

A (IM)POSSIBILIDADE DE MEDIDA PROVISÓRIA NA REGULAMENTAÇÃO DE ATIVIDADE MINERÁRIA

THE IMPOSSIBILITY OF A PROVISIONAL MEASURE IN THE REGULATION OF MINERAL ACTIVITY

Pedro Ataíde¹

Resumo: A mineração necessita de elevada estabilidade regulatória em virtude do alto risco da atividade. Nesse sentido, o presente artigo busca analisar se é possível a utilização de Medidas Provisórias na regulamentação de atividade mineral. Far-se-á pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização do método dedutivo. O núcleo do Direito Minerário está contido no art. 176 da Constituição Federal, que foi alterado pela Emenda Constitucional promulgada em 1995. Considerando que, segundo o art. 246 da Constituição, é indevida a adoção de Medida Provisória na regulamentação de artigos com redação dada por Emenda Constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001, tem-se por inconstitucional a adoção do referido instrumento normativo no tratamento da atividade minerária.

Palavras-chave: Mineração. Medida provisória. Regulamentação.

ABSTRACT: Mining requires high regulatory stability due to the high risk of the activity. In this sense, the present article seeks to analyze if it is possible to use Provisional Measures in the regulation of mineral activity. Bibliographical and documentary research will be done using the deductive method. The core of the Mining Law is contained in art. 176 of the Federal Constitution of Brazil, which was amended by the Constitutional Amendment promulgated in 1995. Considering that, according to art. 246 of the Constitution, the adoption of a Provisional Measure in the regulation of articles with wording given by Constitutional Amendment promulgated between January 1, 1995 and September 11, 2001 is unconstitutional. It is considered unconstitutional the adoption of the mentioned normative instrument in the treatment of the activity mining.

Keywords: Mining. Provisional measure. Regulation.

1 INTRODUÇÃO

A mineração é caracterizada pela pesquisa e extração de recursos naturais não renováveis que constituem patrimônio da União. Por esse motivo, a atividade mineral só poderá ser realizada mediante anuência desse ente federado, que se perfaz por atos proferidos ou registrados pela Agência Nacional de Mineração (ANM) e/ou pelo Ministério de Minas e Energia (MME).

Na fase de pesquisa (também chamada de exploração), o minerador irá realizar os trabalhos de definição da jazida e de seu aproveitamento econômico; vale dizer, são os estudos teóricos e empíricos para identificar e definir a viabilidade econômica da jazida. Já na fase de lavra, chamada de exploração, ocorre a efetiva extração do minério. O Direito Minerário abrange as questões relacionadas à pesquisa e lavra de substâncias minerais e todos os aspectos decorrentes, como os *royalties*, as condições subjetivas do interessado em requerer direitos minerários, a relação com os proprietários/posseiros de imóveis, objeto de atividade mineral etc..

Em geral, os empreendimentos minerários demoram anos para alcançar a fase de lavra. Por esse motivo, a atividade é considerada de alto risco, pois exige elevado aporte financeiro para a atividade de pesquisa, que nem sempre consegue atingir a fase de lavra. Além disso, os que alcançam a etapa de lavra podem suportar prejuízos em decorrência da variação mercadológica no preço do minério.

¹ Advogado. Autor do livro "Direito Minerário" (Editora Juspodivm, 2017). Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma Instituição.

Dessa forma, a estabilidade regulatória é essencial à mineração. Não é crível que as regras vigentes no início da pesquisa sejam modificadas no decorrer dos estudos e novamente alteradas na fase de lavra. À primeira vista, a edição de Medidas Provisórias para regular a atividade minerária não se apresenta como instrumento adequado para regulamentar o Direito Minerário, pois constitui espécie normativa com força de lei, mas de duração máxima de cento e vinte dias, cuja continuidade depende de sua conversão em espécie legal pelo Poder Legislativo.

Por sua vez, as disposições que fixam o regime jurídico do Direito Minerário² estão dispostas no art. 176 da Constituição Federal de 1988, que foi alterado pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Ocorre que o art. 246 da mesma Carta veda a edição de Medida Provisória na regulamentação de artigo da Constituição com redação alterada por Emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001.

Nesse sentido, o problema da presente pesquisa consiste em analisar se é juridicamente possível a adoção de medida provisória na regulamentação da atividade minerária. A presente discussão ganhou especial relevo após a edição das Medidas Provisórias nº 789, 790 e 791, todas de 2017, que trouxeram modificações na estrutura regulatória do Direito Minerário.

