sem explicitar o conceito. (CRFB, art. 20, IX c/c art. 176). (BRASIL, 1988). Assim, o direito de propriedade mineral, a propriedade mineral e a sua função social necessitam de classificação e definições, compatíveis com o Estado Democrático de Direito, definindo perfeitamente as variações nos direitos de propriedade admitidas ao longo de todo o processo desde a sua busca até a sua utilização final.

No julgamento da ADI 3.273/DF, onde se discutia a propriedade do petróleo, o Min. Eros Grau, em voto vencedor, esclarece: (BRASIL, 2007).

> O tratamento da matéria reclama, além da prudência de sempre, a consideração de conceitos indispensáveis a sua compreensão e a prévia

[25] 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 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.

> superação de alguns equívocos. 01.1. Primeiro desses equívocos: o petróleo seria bem público especial [não dominial], de uso comum da União e de uso especial por empresas particulares. É surpreendente que um mesmo bem público especial possa ser, concomitantemente, bem de uso comum da União e bem de uso especial por empresas particulares. Além disso, se fosse bem de uso especial, o petróleo --- como todos os bens de uso comum e de uso especial --- seria inalienável enquanto conservasse essa qualificação, isto é, enquanto afetado a sua destinação; apenas poderia ser alienado ao ser desafetado. Como o que o caracterizaria como de uso especial seria a proteção do interesse coletivo e a soberania nacional, a sua desafetação implicaria precisamente que ele já não se prestasse a prover essa proteção... A concepção do petróleo como bem de uso especial conduz à conclusão lógica, porém literalmente incompreensível, de que o petróleo é inalienável! Nada mais é necessário dizer neste apartado.

O Min. Eros Grau continua discorrendo sobre a propriedade ser o que as normas dizem, *verbis*:

> 15. Permito-me lembrar, ademais, que a propriedade não existe; existem as propriedades --- a propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens. Instituições jurídicas conformadas segundo distintos conjuntos normativos --- distintos regimes --- aplicáveis a cada um deles. (...). Não se trata de dizer que o direito de propriedade dos primeiros é mais amplo do que o direito de propriedade destes últimos, visto que cada regime de direito de propriedade manifesta-se, existe tal e qual o ordenamento jurídico o estabelece.

Para compreender o direito de propriedade dos recursos minerários temos que considerar que existem interesses patrimoniais no mínimo envolvendo a União, (CRFB, art. 20, IX c/c art. 176, caput), aos Estados, Distrito Federal, Municípios e a órgãos da administração direta da União (CRFB, art. 20, § 1º), o concessionário (CRFB, art. 176, caput), o proprietário da terra ou superficiário (CRFB, art. 176, § 2º).

Resta ressaltar que no julgamento do RE 228.800/DF a taxa CFEM foi caracterizada como receita patrimonial, característica de receita de detentores de propriedades. (BRASIL, 2001).

A soberania do Estado na decisão final sobre a utilização do recurso mineral fica evidente a partir da leitura do Decreto lei 3.365/41 que regula a desapropriação, em seu art. 2º,

§ 3º, onde se exige a autorização presidencial, por decreto, para desapropriar o bem mineral. (BRASIL, 1941).

Por fim, a partir das práticas comerciais, é observado que os contratos de fornecimento de recursos minerais envolvem grandes investimento, tanto da indústria extrativa quanto da indústria de transformação, geralmente visam o longo prazo. De que adiantaria instalar uma grande siderurgia, por exemplo, sem contar com a garantia de fornecimento de matéria prima para transformação? Quem investiria milhões de dólares na indústria extrativa sem contar com contratos que garantiriam a venda do produto extraído? E se trata de crime vender propriedade alheia.

VI. BALIZAS PROPOSTAS À MELHOR COMPREENSÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA MINERAÇÃO, DA PROPRIEDADE MINERAL E DO DIREITO DE PROPRIEDADE MINERAL

A função social precípua da mineração, de atender ao interesse nacional, é a grande diretriz constitucional da importância na utilização dos recursos minerais. Todas as outras definições devem estar subordinadas a este mandado constitucional. Não basta atender a alguns interesses nacionais. Deve contemplar aos melhores interesses nacionais. Este é o motivo suficiente para distinguirmos a propriedade mineral da sua função social e do direito de propriedade (Econômico).

