

A PERDA DO DIREITO DE PRIORIDADE NO DIREITO MINERÁRIO: ESTUDO SOBRE A CADUCIDADE DETERMINADA PELO ART. 43 DO ATO CONSTITUCIONAL DE DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS E PELO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DISPOSTAS NO CÓDIGO MINERÁRIO.

THE LOSS OF THE PRIORITY RIGHT IN THE MINING LAW: A STUDY ABOUT THE DECADENCE DETERMINATED BY THE 43° ARTC. OF THE TRANSITORY CONSTITUTIONAL ACTS AND DISPOSITIONS AND BY THE BREACH OF THE OBLIGATIONS EXPRESSED IN THE MINIG CODE.

AUTORES: Pilar de Souza e Paula Coutinho Elói e Luiz Antônio Caldeira Falci

RESUMO

Este trabalho objetiva traçar as bordas do direito de prioridade na pesquisa e lavra no Direito Minerário. Através da análise da legislação esparsa, de Doutrina, Jurisprudência e do Código Minerário, busca-se uma definição sólida do direito de prioridade e das situações onde se opera a perda. O escopo principal é, através de uma interpretação sistemática da Lei e o tratamento que esta tem recebido da Jurisprudência, analisar a questão da aplicabilidade imediata ou não dos efeitos contidos no art. 43. do ADCT e da possibilidade de afastamento da formalidade procedimental expressa no art. 6º da Lei nº 7.886/89. A construção de orientações a este respeito repercute na situação fática das sociedades empresárias mineradoras, posto que, busca solucionar situações altamente gravosas como a de sobreposição de áreas de pesquisa e lavra.

PALAVRAS CHAVE: DIREITO MINERÁRIO; DIREITO DE PRIORIDADE; PESQUISA E LAVRA; HIPÓTESES DE CADUCIDADE.

ABSTRACT

This paper objectives to trace the adges of the priority right in the research and mining in the Brazilian Mining Law. Trough the analysis of the sparse legislation, Doctrine, Jurisprudence and of the Brazilian Mining Code, looking up for a solid definition of the priority right and of the situations which operates its loss. The main scope is, trough a sistematic interpretation of the Law and of the theatment it has been receiving from the Jurisprudence, analyse the question of the imediate aplicability or not of the effects conserning the 43° artc of the Transitory Constitutional Acts and Dispositions and of the possibility of removal of the procedural formality expressed in the 6° artc of the 7.886/89 Law. Building guidelines in this regard affects the factual situation of the mining business companies, since, it searches for solutions to highly restrictive situations such as the overlapping of areas of research and exploration.

KEYWORDS: MINIG LAW; PRIORITY RIGHT; RESEARCH AND MINING; HYPOTHESES OF FORFEITURE.

1 – INTRODUÇÃO

O mercado de extração mineral do Brasil experimentou um crescimento considerável na última década. Segundo dados extraídos da análise de resultados econômicos publicada em 2010 pelo IBGE, compreendendo os períodos de 2005 à 2008, percebemos que a participação do subsetor industrial da extração de minerais metálicos ocupou, sozinho, 82,9% da participação nas empresas de alto crescimento no país¹. Ainda, em estudo comparativo publicado pela mesma fundação pública em 6 de março de 2012, constatou-se que a indústria brasileira começou a sofrer os impactos da crise mundial em meados de 2011, contando com uma queda notável em alguns setores da indústria de transformação, mantendo, porém, um índice de crescimento de 3,8% no subsetor de extrativismo mineral².

A posição cada vez mais privilegiada que a indústria de extração mineral ocupa na economia brasileira demanda uma maior atenção ao campo jurídico da regulamentação minerária. Exige-se dos operadores do direito um conhecimento mais amplo no que diz respeito aos procedimentos administrativos e judiciais que viabilizam a concessão de licenças de pesquisa e lavra à empresas extrativistas, sendo de grande utilidade o estudo e a delimitação das situações em que se opera a perda ou caducidade do direito de prioridade na pesquisa ou exploração mineral.

Não raras são as ocasiões em que empresas de extração mineral se deparam com problemas associados à sobreposição de áreas de pesquisa e extração, o que pode gerar graves óbices à atividade mineradora e até a perda da área de pesquisa ou de lavra, resultando em enormes prejuízos às empresas extrativistas. O estudo do direito de prioridade na autorização de pesquisa e concessão de lavra mineral se justifica, pois busca entender e resolver tais problemas de cunho jurídico burocrático.