A tramitação de tais Medidas Provisórias (na etapa do processo legislativo de conversão em lei) foi alvo do Mandado de Segurança nº 35371/2017, impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) por Deputado Federal, com o escopo de realizar o controle preventivo de constitucionalidade, impedindo o prosseguimento da deliberação legislativa. Utilizou-se como parâmetro a limitação formal do art. 246 da Constituição Federal.

Parte-se da hipótese de que não é juridicamente possível a adoção de Medida Provisória na regulamentação do art. 176 da Constituição, porque existe a limitação formal trazida pelo art. 246 do aludido diploma, além da inadequação de se usar espécie normativa com força de lei, mas que poderá caducar em poucos dias, caso não aprovada pelo Poder Legislativo.

Tem-se como objetivos o estudo da (in)adequação das Medidas Provisórias no tratamento da atividade minerária, bem como dos dispositivos constitucionais acima elencados e do Mandado de Segurança nº 35371/2017. Utilizar-se-á o método dedutivo, na medida em que investiga a limitação formal à edição de medidas provisórias (art. 246) para, num segundo momento, apreciar o problema específico regulamentação do núcleo do Direito Minerário (art. 176). Por fim, a pesquisa foi desenvolvida com base bibliográfica e documental.

2 A (IN)ADEQUAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO MINERÁRIO: O IMPERATIVO DA ESTABILIDADE REGULATÓRIA

As Medidas Provisórias são espécie normativa primária, oriundas de processo legislativo específico. Iniciadas pelo Chefe do Poder Executivo, nos casos de urgência e de relevância, possuindo força de lei. São submetidas de imediato ao Congresso nacional, de acordo com o art. 62, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001).

Como o próprio nome já indica, as Medidas possuem caráter provisório, com prazo de vigência de sessenta dias, prorrogáveis (por idêntico período) quando a apreciação/votação não estiver encerrada nas duas Casas do Legislativo (art. 62, § 7º). Haverá perda da eficácia se as Medidas Provisórias não forem convertidas em lei (art. 62, § 7º).

²E, por isso, as mais importantes. Constituem o núcleo do Direito Minerário.

Nessa senda, a espécie normativa em apreço possui dois pressupostos imprescindíveis: a relevância e a urgência. Não há, pois, conteúdo específico do que venha a ser urgente ou relevante. São conceitos vagos, embora existam circunstâncias em que é possível dizer, de forma cristalina, se a norma é ou não relevante/urgente.³

A respeito da relevância, tal requisito poderá ser vislumbrado na quase totalidade dos dispositivos que regulamentam a atividade, pois os minérios são bens imprescindíveis⁴ à satisfação das necessidades humanas. A mineração “não se restringe às pedras preciosas, mas abrange a água mineral, os agregados da construção civil (areia, cascalho, brita, caulim etc.), calcário, mármore, ferro, terras raras, minerais energéticos (a exemplo de petróleo, urânio e gás natural), dentre outros” (ATAÍDE, 2017, p. 36). É tão importante para a trajetória da espécie humana que a periodização da história ocidental é baseada nos estágios da mineração: paleolítico (ou pedra lascada), neolítico (ou pedra polida) e idade dos metais. Dessa forma, a maior parte das alterações no sistema normativo dos recursos minerais necessariamente possui relevância, ressalvadas as transformações pontuais (como a fixação de prazos e a exigência de documento).

Contudo, é difícil vislumbrar o requisito da urgência. Dificilmente ocorrerá hipótese em que determinada norma exija alteração imediata, apta a justificar o atropelamento do processo legislativo comum (ATAÍDE, 2017).

No aspecto econômico, a mineração é caracterizada pelas seguintes peculiaridades: alto risco de empreendimento e necessidade de altas taxas de retorno (HERRMANN, 2010). Conforme asseverou-se em outro trabalho, “o alto risco de empreendimento é o pressuposto econômico segundo o qual a chance de sucesso no desenvolvimento da atividade é relativamente pequena” (ATAÍDE, 2017, p. 49). Poucas áreas requeridas para pesquisa alcançam a etapa de lavra. Diversos fatores contribuem para essa situação, desde questões naturais (como baixa concentração de minério) até aspectos mercadológicos e de infraestrutura, a exemplo do preço da substância mineral, a inexistência de vias de acesso ao local da mina (estradas, linhas de trem, portos e aeroportos). Segundo dados do DNPM (BRASIL, 2018), no ano de 2017 foram outorgados 9.569 (nove mil quinhentos e sessenta e nove) alvarás de pesquisa e apenas 206 (duzentos e seis) títulos de lavra.

