
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 31	p. 1-272	jan./mar. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzi
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Clóvis Beznos
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jorge Luis Salomoni

José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajaville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate
Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
(in memoriam)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Mária Cristina Cesar de Oliveira

Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancaner

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisoras: Carolina Rocha
Lourdes Nascimento

Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecárias: Fernanda de Paula Moreira
Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Areia: assentimento de que trata a Lei nº 6.567/78: legitimidade e legalidade da exação

Dilermando Gomes de Alencar
Procurador Federal.

Ementa:

Areia. Bem que integra o patrimônio da União. Proprietário do solo, para os fins a que se refere o artigo 2º da Lei nº 6.567/78, deve ser o titular da Concessão, tendo em vista o regime jurídico peculiar de tais bens, bem como o fato de que o concessionário é quem melhor pode aferir eventuais interferências advindas de atos de terceiros. Contudo, a Concessionária não pode impor exações para que conceda referido assentimento por ausência de amparo legal e, também, por não haver vinculação com os fins colimados quando da delegação.

Sumário: I Da consulta - **II** Da análise - **III** Conclusão

A Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia solicita manifestação desta Procuradoria Federal “acerca do enquadramento no conceito de potenciais de energia hidráulica, previsto no art. 20, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, das áreas em que atuam as empresas ligadas ao Sindicato das Indústrias de Extração de Areia do Estado de São Paulo (SINDAREIA), mais precisamente as bordas e leitos de rios, inclusive inundados, onde foram construídas barragens para fins de geração de energia”.

I Da consulta

2 O Sindicato das Indústrias de Extração de Areia do Estado de São Paulo (SINDAREIA) formulou Consulta ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) questionando a legalidade da exigência feita por referida autarquia “da anuência da concessionária AES para fins de outorga de alvará de pesquisa, concessão de lavra ou registro de licenciamento, quando a jazida se localiza(sse) no leito de barragens por ela operadas” (fls. 07).

3 A Procuradoria Federal Especializada junto ao DNPM opinou pela ausência de amparo legal da exigência hostilizada pelo Sindicato postulante, conforme se observa do Parecer acostado às fls. 22/23.

4 Novamente instada a se manifestar, a Procuradoria Federal junto ao DNPM pautou sua análise na propriedade do rio (Estado e/ou Município). Considerando tratar-se de bem pertencente ao Estado de São Paulo e que a concessão não importa em transferência de domínio, reputou-se ilegal a exigência da AES.

5 A conclusão da manifestação jurídica é no sentido de que o Estado de São Paulo é quem pode conceder assentimento, consoante se observa às fls. 51/59.

6 A Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia encaminhou os autos a esta Procuradoria Federal para, mais uma vez, o tema ser apreciado.

7 É o relatório. Passo a opinar.

II Da análise

8 Inicialmente, convém destacar que a Constituição de 1988 segregou os bens pertencentes aos entes federativos. A transcrição de tais dispositivos revela-se imprescindível, posto que as análises realizadas — até o momento — parecem ter como base a titularidade dos bens dos entes federativos à luz do texto de 1988. Passo a transcrever:

Art. 20. *São bens da União:*

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; (...)

IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005*)

(...)

VIII - os potenciais de energia hidráulica;

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

Art. 26. *Incluem-se entre os bens dos Estados:*

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

9 Uma leitura dos dispositivos acima mencionados denota que o constituinte reputa que “os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais” integram uma classe de bens distinta dos “recursos minerais, inclusive do subsolo”, assim como dos “potenciais de energia hidráulica”.

10 Embora todos pertençam ao domínio da União, cada um desses bens tem caracteres próprios, razão pela qual o constituinte os segregou em diversos incisos.

11 Compulsando os autos, observa esta Procuradoria Federal que, não obstante inúmeras manifestações jurídicas já terem sido proferidas, a questão da titularidade dos bens merece uma análise diferenciada.