1 (IBGE, Sistema de contas nacionais 2004 – 2008. Rio de Janeiro, 2010. disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasnacionais/2008/publicacao2004_2008.pdf> Acesso em oito de março de 2013.)

2 (disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2093, Acesso em oito de março de 2013.)

Analisando criticamente a legislação, doutrina e as decisões esparsas que tratam do assunto, aprofundar-se-á o estudo aqui proposto em duas hipóteses específicas onde se opera a perda do direito de prioridade, a caducidade constitucional presente no art. 43 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a caducidade legal trazida pela lei nº 7.886/1989 em seu art. 6º. Buscaremos também, definir o impasse relativo aos efeitos das respectivas caducidades, se seriam *ex tunc*, reverberando em situações jurídicas anteriores ao reconhecimento da caducidade ou *ex nunc*, produzindo efeitos futuros nas situações jurídicas de fato.

2 – O SISTEMA DE EXTRAÇÃO MINERAL NO BRASIL

O sistema de outorgas de títulos minerários brasileiro tem como fontes principais a Constituição Federal de 1988 e o Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227 de 28/02/1967). A atividade mineral nacional advém do princípio constitucional contido no art. 176, que categoriza os recursos minerais como bens da União, passíveis de cessão para efeitos de exploração ou aproveitamento por parte de particulares.

Ainda, em conformidade com os arts. 1º, 2º e 3º da Lei 8.876/94 e com o Código de Mineração, os particulares detentores de títulos minerários deverão cumprir as determinações normativas expedidas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) no que diz respeito aos regimes de exploração e aproveitamento dos recursos minerais. Cabe ainda ao DNPM a fiscalização dos procedimentos referentes aos regimes de exploração e pesquisa, cabendo ao Ministério de Minas e Energia a outorga de concessões.

Sob o regime de autorização, a atividade desenvolvida pela empresa extrativista é a de pesquisa geológica, que, posteriormente, poderá ser convertida em regime de concessão para atividade de lavra, atingindo assim a fase de produção mineral. Nos outros tipos de regime o rito para o início da extração mineral é simplificado, não se exigindo a fase de pesquisa geológica. Tanto nos ritos simplificados quanto no de pesquisa e concessão de lavra, opera-se a importante figura do direito de prioridade, que estabelecerá a ordem em que as sociedades

empresárias de extração mineral poderão realizar suas respectivas pesquisas e a atividade extrativista.

Alguns doutrinadores afirmam que o regime em questão não seria o da autorização, É o caso do professor Willian Freire ao lecionar que o § 3º do art. 176 da Carta Magna desnaturou o regime jurídico da autorização ao determinar que a pesquisa mineraria seja feita por prazo determinado. Ainda, a outorga dos títulos é ato vinculado, não podendo o DNPM admitir qualquer tipo de discricionariedade ao cumpri-lo, como bem evidencia William Freire:

O ato administrativo indevidamente denominado de “autorização” de pesquisa mineral, nada tem de discricionário e precário. É ato administrativo vinculado, para o qual não está reservada à Administração qualquer discricionariedade. A utilização indevida do vocábulo autorização tem sido causa de equívocos, e a Administração aproveita para tentar atuar segundo uma discricionariedade que não existe. Firmada a prioridade do protocolo do requerimento, sem indeferimento de Plano, o minerador adquire o direito à obtenção do Título Minerário, desde que cumpra as determinações do Código. Forma-se um conjunto de atos administrativos sucessivos, relacionados e dependentes entre si, objetivando uma finalidade única, que é possibilitar a transformação do recurso mineral em riqueza, trazendo para a sociedade todos os benefícios consequentes. Não há margem de opção do DNPM, cuja atuação se resume no estrito cumprimento do Código de Mineração.” (FREIRE, 2010, pg. 83).

Ou seja, não há, no âmbito da apreciação do direito de prioridade (definido pela concessão da pesquisa), espaço para a discricionariedade, juízo de oportunidade e conveniência pelo DNPM. Seja para a concessão de tal direito, seja para a perda do mesmo, conforme será melhor visto abaixo, o DNPM só pode agir de acordo com a mais estrita legalidade.