Do requerimento de pesquisa até a efetiva lavra, há normalmente o lapso temporal superior a uma década⁵ (SOUZA, 1995; FREIRE, 2011). Nesse período, o empreendedor apenas irá despender recursos financeiros. É bastante improvável que receba alguma receita em virtude dos trabalhos de pesquisa e de montagem do empreendimento. Por tais razões, há a exigência de altas taxas de retorno. “Se tantos fatores podem prejudicar o desenvolvimento da mineração, havendo baixo percentual de sucesso nas áreas requeridas, é forçoso inferir que serão exigidos ganhos elevados nos locais em que a lavra for alcançada” (ATAÍDE, 2017, p. 51). A pesquisa é incógnita, cujos trabalhos não trazem qualquer recompensa imediata ao pesquisador (BEDRAN, 1957).

Em virtude dessas peculiaridades, a mineração exige estabilidade regulatória, ou seja, segurança nas relações jurídicas estabelecidas no decorrer da atividade. Na verdade, a segurança jurídica é necessária em todas as searas do Direito, mas na atividade minerária recebe especial atenção, em decorrência dos aludidos riscos. As ameaças naturais, mercadológicas e sociais, aliadas ao longo prazo de maturação dos empreendimentos minerários, não devem conviver com alterações constantes no sistema normativo.

3 Na preleção de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 132): “Que é urgência? Que coisa deve ser havida como urgente? Mesmo que a palavra contenha em si algum teor de fluidez, qualquer pessoa entenderá que só é urgente o que tem de ser enfrentado imediatamente, o que não pode aguardar o decurso do tempo, caso contrário o benefício pretendido será inalcançável ou o dano que se quer evitar consumir-se-á ou, no mínimo, existirão sérios riscos de que sobrevenham efeitos desastrosos em caso de demora”.

4 “A mineração converteu-se em indústria fundamental dos povos. Estende-se a todas as latitudes do globo” (VIVACQUA, 1942, p. 9). “De fato, a vida hodierna não consegue prescindir das substâncias minerais, por constituírem elas, cada vez mais, elementos essenciais de grande parte dos produtos de uso cotidiano. Assim, as indústrias da construção, de cosméticos, de produtos farmacêuticos e eletrônicos, de vidros, metais, tintas, papéis e plásticos são apenas alguns exemplos da extensa e variada aplicação dos recursos minerais pela espécie humana, em especial nas sociedades contemporâneas” (VIANA, 2007, p. 80).

“Do automóvel ao tijolo, do cosmético à telefonia e da máquina hospitalar ao satélite, quase tudo o que se consome possui alguma espécie de minério ou é produzido com a utilização de algum recurso mineral” (FARIAS, 2015, p. 159).

5 Tal espaço de tempo diz respeito a empreendimentos de médio porte. Em projetos de grande porte e também de maior complexidade, o prazo deverá ser dilatado.

Nesse palmar, é difícil encontrar o requisito da urgência nas Medidas Provisórias que venham a regulamentar a atividade mineral, havendo vício de inconstitucionalidade formal por ausência de pressuposto da espécie normativa. A mineração não pode ficar refém de regra cuja vigência máxima seja de cento e vinte dias, caso não convertida em lei. Entretanto, conforme será demonstrado a seguir, o STF não tem admitido o controle jurisdicional dos pressupostos da urgência e da relevância, por entender que estão insertos na discricionariedade do Chefe do Executivo.

3 A LIMITAÇÃO FORMAL DOS ARTS. 246 E 176 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O art. 246 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001, determina que “é vedada a adoção de medida provisória na regulamentação⁶ de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive”. Ou seja, os dispositivos constitucionais alterados por Emendas promulgadas no período de 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001 não poderão ser regulamentados por Medida Provisória. Há, pois, clara limitação formal ao poder do Presidente da República de editar normas com força de lei. Observe-se que o dispositivo leva em conta a data de promulgação, e não de vigência ou publicação do ato normativo.

Faz-se mister analisar o art. 176 para verificar referida limitação:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

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

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

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

Vê-se que apenas o § 1º sofreu transformação pela Emenda Constitucional nº 6/1995, a qual foi promulgada no período de limitação, estabelecido pelo art. 246 da Constituição Federal. À primeira vista, poder-se-ia indagar se a limitação será referente apenas ao § 1º, ou à totalidade do art. 176 (*caput* e §§ 1º a 3º).