12 Pelo que se depreende do questionamento da Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia, o cerne da questão seria se bens imóveis (aqui incluídos não apenas os imóveis por natureza) localizados em áreas nas quais foram construídas barragens para fins de geração de energia poderiam ser enquadrados como potenciais hidráulicos, nos termos do artigo 20, inciso VIII, da Constituição da República. De logo, convém aduzir que referido enquadramento não merece acolhida, consoante se perceberá da fundamentação a seguir expendida.

13 Em uma primeira leitura, a discussão parece ser centrada no plano constitucional (bens e entes federados). Uma análise mais atenta, contudo, clama por uma exegese da norma contida no artigo 2º da Lei nº 6.567/78 e por uma análise das nuances concernentes ao regime jurídico dos bens afetos a uma concessão. Esses pilares permitirão compreender que a exigência hostilizada pelo SINDAREIA não guarda pertinência com o rol de bens e as pessoas políticas titulares dos mesmos.

14 Pois bem. A Lei nº 6.567/78, que dispõe sobre regime especial para exploração e o aproveitamento das substâncias minerais, estabelece que:

Art. 1º Poderão ser aproveitados pelo regime de licenciamento, ou de autorização e concessão, na forma da lei: *(Redação dada pela Lei nº 8.982, de 1995)*

I - areias, cascalhos e saibros para utilização imediata na construção civil, no

preparo de agregados e argamassas, desde que não sejam submetidos a processo industrial de beneficiamento, nem se destinem como matéria-prima à indústria de transformação; (*Incluído pela Lei nº 8.982, de 1995*)

II - rochas e outras substâncias minerais, quando aparelhadas para paralelepípedos, guias, sarjetas, moirões e afins; (*Incluído pela Lei nº 8.982, de 1995*)

III - argilas usadas no fabrico de cerâmica vermelha; (*Incluído pela Lei nº 8.982, de 1995*)

IV - rochas, quando britadas para uso imediato na construção civil e os calcários empregados como corretivo de solo na agricultura. (*Incluído pela Lei nº 8.982, de 1995*)

Parágrafo único. O aproveitamento das substâncias minerais referidas neste artigo fica adstrito à área máxima de cinquenta hectares. (*Incluído pela Lei nº 8.982, de 1995*)

Art. 2º - *O aproveitamento mineral por licenciamento é facultado exclusivamente ao proprietário do solo ou a quem dele tiver expressa autorização, salvo se a jazida situar-se em imóveis pertencentes a pessoa jurídica de direito público, bem como na hipótese prevista no § 1º do art. 10.*

Art. 3º - *O licenciamento depende da obtenção, pelo interessado, de licença específica, expedida pela autoridade administrativa local, no município de situação da jazida, e da efetivação do competente registro no Departamento Nacional da Produção Mineral (D.N.P.M.), do Ministério das Minas e Energia, mediante requerimento cujo processamento será disciplinado em portaria do Diretor-Geral desse órgão, a ser expedida no prazo de 60 (sessenta) dias da publicação desta Lei.*

Parágrafo único - *Tratando-se de aproveitamento de jazida situada em imóvel pertencente a pessoa jurídica de direito público, o licenciamento ficará sujeito ao prévio assentimento desta e, se for o caso, à audiência da autoridade federal sob cuja jurisdição se achar o imóvel, na forma da legislação específica.*

15 Nos termos do artigo 2º, acima transcrito, o aproveitamento mineral por licenciamento é facultado exclusivamente ao proprietário ou a quem dele tiver expressa autorização. O Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade do citado dispositivo:¹

Adverta-se, ainda, que a exclusividade prevista no art. 2º, da Lei 6.567/78 não infringe o princípio constitucional, porquanto a própria disposição prescreve a possibilidade de terceiros serem contemplados. Como visto, trata-se de um sistema seletivo, onde o proprietário ocupa lugar de destaque, por força de motivos que a lei entendeu convenientes.