3 – DO DIREITO DE PRIORIDADE

Conforme analisado, a concessão dos direitos minerários depende do cumprimento, por parte das empresas extrativistas, de uma série de requisitos legais previstos no Código de

Mineração, dentre eles, os relativos ao direito de prioridade. É o que nos indica WILLIAN FREIRE ao ressaltar que a União é obrigada a consentir a exploração a quem primeira e regularmente a requeira:

Desses, dois se destacam para proteger o minerador e a moralidade administrativa: o princípio da prioridade e a obrigatoriedade do consentimento são o núcleo do sistema jurídico-minerário. O primeiro oferece igualdade de tratamento entre os particulares; o segundo impede a discricionariedade administrativa. **Resumindo, a União é obrigada a consentir na exploração àquele que primeiro a requerer regularmente.**(FREIRE, Willian, 2010, pg. 80).

Nos termos do art. 11. do Código de Mineração, a competição por obtenção de autorização de pesquisa ou de registro de licença em áreas livres será determinada de acordo com o direito de prioridade, determinado por quem realize primeiro o protocolo válido e regular perante o DNPM, atendidos os demais requisitos cabíveis. Ainda, o Regulamento do Código de Mineração, Decreto n.º 62.934 [de1968, conceitua o direito de prioridade, como](#) a precedência de entrada no D.N.P.M. do requerimento de autorização de pesquisa em área considerada livre, ou de concessão de lavra de jazida declarada em disponibilidade, designando-se por "prioritário" o respectivo requerente.

O direito de prioridade se baseia na atuação dos particulares, ou seja, aquele que primeiro realiza protocolo devidamente instruído perante o DNPM torna-se o titular do direito minerário. Como entende Willian Freire:

A lógica do sistema minerário preceitua que as áreas livres estão, em regra, à disposição de qualquer particular que vise a pesquisar determinado local, com fins a buscar a ocorrência de determinados recursos minerais. Assim, o princípio da prioridade preceitua que a outorga de direito de pesquisa, e posteriormente de lavra, deve respeitar a ordem de requisições feitas pelos particulares junto ao poder concedente. A proteção do respeito à ordem de requisições gera o direito de prioridade, direito que este particular passa a fazer jus no momento em que demonstra ser o primeiro a requerer a pesquisa em determinada área.(FREIRE, 2010, pg. 80)

Ressalva-se, no entanto, conforme a lei, que a prioridade não é fixada por qualquer requerimento, pelo contrário, esse deve estar devidamente instruído: “Ressaltamos que, para a prioridade ser fixada, é essencial que o pedido ao Poder Público seja devidamente instruído, assim como a área, objeto do requerimento, seja considerada livre – isto é, não seja objeto de requerimento anterior.”(FEIGELSON, 2012, pg. 95)

O Código de Mineração conceitua a área livre no seu artigo 18, como sendo aquela que não se enquadre em quaisquer das hipóteses trazidas em seu rol taxativo. Assim, dentre as condições para se considerar uma área livre encontra-se a ausência de vinculação da área a determinado direito minerário ou pendente a solicitação relativa a esse direito. Além disso, na hipótese do inc. II, alínea b³, não será considerada livre a área sujeita à disponibilidade (art. 26, Código de Mineração), situação na qual se enquadram áreas desoneradas por publicação no Diário Oficial da União.

Nesse último caso, nos termos do art. 26 e parágrafos do Código de Mineração a área se sujeitará a um procedimento licitatório no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da sua desoneração. Caso não compareçam interessados, a área retornará ao status de área livre, sujeita à prioridade.

Assim, é possível consolidar o conceito de área livre da seguinte forma: “a área é livre quando não estiver onerada por título minerário, requerimento prioritário ou não sujeita à declaração de disponibilidade” (FREIRE, 2010, pg. 165).

Ainda, cumpre salientar que o referido procedimento deve estar devidamente instruído, nos moldes do rol taxativo disposto no art. 16 do Código Minerário. Já o artigo 17, indica em quais situações o requerimento será indeferido de plano. Da redação desse artigo, verifica-se dois enquadramentos distintos relativos às exigências do DNPM, um primeiro, pertinente aos elementos essenciais do processo, que importam em indeferimento de plano, e um segundo, que toca a elementos complementares necessários à uma melhor instrução do processo.