Embora só o § 1º tenha sido alterado por emenda, todo o art. 176 deverá sofrer a limitação de regulamentação por Medida Provisória. Isso porque o art. 246 veda a regulamentação por meio de Medida Provisória “de artigo da Constituição”. Por essa terminologia, deve-se entender o artigo em si (*caput*) e dos elementos menores, quais sejam, os parágrafos. Se a limitação estivesse apenas na parte modificada, o art. 246 teria utilizado a expressão “dispositivo” (que iria abarcar artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens) no lugar de “artigo”.

⁶ Segundo Vital Moreira (1997, p. 35) a regulação, *lato sensu*, pode ser entendida como qualquer instrumento de intervenção estatal na economia. Pode também significar a intervenção do Estado na ordem econômica através da participação em atividades econômicas, ou mesmo (num sentido estrito) a limitação normativa das atividades econômicas privadas. Nesse sentido, a regulamentação nada mais é do que espécie da qual o termo regulação é gênero, relacionada à noção de Poder Regulamentar. Observe-se que nem sempre o poder de expedir normas estará presente do conceito de regulação; por esse motivo, não se pode confundir a regulação com o termo em língua inglesa *regulation*, que diz respeito apenas à regulamentação (FRISON-ROCHE, 2005, p. 214-215).

De acordo com o art. 10, II, da Lei Complementar nº 95/1998, “os artigos desdobrar-se-ão em parágrafos ou em incisos; os parágrafos em incisos, os incisos em alíneas e as alíneas em itens”. Dessa forma, a modificação de qualquer dos desdobramentos do artigo implica em alteração do próprio artigo. Ressalte-se que, ao citar a referida Lei Complementar, não se está interpretando a Constituição de acordo com norma infraconstitucional. O que se faz, na verdade, é verificar a amplitude do termo “artigo” a partir da técnica legislativa vigente no Brasil, que está insculpida na Lei Complementar.⁷

Por sua vez, ao analisar a íntegra do art. 176 acima transcrito, percebe-se que as seguintes matérias não podem ser objeto de Medida Provisória:

- distinção entre a propriedade do imóvel e das jazidas, demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica (*caput*);
- domínio da União sobre os recursos minerais nas jazidas (*caput*);
- a propriedade do produto da lavra em favor do concessionário (*caput*);
- necessidade de autorização ou concessão da União para a pesquisa e a lavra de recursos minerais (§ 1º);
- a pesquisa e a lavra só poderão ser efetuadas sob o fundamento do interesse nacional, por pessoa física que apresente nacionalidade brasileira ou por empresa constituída na forma da lei brasileira, que tenha sede/administração no país (§ 1º);
- condições específicas, estabelecidas em lei, para a mineração localizada em faixa de fronteira e em terras indígenas (§ 1º);
- o proprietário do imóvel em que localizada a jazida terá direito à participação nos resultados da lavra, nos termos em que dispuser a lei (§ 2º);
- o título de autorização de pesquisa terá, necessariamente, prazo determinado (§ 3º);
- as autorizações de pesquisa e as concessões de lavra só poderão ser objeto de cessão ou transferência, total ou parcial, se houver prévia anuência do Poder Concedente (§ 3º);
- o aproveitamento de energia renovável de capacidade reduzida é dispensada de autorização/concessão (§ 4º).

As matérias elencadas acima representam o núcleo do Direito Minerário, estabelecendo seu regime jurídico e os aspectos mais importantes. Outros assuntos, se não tratarem diretamente do art. 176, estarão relacionados pela via reflexa. Dessa forma, a quase totalidade das regras legais em Direito Minerário não deverá ser alterada por Medida Provisória, em virtude da limitação formal do art. 246, da Constituição Federal.

Por fim, é importante destacar que o art. 177 também trata de mineração, mas não será objeto do presente artigo porque cuida apenas das substâncias sujeitas ao regime de monopólio (petróleo e gás natural).