Aliás, o Dr. Paulo Sollberger demonstra que houve razões especiais para tal critério. É ler-se:

“No sistema anterior o aproveitamento das substâncias minerais enquadradas

¹ Embora o Supremo Tribunal Federal tenha apreciado a questão antes de 1988, os fundamentos ora utilizados restam incólumes. Não houve alteração substancial no bloco de constitucionalidade.

na Classe II processava-se sob dois regimes:

- a) o de autorização de pesquisa e concessão de lavra, a quem primeiro requeresse (art. 7º, do Código);
- b) o de licenciamento, somente facultado ao proprietário do solo, ou a quem dele tivesse expressa autorização (art. 8º).

A nova lei, visando adequar o aproveitamento dessas substâncias “às reais necessidades da política social e econômica do país” adotou regime único, o de licenciamento, privativamente facultado ao proprietário do solo e assim justificado na Exposição de Motivos que acompanhou a Mensagem que veio se transformar na Lei n.º 6.567/78.

(...)

Assim sendo, busca-se a adoção de regime único, o de licenciamento, privativamente facultado ao proprietário do solo ou a quem dele tiver expressa autorização, salvo nos casos explicitamente previstos, em que o aproveitamento tenha de fazer-se em imóveis pertencentes a pessoas jurídicas de direito público.

Considerou-se, para tanto, que em consonância com o tratamento especial tradicionalmente assentado na legislação mineraria brasileira, o aproveitamento desses recursos minerais convinha ser confiado, primacialmente ao proprietário do solo, que se tem efetivamente demonstrado prestado no desempenho deste mister.”

16 Colhe-se do julgado acima que, nos termos da exposição de motivos da Lei nº 6.567/78, o regime especial proposto objetivava acabar com a dualidade de regimes então vigentes para o aproveitamento de jazidas da Classe II (licenciamento ou autorização de pesquisa e concessão de lavra). Essa dualidade demonstrou ser falha e inadequada, posto que ensejava a formulação de requerimentos de autorização de pesquisa com propósitos meramente especulatórios, o que colocava em risco, muitas vezes, a continuidade de empreendimentos industriais já em fase de produção e/ou acarretava a desvalorização acentuada de imóveis cuja utilização para fins diversos mais de perto atenderia aos interesses da economia nacional.

17 As considerações supra, extraídas do Voto de Relatoria do ex-Ministro Moreira Alves, permitem uma compreensão histórica e teleológica da norma contida no artigo 2º da Lei nº 6.567/78. Além de declarar a constitucionalidade da norma, a Corte Excelsa declinou o porquê, para que e em que medida a mesma se insere dentro do contexto da exploração econômica do solo e do subsolo.

18 E essa dimensão é fundamental para aferir quem deve assentir, ou melhor, quem é o proprietário para fins de exegese da norma referida.

19 Destaco, por oportuno, que o dispositivo é teleologicamente

destinado a evitar a formulação de pleitos com propósitos meramente especulatórios, os quais põem em risco a continuidade de empreendimentos industriais já em fase de produção e/ou acarretam a desvalorização acentuada de imóveis cuja utilização atenderia aos interesses da economia nacional. Reputa este Parecerista que o Supremo Tribunal Federal indicou a função do ato (assentir) e a perspectiva social do mesmo.

20 Tomando como parâmetro hermenêutico a *mens legislatoris*, quer parecer que o concessionário é o responsável pelo assentimento a que alude a lei. A um, porque o titular da concessão — após a emissão da necessária declaração de utilidade pública — adquire a propriedade das terras, seja mediante acordo, seja mediante decisão judicial. A dois, porque tal propriedade possui um regime jurídico *sui generis*, não se podendo afirmar de antemão que os bens afetos à concessão sejam bens públicos em sentido estrito, tampouco puramente bens privados. A três, partindo da lógica do razoável, estima esta Procuradoria Federal que, enquanto vige a concessão, o titular da mesma é quem possui melhores condições de aferir se eventual exploração concomitante (como a que é feita pelo SINDAREIA) influi na prestação do serviço público de energia delegado.