Nesse viés, WILLIAN FREIRE indica que é prioritário o requerimento que não seja indeferido de plano:

3 Art. 18. A área objetivada em requerimento de autorização e pesquisa ou de registro de licença será considerada livre, desde que não se enquadre em quaisquer das seguintes hipóteses: II - se a área for objeto de pedido anterior de autorização de pesquisa, salvo se este estiver sujeito a indeferimento, aos seguintes casos: b) por ocorrência, na data da protocolização do pedido, de impedimento à obtenção do título pleiteado, decorrente das restrições impostas no parágrafo único do Art. 23 e no Art. 26 deste Código;

Considera-se prioridade a precedência de requerimento válido para o exercício da atividade mineral. É necessário que esse pedido tenha possibilidade de desenvolvimento válido e regular, e que seja formulado por quem reúna condições para obtê-lo. Considera-se válido, para efeito de marcar prioridade, o requerimento pleiteado em área livre e **não indeferido de plano**. (FREIRE, Willian, 2010, pg. 80).

Uma vez fixada a prioridade pelo protocolo de requerimento devidamente instruído, o titular do direito de pesquisa e, eventual e sucessivamente, do direito de lavra, poderá opor tais direitos a eventuais novos requerentes no que toca à mesma área.

Mas, tal direito, por evidente, não é eterno. Em algumas situações o titular dará ensejo à perda do seu direito, à caducidade, de modo que novos direitos poderão ser concedidos sobre a área que lhe pertencera. São casos de perda do direito de prioridade. O objeto desse trabalho debruça-se sobre duas dessas hipóteses.

4 – DA CADUCIDADE DOS DIREITOS MINERARIOS. UMA HIPÓTESE EX TUNC OU EX NUNC DE PERDA DO DIREITO DE PRIORIDADE?

Para adentrar no tópico da caducidade constitucional dos direitos minerários, faz-se mister conceituar alguns institutos jurídicos essenciais, o primeiro deles é a Caducidade ou Decadência de Direito. A decadência, nas palavras do célebre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) é a perda do próprio direito, em si mesmo, por não utilizá-lo no prazo previsto para seu exercício, evento, este, que sucede quando a única forma de expressão do direito coincide conaturalmente com o direito de ação. Logo, não exercido este último, não terá sido exercitado o próprio direito substantivo. (MELLO, 2008, p.1039).

Assim, a decadência ocorre quando a perda do direito de ação significa a perda do direito substancial. É de suma importância ressaltar que este mecanismo não é o mesmo da prescrição que, por sua vez, se traduz na perda da ação judicial pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la, o que não significa a perda do direito substancial pretendido, como bem leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

A perda da ação não significa, ou, pelo menos, não necessariamente significa, a perda do direito. Exemplo: não tendo o devedor efetuado o pagamento ao credor, este disporá do tempo “x” para acioná-lo. Não o fazendo dentro da dilação própria, prescreverá sua ação para defender tal direito. Sem embargo, o direito não haverá se extinguido, tanto que, se o devedor posteriormente vier a pagá-lo não poderá mais tarde propor ação de repetição de indébito. (MELLO, 2008, p.1038).

Desta forma, a prescrição corresponde à perda dos direitos subjetivos patrimoniais enquanto que a decadência diz respeito aos direitos potestativos:

Sob um determinado prisma, é possível afirmar que a prescrição diz respeito aos direitos subjetivos patrimoniais (aqueles que trazem consigo a possibilidade de que o titular exija de alguém um determinado comportamento). Por isso, a prescrição fulmina a pretensão de exigir o comportamento economicamente aplicável. Submete-se à prescrição, por exemplo, o crédito. A outro giro, a decadência concerne aos direitos potestativos, que, por essência, não possuem pretensão, já que não podem ser objeto de violação. A decadência, assim, refere-se aqueles direitos cujo exercício depende, tão somente, do próprio titular, como, e.g., reclamar vícios redibitórios ou anular um contrato por vício de vontade. Fulmina o próprio direito (...)