4 ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 35371/2017 (IMPETRADO NO STF) E BREVES COMENTÁRIOS ÀS MEDIDAS PROVISÓRIAS Nº 789, 790 E 791, DE 2017

Em julho de 2017, foram editadas as Medidas Provisórias nº 789, 790 e 791, tratando, respectivamente, da compensação financeira pela exploração de recursos minerais (CFEM), dos regimes de aproveitamento das substâncias minerais, da transformação do Departamento Nacional de Produção Mineral

⁷ Marques Neto (2014, p. 134), analisando outro dispositivo, declarou que “embora sejamos absolutamente conscientes de que não se interpreta a Constituição conforme uma norma infraconstitucional, cremos que a abrangência [...] deve ser vista ao lume da legislação específica”.

em agência reguladora – ANM, bem como da instituição de taxa de fiscalização de atividades minerais. A Medida Provisória nº 789 foi convertida na Lei nº 13.540/2017. A Medida Provisória nº 790 teve seu prazo de vigência encerrado, conforme Ato Declaratório da Mesa do Congresso nacional nº 64/2017. Por sua vez, a Medida Provisória nº 791 foi convertida na Lei nº 13.575/2017.

Durante a tramitação das referidas Medidas Provisórias, o Deputado Federal José Carlos Aleluia Costa impetrou o Mandado de Segurança nº 35371/2017, com o objetivo de realizar controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade,⁸ para proteger direito hígido ao devido processo legislativo. O parlamentar alegou (STF, 2017b, s-p) que as referidas Medidas Provisórias regulamentam os arts. 176 e 177. Dessa forma, a edição dos três instrumentos normativos foi inconstitucional, pois o art. 246 da mesma Carta proíbe a edição de Medida Provisória na regulamentação de dispositivo alterado por Emenda Constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001.

O Deputado também defendeu que as Medidas Provisórias violavam o art. 62, *caput*, da Constituição Federal, no tocante aos requisitos da “relevância” e da urgência”. Aduziu ainda que as três Medidas implicam em fraude ao procedimento legislativo constitucional, pois tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 5.807/2013, que pretende instituir novo marco regulatório da mineração. Na prática, as Medidas Provisórias constituiriam a cópia de três pontos do referido PL.

O Mandado de Segurança em comento foi distribuído para a Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Este, contudo, estava licenciado, conforme certidão de 28/11/2017. Ato contínuo, a análise da liminar encaminhada para o Ministro Dias Toffoli, que entendeu (em despacho na mesma data) prejudicada a apreciação, pois as Medidas Provisórias nº 789 e 791 já haviam sido aprovadas pelas duas casas do Legislativo, bem como a Medida Provisória nº 790 iria perder a eficácia exatamente na data do despacho em comento (28/11/2017) (STF, 2017b).

De fato, o ajuizamento da demanda deveria ter ocorrido pouco tempo após a edição das Medidas Provisórias, tornando possível a apreciação do pedido liminar de suspender a tramitação do processo legislativo. Contudo, o protocolo da petição inicial só foi realizado em 22/11/2017, poucos dias antes do esgotamento do prazo de vigência dos três instrumentos normativos. É provável que

8 “[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem recusado o controle preventivo em sede abstrata e admitido, excepcionalmente, o controle preventivo *in concreto*, em face de mandado de segurança impetrado por parlamentar para a defesa de suas prerrogativas em decorrência de proposta inconstitucional de emenda à Constituição. Nesse caso, o STF tem admitido o cabimento de mandado de segurança quando a vedação constitucional se dirigir ao próprio processamento da lei (art. 57, § 7º e art. 67), ou da emenda (art. 60, §§ 4º e 5º), vedando a sua apresentação na primeira hipótese e sua deliberação na segunda hipótese. A inconstitucionalidade, diz o Supremo, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita a Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 95).

o Mandado de Segurança seja extinto por perda superveniente de objeto,⁹ tendo em vista que não mais é possível impedir a tramitação das três Medidas Provisórias, pois uma perdeu a eficácia e duas já foram convertidas em lei.

Contudo, nada impede que exista questionamento por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), ou mesmo através do controle difuso de constitucionalidade.

Retomando o exame sobre os argumentos do Parlamentar federal, tem-se que as Medidas Provisórias nº 790 e 791 implicam em afronta direta aos arts. 246 e 176 da Constituição Federal. É que os dois diplomam cuidam, respectivamente, dos regimes de aproveitamento das substâncias minerais e da transformação do DNPM em ANM.

Quanto à primeira (nº 790), é certo que art. 176, § 1º, da Constituição Federal trata dos regimes de aproveitamento das substâncias minerais,¹⁰ pois fala da necessidade de concessão/autorização da União para a realização de atividade mineral. Ora, a necessidade de consentimento da União é exatamente traduzida nos regimes de autorização e concessão, além de outros dispostos da legislação minerária.