Ao observarmos a função social dos recursos minerais pelo ponto de vista da população, contemplamos a total mudança no modo de vida hoje vigente caso se paralise a extração mineral. Os minerais estão presentes em quase tudo e o seu uso, ao menos neste estágio de progresso, ameaçaria a vida coletiva. Sem adubos para as plantações, sem aço para produção de bens duráveis, sem o mineral utilizado na produção de energia, sem recurso mineral para a construção civil, o caos estaria instalado. E os recursos minerais são recursos finitos que devemos legar às gerações vindouras, ao menos pela visão atual.

Pelo ponto de vista do Estado, como fonte de recursos financeiros nacionais e internacionais, evidentemente subordinado ao interesse nacional, deve-se investir para serem reveladas novas jazidas, mantendo ou aumentando o estoque já conhecido. Não se pode ser surpreendido por eventual falta do recurso. Os investimentos para revelação e extração do recurso são vultosos e de longo prazo. Não se pode fazer experimentos com a política mineral. Que seja uma política que avance constantemente, soberanamente, sem infringir machucados a

experiência de um país que já nasceu minerador. A segurança jurídica na atividade é uma necessidade e realidade.

À indústria da mineração, que invista nas melhores técnicas, para revelar e extrair o recurso natural com eficiência e competência, com a parcimônia imprescindível para quem trabalha com recurso escasso e finito. Que reconheça que a concessão mineral não se destina a enriquecer poucos, mas sim contribuir para a construção de riquezas para a nação. Evidentemente, conforme exige o mercado capitalista, com a lucratividade proporcional ao risco corrido, atendendo a parâmetros de uma taxa mínima de atratividade, sem a qual os investidores destinariam os seus recursos para outras atividades ou países.

Para o DNPM, como gestor da política mineral, que nunca perca de vista os objetivos de longo prazo, se diferenciando dos administradores que porventura desejem resultados políticos de curto prazo. A mineração não pode ser objetivo de curto prazo, mas sim fruto de um planejamento com metas a serem atingidas.

Após o debate, estando definidas as funções sociais a serem observadas, e a partir das conclusões, pode-se definir a propriedade mineral. No caso segue uma sugestão para início dos debates, a seguir.

O direito à propriedade mineral não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ela, pesa grave hipoteca social. Pode ser destinada a uma função social comprovadamente mais importante para a coletividade, mesmo de modo superveniente à função social relevante, que cumpre. Uma nova destinação pode legitimar a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República, nas normas que regem o processo administrativo e no Decreto presidencial autorizativo.

Finalmente os direitos de propriedade mineral, facilmente valorados economicamente, serão respeitados, conforma e legislação em vigor. É fácil observar que eventuais desapropriações de direitos minerários somente se dariam após exame das balizas antecedentes e nunca trariam prejuízos para o Estado. Este, ao intervir na propriedade privada, em casos excepcionais, somente gasta o suficiente para recompor o patrimônio afetado. E o recurso mineral seria destinado a uma melhor função social.

VII. CONCLUSÃO

A principal contribuição do artigo é a proposta para separação dos conceitos de propriedade, função social e direitos de propriedade. No caso concreto foi explorada a separação para os recursos minerais. A mesma separação pode ser efetuada para outros tipos de propriedade.

Inexistindo classificação para o direito de propriedade mineral, entende-se que a mesma é de múltiplas titularidades. Mesmo no caso em que o Estado faz a pesquisa e em sua própria propriedade, o direito de propriedade envolveria outros entes federados e órgãos da administração direta. No demais caso seria compartilhada ainda com direitos de propriedade privados.

A intervenção na propriedade privada deve ser encarada como exceção, justificada em função do interesse da coletividade. A intervenção seria justa e devida. Entretanto, o desprezo às garantias fundamentais da minoria não pode ser objetivo em um Estado Democrático de Direito. Não se cresce desrespeitando direitos humanos fundamentais. Resolução de problemas pontuais que podem advir da confusão dos conceitos nunca resultará mais que pequenas economias, indevidas, que provocam enriquecimento ilícito e corroem a confiança da população na justiça estatal. Geralmente interessam apenas a interesses de maus administradores e não a vontade de todos. Uma população que respeita os direitos da minoria também se sente respeitada e confiante. Estes elementos são fundamentais para o progresso do Estado.

É preciso que a sociedade entenda que respeitando os direitos de propriedades nunca haverá perda. Sendo o direito de propriedade substituído pelo seu significado econômico, e a propriedade aplicada em sua melhor função social, a minoria e também a maioria nada perderá.