Sinteticamente, esclareça-se que os efeitos da decadência e da prescrição são diversos, pois aquela faz perecer o próprio direito não afirmado pelo exercício (direitos potestativos), enquanto esta perece a pretensão do titular para defender o direito já afirmado, porém comprometido por importunação alheia (direitos subjetivos patrimoniais). (FARIAS e ROSENVALD, 2010, p.672)

Sendo assim, conclui-se que a perda do direito minerário na situação descrita pelo art. 43 do ADCT, que será estudada adiante, é caso onde se opera o instituto jurídico da decadência, pois diz respeito à perda do direito substancial de pesquisa ou lavra (direitos potestativos) que por conseguinte importa a perda do direito de ação (neste caso o direito de

requerer a prioridade através de requerimento regularmente instruído).

Resta agora conceituar os efeitos jurídicos que podem decorrer da perda do direito de prioridade. O primeiro deles é o efeito *ex tunc*, expressão de origem latina que significa “desde então”, assim, seus efeitos são retroativos à época da origem dos fatos a ele relacionados. Ao ponto que, o efeito *ex nunc*, expressão de origem latina que significa “desde agora”, implica que os efeitos decorrentes da decisão só serão aplicáveis do momento em que esta foi proferida em diante.

A distinção destes efeitos bem como a constatação das situações onde um ou outro vai se operar é de suma importância nas lides que envolvam direitos minerários, pois, é ela que vai definir a extensão prática dos efeitos que o conteúdo da decisão provocará às empresas extrativistas.

Por exemplo, imaginem-se a situação em que a empresa “A” detém o direito de prioridade de pesquisa em uma área específica desde 1976, convertida em lavra em 1980. No entanto, tal sociedade, desde o final da década de 80, deixou de explorar a área, sem que nunca tivesse sido declarada a caducidade do seu direito nos termos do art. 6º da Lei nº 7.886/89. A empresa “B”, interessada em explorar a referida área, protocola requerimento de pesquisa em 2013. A prioridade de “A” constituída em 1976 impediria o direito de pesquisa de “B”?

Diante do exposto, passemos a analisar as hipóteses de decadência do direito de prioridade visadas por esse estudo e de seus possíveis efeitos.

4.1. DA DECADÊNCIA CONSTITUCIONAL.

A Constituição Federal de 1988 prevê, no art. 43 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, uma hipótese de perda da eficácia do título de direito minerário. Nos termos do dispositivo legal, consta que os títulos atributivos de direitos minerários seriam considerados sem efeitos, caso os trabalhos de lavra não tivessem sido comprovadamente iniciados, ou na data da promulgação de lei que os disciplinasse ou a contar um ano da data da promulgação da Constituição.

A lei nº 7.886/1989, que regula o art. 43 dos ADCT, estabelece a data do dia 5 de outubro de 1989, como o marco da caducidade do direito de prioridade, caso os trabalhos de pesquisa ou de lavra não hajam sido comprovadamente iniciados nos prazos legais ou estejam inativos. Sendo incumbência do titular do referido direito minerário, comprovar, até o dia trinta de novembro de 1989, junto ao DNPM, o início e atividade dos trabalhos.

Ainda, segundo o art. 6º, caput e parágrafo único da mesma lei, caberia ao DNPM declarar a liberação, disponibilidade dos títulos minerários, quando não cumprida a obrigação supra descrita. Essa redação permite entender que a partir da declaração do DNPM é que estaria perdido o direito minerário, adquirindo essa declaração caráter constitutivo e, portanto, *ex nunc*.

Tal, contudo, não é o entendimento que deve prevalecer em razão da redação do texto constitucional! Em virtude do conteúdo expresso do art. 43 do ADCT, os únicos requisitos necessários à ausência de efeitos: a inatividade demonstrada no prazo de um ano da promulgação da Constituição Federal. Assim, o exato instante em que se cumpriu esse requisito estaria decaído o direito, independentemente de futuras e eventuais formalidades a serem realizadas pelo DNPM.

O art. 43 do ADCT é bem claro ao tornar sem efeito o direito minerário da empresa que não cumprisse com as obrigações trazidas no texto constitucional, sem a necessidade de maiores esclarecimentos, já que esse direito estaria inativo ou mesmo não teria se iniciado no prazo legal. A Constituição Federal não impõe qualquer condicionamento para a perda do direito minerário, salvo o tempo, de modo que, a nosso ver, a declaração constante do art. 6º da 7.886/1989 é de cunho meramente declaratório, não podendo constituir óbice ao direito substancial ao previsto no art. 43 do ADCT. Caso contrário, estaríamos diante de uma afronta

ao princípio da hierarquia das normas pois uma exigência meramente formal estabelecida em Lei ordinária teria a força de obstar uma determinação constitucional. Portanto, entende-se que os efeitos da decadência do direito minerário operam na modalidade *ex tunc*, retroagindo à data em que foi outorgado o título minerário em que se verificou a decadência. O julgado abaixo demonstra esse entendimento:

ADMINISTRATIVO. MINERAÇÃO. ART. 43 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. CONCESSÃO LAVRA TORNADA SEM EFEITO. OMISSÃO DO DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM. INEXISTÊNCIA.