Já a segunda (nº 791) também regulamenta o art. 176 da Constituição Federal, pois trata da criação de ente regulador para a atividade mineral. Se as jazidas pertencem à União (art. 176, *caput*), o controle da atividade de pesquisa e lavra, por óbvio, será realizado pelo ente regulador.

⁹ A impetração ou continuidade do Mandado de Segurança não poderá ocorrer após a conversão do projeto em lei ou emenda constitucional, pois haverá perda superveniente de objeto. Não há como impedir a tramitação de projeto que não mais existe. Veja-se a jurisprudência do STF (2017a, s-p) sobre o assunto:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROJETO DE LEI (PLNº 4.302/1998). NULIDADE ALEGADAMENTE OCORRIDA NO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO PARLAMENTAR À CORRETA ELABORAÇÃO, PELO PODER LEGISLATIVO, DAS LEIS E DEMAIS ESPÉCIES NORMATIVAS. POSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO, PELO CONGRESSISTA, DE MANDADO DE SEGURANÇA. ULTERIOR TRANSFORMAÇÃO DA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA EM LEI ORDINÁRIA (LEI Nº 13.429/2017), EM DECORRÊNCIA DE SANÇÃO PRESIDENCIAL. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, UMA VEZ CONSUMADA A CONVERSÃO, EM LEI, DO RESPECTIVO PROJETO. PREJUDICIALIDADE DO “WRIT” MANDAMENTAL. PRECEDENTES. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora reconheça ao membro do Congresso Nacional qualidade para fazer instaurar o controle jurisdicional pertinente ao processo de elaboração normativa, nega-lhe, no entanto, legitimidade ativa para prosseguir no processo mandamental, se, em decorrência de fato superveniente, a proposição normativa, em tramitação na esfera parlamentar, vem a transformar-se em lei (ou, quando for o caso, a converter-se em emenda à Constituição). – A ação de mandado de segurança, uma vez consumada a conversão, em lei (ou em emenda à Constituição, quando for o caso), do respectivo projeto (ou proposta), torna-se prejudicada, pois não pode ser utilizada como sucedâneo de qualquer das modalidades viabilizadoras de controle normativo abstrato de constitucionalidade (adin, adc, ado ou adpf). Precedentes” (MS 34723 MC, Relator(a): Min. Celso De Mello, julgado em 04/04/2017, publicado em Processo Eletrônico Dje-072 Divulg 06/04/2017 Public 07/04/2017) [grifo nosso].

¹⁰ “Conceituam-se os regimes minerários como os processos administrativos representados por um conjunto de atos, compreendidos desde o requerimento do particular até a anuência (ou registro) do DNPM/MME, relativos à realização de pesquisa e/ou aproveitamento de substâncias minerais, bem como dos atos de gestão/acompanhamento posteriores. Tais processos possuem como finalidade a obtenção de título minerário. Assinale-se que os regimes minerários podem ser conceituados, a partir de outro parâmetro, como sendo o arcabouço normativo incidente sobre o aproveitamento dos recursos minerais (semelhante à expressão ‘regime jurídico’)” (ATAÍDE, 2017, p. 160). Já Luciana Rangel Nogueira (2004, p. 29) preleciona que os regimes de aproveitamento das substâncias minerais podem ser definidos como os requisitos e condições para a obtenção dos títulos minerários, através de um procedimento administrativo adequado.

Por outro lado, a Medida Provisória nº 789 regulamenta a CFEM, que possui supedâneo direto no art. 20, § 1º, da Constituição Federal.¹¹ A CFEM é o *royalty* pago em virtude da realização da lavra mineral (exploração), cuja receita é repartida entre os entes federados. Cuida-se de receita originária,¹² decorrente da utilização do patrimônio público (SCAFF, 2009, p. 288-289).

Poder-se-ia questionar se a Medida Provisória nº 789 não está contida na limitação formal do art. 246, da Constituição, tendo em vista que a redação do art. 20, § 1º, não é oriunda de Emenda Constitucional Promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001. No entanto, defende-se no presente artigo que, embora o principal fundamento constitucional da CFEM seja o art. 20, § 1º, a instituição de tal *royalty* também implica em regulamentação do art. 176 da Constituição. Isso porque a exação só é cobrada em virtude da lavra de substâncias minerais, que constituem patrimônio público – fundamentos que estão no art. 176 da Constituição Federal. Em outras palavras, a CFEM está intimamente relacionada com o conteúdo desse dispositivo constitucional, estando, por essa razão, inserida na limitação formal ao poder de regulamentação por Medida Provisória; qualquer alteração na legislação da CFEM por meio de Medida Provisória é inconstitucional, em virtude da violação ao art. 246 combinado com o art. 176.