Este sentimento de igualdade, princípio fundamental da equidade e justiça, contribuirão para fazer do Brasil um melhor lugar para se viver, custará um preço muito módico, principalmente se for suficiente para pagar o preço de uma democracia mais verdadeira, mais próxima de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, C. I. S. Aula de política. **Usina de Letras**, 2014. Disponivel em: <http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.php?cod=52412&cat=Frases>. Acesso em: 29 set. 2016.

BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito do direito

administrativo. In: ARAGÃO, A. S. D.; NETO, F. D. A. M. **Direito Administrativo e os seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

BRASIL. Decreto-lei 3.365 de 21 de junho de 1941 - texto compilado - Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Portal da Legislação do Governo Federal**, 1941. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365compilado.htm>. Acesso em: 07 ago. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Legislação - planalto**, 1942. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Decreto-lei 227 de 28 de fevereiro de 2007 - Código de Mineração - texto compilado. **Portal da legislação do Governo Federal**, Rio de Janeiro, 1967. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227compilado.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Constituição Federal. **Portal da Legislação do Governo Federal**, Brasília. DOU de 05.10, 1988. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 maio 2016.

BRASIL. Decreto 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Anexo. **Portal da Legislação do Governo Federal**, 1992. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Lei Complementar Nº 95, de 26 de Fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis. **Portal da Legislação do Governo Federal**, 1998. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.

BRASIL. Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999 - Texto compilado - Regula o processo administrativo. **Portal da Legislação do Governo Federal**, Diário Oficial da União, Brasília, p. p.1, 01 fev. 1999. Disponivel em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 09 ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE228800/DF. constitucionalidade da L. 7990/89 (arts 1º e 6º), que regulou forma de participação dos entes federados no produto da exploração. Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. **Jurisprudência do STF**, 2001. Disponivel em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=51182>. Acesso em: 09 ago.

2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. **Portal de legislação do Governo Federal**, 2002. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 jan. 2016.

BRASIL. 25 anos da Constituição Cidadã. **Anais da Assembléia Nacional Constituinte**, Brasilia, 2013. Disponivel em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituinte>. Acesso em: 26 jan. 2016.

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 634, de 1975. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, n. Suplemento (B) ao nº 061, 13 jun. 1975. p. 130.

BRASIL, PODER EXECUTIVO. **Projeto de lei nº 5.807/2013 - Dispõe sobre a atividade de mineração, cria o Conselho Nacional de Política Mineral e a Agência Nacional de Mineração - ANM, e dá outras providências.** Câmara dos Deputados. Brasília. 2013.

BRASIL, S. T. F. A propriedade sobre o produto da exploração é plena. ADI 3.273/DF. **Relator: Min. CARLOS BRITTO, Relator p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Diário Oficial da União**, Brasília, 02 mar. 2007.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso especial nº 62.731. **Diário da Justiça - STF**, Brasília, 28 jun. 1968. Disponivel em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=159945>. Acesso em: 29 set. 2016.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de segurança nº 2172/ES. **Diario de Justiça - STF**, Brasília, 11 jun. 2003. Disponivel em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000032706&base=basePresidencia>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação Direito de Inconstitucionalidade nº 2356. **Diário da Justiça Eletrônico - STF**, Relator p/ Acórdão Min. Ayres Brito, Brasília, publicado em, 18 maio 2011. Disponivel em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623127>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de segurança 32.752. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 ago. 2015.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 22.940/DF. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 maio 2016. Disponivel em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=309397190&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

FALDINI, C. C. C. A constitucionalização do direito administrativo. In: PIETRO, M. S. Z. D.; RIBEIRO, C. V. A. **Supremacia do interesse púbico**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 269.

FREIRE, W. **Código de Mineração Anotado**. 5ª ed. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** estudos de direito constitucional. 4 ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OEA-ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana dos Direitos Humanos - Convenção Americana dos Direitos Humanos. **Comissão Interamericana dos Direitos Humanos**, 1969. Disponivel em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 18 set. 2015.

ONU-ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponivel em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

SOUZA, J. M. M. D. Mineração: simples na aparência, complexa na essência. In: SOUZA, M. M. G. D. **Direito Minerário em Evolução**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. Cap. Introdução, p. 26.

STRECK, L. L. Hermeneutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 83.

TRINDADE, A. D. C. Princípios de direito minerário brasileiro. In: SOUZA, M. M. G. D. **Direito minerário em evolução**. Belo Horizonte: Forum, 2009. Cap. 1, p. 70 a 73.