1. Abrangida pelo art. 43 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Portaria de Concessão de Lavra da Autora foi tornada sem efeito, porque não iniciados os trabalhos no prazo legal. 2. Injustificável a alegada omissão do DNPM, pois cumpria ao titular da concessão preparar o terreno e tudo quanto fosse necessário para a imissão na posse da jazida, possuindo, para tanto, ação real para garantir seu direito-dever. 3. A Autora sequer preparou o terreno para a imissão na posse, não sendo o caso, portanto, de se instituir servidão sobre o domínio do superficiário, nem de se alegar força maior, referente à fase de exploração mineral. 4. Apelação improvida. 5. Sentença mantida.

(TRF1, Numeração Única: 0017908-13.1997.4.01.0000, AC 1997.01.00.019086-3 / DF; Relator JUIZ ALOISIO PALMEIRA LIMA, órgão PRIMEIRA TURMA, 23/08/1999 DJ P. 208) (grifos nossos)

4.2. DA CADUCIDADE ORIUNDA DO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DESCRITAS NO CÓDIGO MINERÁRIO.

Outra situação em que se configura a perda do direito de prioridade está no descumprimento das obrigações constantes no Código de Mineração, impostas aos titulares de direitos minerários.

Exemplos dessas obrigações são: a não interrupção dos trabalhos por prazo superior a seis meses, salvo motivo de força maior (art. 47, inc. XIV, do Código de Mineração). Tal obrigação encontra respaldo na relevância da exploração de lavra. Outra obrigação diz respeito à apresentação de relatório anual das atividades extrativistas, contendo vários dados relativos à lavra como o método, o transporte e a distribuição do material extraído, modificações verificadas nas reservas, o número de trabalhadores na mina entre outros (art. 47, inc. XVI). O cumprimento desta obrigação serve ao Estado como uma forma de verificar o fiel cumprimento da lavra obtida.

O descumprimento de tais obrigações ao longo de período prolongado de tempo seria causa, per si, para a caducidade do direito minerário, penalidade prevista no art. 63, inc. III, do Código de Mineração, sendo que, ficará a cargo do Ministro de Estado de Minas e Energias lavrar portaria tratando sobre a mencionada caducidade do direito.

As demais condições para a declaração de caducidade do direito de prioridade constam do art. 65 do CM, são elas:

a) a caracterização formal do abandono da jazida ou mina; b) o não cumprimento dos prazos de início ou reinício dos trabalhos de pesquisa ou lavra, apesar de advertência e multa; c) a prática deliberada dos trabalhos de pesquisa em desacordo com as condições constantes do título de autorização, apesar de advertência ou multa; d) o prosseguimento de lavra ambiciosa ou de extração de substância não compreendida no Decreto de Lavra, apesar de advertência e multa; e) e, f) o não atendimento de repetidas observações da fiscalização, caracterizado pela terceira reincidência, no intervalo de 1 (hum) ano, de infrações com multas. (BRASIL, 1967)

Dispõem também, em seu § 1º:

Extinta a concessão de lavra, caberá ao Diretor-Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral - D.N.P.M. - mediante Edital publicado no Diário Oficial da União, declarar a disponibilidade da respectiva área, para fins de requerimento de autorização de pesquisa ou de concessão de lavra. (BRASIL, 1967)

O caput do referido artigo utiliza o verbo declarar, de modo que, aparentemente, a caducidade já estaria presente, cabendo ao DNPM apenas reconhecê-la. Nesse caso, o

reconhecimento da caducidade teria efeitos *ex tunc*, atingindo inclusive o passado, até o momento em que o titular deu causa à perda do direito minerário.