Não bastasse a limitação formal contida no mencionado art. 246, a edição de Medidas Provisórias em atividade minerária não é instrumento adequado, em virtude da imprescindível estabilidade regulatória do setor. No mesmo sentido:

Como destacado no decorrer desta obra, a segurança jurídica é essencial ao desenvolvimento da atividade minerária – caracterizada pelo alto risco do empreendimento e pela extração de recursos naturais não renováveis (bem público). Logo, a alteração da legislação mineral por Medida Provisória é prejudicial tanto ao setor produtivo quanto ao Poder Concedente, pois o destino da matéria pode tomar rumos diversos, como a conversão em lei ou a rejeição das Medidas, criando-se, assim, um quadro de instabilidade regulatória.

Setor dotado de importância política, econômica, social e estratégica não pode ficar à mercê de espécie normativa com prazo de vigência de sessenta dias prorrogáveis por igual período. Não raras vezes, a maturação de um empreendimento minerário requer longos anos de pesquisa e de instalação do complexo industrial, motivo pelo qual a estabilidade regulatória é imprescindível (ATAÍDE, 2017, p. 226).

Dessa forma, está correta a argumentação (exarada na exordial do Mandado de Segurança nº 35371/2017) de que as três Medidas Provisórias em comento violam o requisito da urgência está correta. Não há, pois, qualquer urgência que justifique a alteração imediata da legislação minerária, atropelando o processo legislativo comum. Contudo, o STF normalmente não tem declarado a inconstitucionalidade de Medidas Provisórias por violação aos requisitos da urgência e da relevância, por entender que tal análise está contida no exame discricionário do Chefe do Executivo, a exemplo do julgamento da ADI 2.150 (ATAÍDE, 2017). Em outras palavras, cabe ao Presidente da República dizer o que é ou não urgente e relevante; como se trata de ato discricionário, seria incabível o controle judicial. Embora seja esse o entendimento dominante no STF, defende-se, no presente artigo, que em alguns casos é possível aferir se a norma é urgente/relevante ou não, quando a presença/ausência da característica for bastante clara, como nas três Medidas Provisórias em comento. Nestas, não há qualquer cenário que justifique a alteração imediata na norma.

11 “Art. 20 [...] § 1º: É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

12 Em geral, das receitas públicas são divididas em duas categorias: as originárias e as derivadas. Nesse sentido, preleciona Scaff (2009, p. 288-289): “As *Receitas Originárias*, como o próprio nome já indica, possuem sua gênese na exploração do próprio patrimônio do Estado. São as que decorrem da exploração de terras, dos recursos hídricos, dos recursos minerais, das instalações industriais e comerciais do Estado, e por aí assim. Ou seja, a formação dos preços decorre de uma relação quase que ‘de mercado’, ou dizendo melhor, ‘de mercado regulado’. São transações contratuais do Estado, fruto da exploração de seu próprio patrimônio. Já as *Receitas Derivadas*, como o nome indica, derivam do poder de império do Estado. Daí surgem os tributos e as multas. Não decorrem de uma exploração de bens públicos, mas do exercício do poder; daí decorrem de *poder de império*, e não de uma *relação contratual*”.

Por outro lado, discorda-se da colocação (constante na petição inicial do aludido *mandamus*) de que as Medidas Provisórias não possuem o requisito da relevância. Conforme amplamente demonstrado no decorrer deste artigo, os minérios são bens imprescindíveis ao desenvolvimento humano, social e econômico, na medida em que a quase totalidade dos bens de consumo são formados por recursos minerais. Nesse palmilhar, a maior parte das alterações na estrutura regulatória da mineração deve ser considerada relevante; apenas questões pontuais e de menor amplitude para o setor (como a fixação de prazos) deve ser considerada irrelevante, o que não ocorre com as três Medidas Provisórias em comento, cujas alterações são significativas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, verifica-se que a hipótese de pesquisa foi confirmada. Não é juridicamente possível a adoção de Medida Provisória na regulamentação de atividade mineral, pois o núcleo do Direito Minerário está no art. 176 da Constituição Federal. Qualquer alteração na estrutura regulatória da mineração irá incidir em regulamentação do mencionado dispositivo constitucional.

O art. 246 proíbe que artigos da Constituição, com redação alterada por Emenda Constitucional promulgada entre 1º de janeiro de 1995 e 11 de setembro de 2001, sejam regulamentados por Medida Provisória. Como se viu, o art. 176, § 1º possui redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995. Embora o *caput* e os demais parágrafos não tenham sido modificados, a vedação à regulamentação por Medida Provisória abarca a integralidade do art. 176 (*caput* e todos os desdobramentos - os parágrafos). É que o art. 246 se valeu do termo “artigo”, que é composto por parágrafos, incisos, alíneas e itens. Se a limitação fosse dirigida apenas aos desdobramentos alterados, o art. 246 teria utilizado a expressão “dispositivo”.

Dessa forma, as Medidas Provisórias nº 789, 790 e 791, de 2017 são inconstitucionais, por violação ao art. 246, combinado com o art. 176, ambos da Constituição Federal. Até mesmo a Medida Provisória nº 789, que regulamenta a CFEM, é alcançada pela referida inconstitucionalidade. Embora o principal supedâneo constitucional da CFEM seja o art. 20, § 1º, ainda assim sua regulamentação implica em pormenorizar as matérias contidas no art. 176, em virtude da propriedade da União sobre as jazidas, bem como da necessidade de autorização/concessão para a realização de pesquisa ou lavra.

Ademais, a Medida Provisória não é instrumento normativo adequado para regulamentar o Direito Minerário, pois este ramo exige elevada estabilidade regulatória, em virtude do alto risco dos empreendimentos (poucos requerimentos de pesquisa alcançam a fase de lavra, em que ocorre a efetiva extração mineral e, conseqüentemente, a obtenção de lucro). Em raríssimos casos será possível vislumbrar o requisito da urgência, que é imprescindível para a adoção de Medidas Provisórias.

Contudo, o atual entendimento do STF é no sentido de que a urgência e a relevância são aferidas por ato discricionário do Chefe do Executivo, sendo difícil o controle jurisdicional. Não obstante a preponderância das decisões do STF, defende-se que é possível o controle dos requisitos constitucionais das Medidas Provisórias, em situações que claramente se amoldam ou não aos conceitos de relevante ou urgente.

Ressalte-se, por fim, que as alterações na legislação minerária, em regra, possuem o requisito da relevância, em virtude da imprescindibilidade dos minérios para o desenvolvimento humano, social e econômico. Não serão relevantes, entretanto, os aspectos pontuais e de pouca amplitude ao sistema normativo da mineração, a exemplo da alteração de prazos.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE, Pedro. **Direito mineral**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BEDRAN, Elias. **A mineração à luz do direito brasileiro**: comentário, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Alba Limitada, 1957.v.1.

BRASIL. DNPM. **Evolução dos direitos minerários – 1988 – 2017**. Brasília: DNPM, 23/01/2018 (data da última modificação do arquivo). Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/dnpm/planilhas/estatisticas/titulos-minerarios>> Acesso: 24 jan. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2008.

FARIAS, Talden. A atividade minerária e a obrigação de recuperar a área degradada. **Revista de Direito Ambiental**, v. 79, ano 20, p. 157-187. São Paulo: jul.- set. 2015.

FREIRE, William. Regime jurídico da mineração e marco regulatório a partir de uma análise de direito comparado. In: MARTINS, J; LIMA, P. C. R.. **Setor mineral rumo a um novo marco legal**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2011. p. 149-170.

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.

HERRMANN, Hildebrando. Direito mineral: avaliação e perspectivas. **Revista Areia & Brita**, São Paulo, n. 52, p. 16-25, Nov./dez. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: função social e exploração econômica – o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

NOGUEIRA, Luciana Rangel. **Direito mineral brasileiro e as restrições à propriedade superficiária**. 137 f. Dissertação (Mestrado em Geociências) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. Aspectos controvertidos sobre a CFEM – Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (Royalties da mineração). In: SCAFF, F. C.; ATHIAS, J. A. (Coord.). **Direito Tributário e Econômico aplicado ao Meio Ambiente e à Mineração**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 282-310.

SOUZA, Marcelo Gomes de. **Direito mineral e meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

STF. **Mandado de Segurança nº 34723**, julgado em 04/04/2017a, publicado em 07/04/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000329880&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

_____. **Mandado de Segurança nº 35371 de 2017b**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>> Acesso em: 22 jan. 2018.

VIANA, Maurício Boratto. **Licenciamento ambiental de minerações em Minas Gerais**: novas abordagens de gestão. 305 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

VIVACQUA, Attilio. **A nova política do sub-solo e o regime legal das minas**. Rio de Janeiro: Editora Panamericana, 1942.