No entanto, com base no § 2º, art. 63, já se reconheceu que a caducidade depende de formalidades, cuja ausência impede sua constituição. Assim, face a aparente ausência do procedimento formal devido não haveria caducidade e, portanto, a área não estaria livre até a efetiva declaração da caducidade.

ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. FORMALIDADE PRESCRITA. HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS. I. A delegação de poder, erigida em princípio da Administração Pública, há de estar expressamente autorizada, pela via legal adequada. II. Se o Código de Minas determina que a declaração de caducidade, como a em destaque, deve ser feita por decreto, estabeleceu formalidade essencial, para a validade do próprio ato. III. Por questão de hierarquia das normas jurídicas e dos pré-requisitos para a validade dos atos administrativos, o ato como está não pode prosperar. IV. Apelo provido. (TRF1, Numeração Única: 0016188-84.1992.4.01.0000, AC 92.01.19659-8 / MG; Relatora JUÍZA ASSUSETE MAGALHÃES, Órgão SEGUNDA TURMA, dJ16/06/1997, P. 43818)

Colabora nesse entendimento julgado no qual se reconhece que a caducidade é apenas decretada, não retroagindo à data das condutas que ensejaram a caducidade.

ADMINISTRATIVO. MINERAÇÃO. CONCESSÃO DE LAVRA. PRIORIDADE. ART. 16 DO REGULAMENTO DO CODIGO DE MINERAÇÃO. REQUERIMENTO DE PESQUISA EM AREA INDISPONÍVEL. NULIDADE. POSTERIOR DECRETO DE CADUCIDADE. EFEITOS.

I - O direito de prioridade, previsto no art. 16 do regulamento do Código de Mineração, importa assegurar preferencia entre pretendentes de pesquisa e lavra com iguais oportunidades de requerê-las.

II - Não escapando as hipóteses elencadas no art. 18 do Código de Mineração, a área objetivada em requerimento de pesquisa ou lavra não é considerada livre e, sendo assim, refoge ao âmbito do direito de preferencia.

III - O posterior decreto de caducidade de lavra não retroage para convalidar requerimento feito anteriormente, o qual resulta nulo pela indisponibilidade, na época, da área pretendida.

IV - Recurso Improvido.

(STJ, REsp 69814 / DF, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Órgão Julgador T1 - Primeira Turma, j. 15/12/1995, DJ 18/03/1996 p. 7530)

E ainda:

ADMINISTRAÇÃO - MINERAÇÃO - REQUERIMENTO DE PESQUISA – AREA INDISPONÍVEL - CADUCIDADE DE CONCESSÃO DE LAVRA - EFEITOS PARA FINS DE PRIORIDADE. I. A declaração de caducidade de concessão de lavra não retroage seus efeitos para convalidar pedidos formulados ilegalmente, quando a respectiva área estava indisponível. II. Depois de decretada a caducidade da concessão de lavra anterior e, em consequência, tornada disponível para a exploração mineraria a área correspondente, a ordem cronológica da entrada dos requerimentos dos interessados e que define o direito de preferência. III. Apelação desprovida. (TRF1, Numeração Única: 0020017-78.1989.4.01.0000, AMS 89.01.22012-1 / DF; Relator JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN, órgão julgador SEGUNDA TURMA, 17/08/1992 DJ P. 24235)

É de se ressaltar, no entanto, que não é possível falar em “jurisprudência consolidada” em relação à questão, pois, no geral, os julgados são esparsos, antigos ou únicos tornando inviável indicar tendências jurisprudenciais. Porém, levando-se em consideração que a formalidade em questão é exigida pela mesma norma que estabelece as demais condições para que haja a caducidade do direito minerário, entende-se que é uma formalidade necessária para que se operem os efeitos da caducidade que vigorarão, neste caso, da data da declaração em diante (*ex nunc*). Desta maneira, os efeitos decorrentes da decadência constitucional retroagiriam à data da concessão do direito enquanto que, os efeitos advindos da decadência legal prevista nas hipóteses do art. 65 do CM, passariam a existir da data da declaração da decadência em diante (*ex nunc*).

Estabelecer os efeitos decorrentes das hipóteses de decadência elencadas pelo CM constitui tarefa importantíssima, visto que, repercute de maneira profunda nas medidas que deverão ser tomadas pela empresa extrativista cujo direito decaiu.

Citemos, a título de exemplo, não rara situação fática de sobreposição de áreas em decorrência da não declaração de ocorrência de caducidade em virtude de a lavra ou pesquisa não ter começado no prazo determinado pela constituição. Nesta situação fática, a empresa “A”, detentora de título minerário para realizar a lavra numa região “X”, não cumpre com as exigências constitucionais do art. 43 do ADCT, porém, não tem a decadência constitucional do seu Direito de Prioridade declarada pelo DNPM, como preconiza o art. 6º da Lei nº.

7.886/89. Em seguida, a empresa “B” protocoliza requerimento de pesquisa em região que abrange parcial ou totalmente a região “X”, e em virtude da não declaração da caducidade do direito de “A”, tem seu requerimento total ou parcialmente indeferido. Sendo assim, entendemos ser cabível a declaração de caducidade do direito de “A” com efeitos retroativos até a data do fato, pois este desrespeita a lei maior, devendo ser totalmente deferido o requerimento de pesquisa protocolizado por “B”, desde que cumpridas as exigências quanto à regular instrução do feito.

Assim, caberia a “A” cumprir as medidas que fossem necessárias para que houvesse o retorno ao "status quo", da situação minerária da região “X” à data do fato que ensejou a caducidade, ou mesmo, o pagamento de indenização a “B” pelo tempo em que desfrutou do título minerário em seu lugar.

Já na hipótese de “A” ter cometido qualquer das infrações elencadas no art. 65 do CM, mas sem ter sido feita a declaração de caducidade do seu direito de prioridade pelo Ministro de Minas e Energias (nos termos do §2º do art. 63 do CM), os efeitos da caducidade se operariam de maneira *ex nunc*, a partir do efetivo cumprimento da formalidade legal cominada pelo código, e não da data do fato que ensejou a caducidade. Desta forma, caberia a “B” instruir e protocolizar novo requerimento de pesquisa quando da declaração de decadência do direito de “A”.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, foram analisadas quais as condições para um requerimento de pesquisa se tornar prioritário. Após a análise do Código de Mineração, concluiu-se que a prioridade se estabelece com o protocolo do primeiro requerimento sobre área livre, regularmente instruído, ou seja, inapto a ser indeferido de plano (arts. 11, alínea a, 16 a 18). Por área livre, por sua vez,

compreende-se área que não estiver onerada por título minerário, requerimento prioritário ou não sujeita à declaração de disponibilidade. Foi ainda constatado que, com base no sistema da prioridade, em caso de sobreposição de áreas prevalece o requerimento prioritário.

Verificou-se também que, a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu situações onde ocorreria a caducidade do direito de prioridade (ADCT, art. 43), o que, entende-se, ocorreria de maneira automática, sem a necessidade de posterior declaração do DNPM conforme preconiza o art. 6º da Lei nº 7.886/89. Assim, entende-se que o texto do ADCT seja suficiente para tornar os direitos sem efeitos e, portanto, inaptos a garantir prioridade.

Analisou-se também a questão do descumprimento das obrigações legais descritas no Código de Mineração, por parte do titular do direito minerário, e que este descumprimento levaria, por si mesmo, à caducidade do título. Nesse caso, no entanto, o texto da lei tanto pode indicar que a caducidade por ele reconhecida tem efeitos *ex nunc*, ou seja, não atinge o passado (arts. 65, 63, § 2º). Sendo assim, consideramos que o efeito da caducidade em questão não atinge o passado, pois exige formalidade essencial e não meramente declaratória, presente no mesmo diploma legal que estabeleceu as hipóteses de decadência.

BIBLIOGRAFIA:

FREIRE, Willian. Código de Mineração Anotado. 5ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional Administrativo. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

CHAVES DE FARIA, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. Direito Civil Teoria Geral. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

BRASIL, Decreto-Lei 227 de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Diário Oficial da União, Brasília, 28 de fevereiro de 1967.

BRASIL, Lei 7.886 de 20 de novembro de 1989. Regulamenta o art. 43 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 20 de novembro de 1989.

IBGE, Sistema de contas nacionais 2004 – 2008. Rio de Janeiro, 2010. disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasnacionais/2008/publicacao2004_2008.pdf Acesso em oito de março de 2013.

IBGE, Em 2011, PIB cresce 2,7% e totaliza R\$ 4,143 trilhões. Rio de Janeiro, 2012. disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2093, Acesso em oito de março de 2013.