21 Sob essa perspectiva, o titular da concessão é o legitimado para aferir, dentro de parâmetros técnicos, se o assentimento terá implicações e o grau de prejudicialidade das mesmas à concessão.

22 Não parece razoável que se imponha à União tal mister. Esta Procuradoria Federal já se manifestou em outros Processos no sentido de que, “a tarefa do jurista, a do advogado e a do juiz, consta de quatro operações entrelaçadas: primeira, a descoberta da norma aplicável; segunda, a compreensão dessa norma; terceira, a construção da regra concreta dentro do perfil da instituição; quarta, a articulação desse perfil institucional na sistemática ou conjunto do ordenamento jurídico”, consoante Recaséns Siches, in *Interpretação das leis processuais*, Couture, Max Limonad, 1956, à p. 131, com a autoridade que se lhe reconhece de arauto maior da *lógica do razoável*. Em síntese, interpretar e dar vida a uma norma, é extrair-lhe um sentido, atendendo, em sua aplicação, aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como magistralmente comanda o nosso ordenamento jurídico.

23 Considerando que a norma contida no artigo 2º da Lei nº 6.567/78 tem como desiderato que pleitos protelatórios e/ou especulatórios não venham a malferir o interesse público, seria desarrazoado atribuir a pessoa

distinta do titular da concessão o juízo técnico ínsito ao assentimento. As áreas — cuja titularidade e respectivo enquadramento constitucional ora são discutidos — estão vinculadas à atividade de concessionárias de geração de energia elétrica, razão pela qual crê esta Procuradoria Federal que a máxima “a concessionária não é a titular dos bens imóveis afetos à concessão” mereça uma reflexão um pouco mais profunda.

24 Tal reflexão pugna por um jurista aberto ao novo. O intérprete deve ser sensível às constantes mudanças sociais, atento às alterações paradigmáticas, ou seja, aberto ao novo. Trata-se do que Luis Alberto Warat nomina de “a sabedoria do não prever. É a sabedoria do novo. É a hora de pensar o novo. (...) É a hora *de desistir dos preconceitos e das verdades*”.²

25 Hannah Arendt, com igual jaez reflexivo, aduz que “a convicção de que tudo o que acontece no mundo deve ser compreensível pode levar-nos a interpretar a história por meio de lugares-comuns”.³

26 E a preocupação desta Procuradoria Federal é não interpretar a *regência legal sobre concessão de serviços públicos com os olhos voltados para o passado*, abraçando-se a verdades estabelecidas e interpretando os fatos por meio de lugares-comuns.

27 Nessa perspectiva, não há como negar o novo, aqui consubstanciado em definir o regime jurídico dos bens afetos à concessão. Assim, o proprietário a que alude a Lei nº 6.567/78 deve ser considerado o titular da concessão.

28 Marçal Justen Filho, com a autoridade que se lhe reconhece, aduz que:

O Direito produz um tratamento jurídico unitário para o conjunto de bens aplicados à prestação de serviço público delegado. Ainda que se trate de uma pluralidade de bens e direitos, alguns públicos e outros privados, a disciplina jurídica considera tais bens em seu conjunto, inclusive para reconhecer a titularidade jurídica do concessionário.

Essa questão é bem peculiar e não tem sido muito bem resolvida no âmbito do Direito Administrativo. É inquestionável que alguns bens aplicados à prestação do serviço público são inquestionavelmente públicos (...)

Tão peculiar quanto situação jurídica dominial dos bens é a questão de sua detenção. É problemático aludir a posse em sentido privatístico (...).⁴

29 À luz do escólio do renomado autor, pode-se inferir que *a natureza singular dos bens afetos à concessão impede que se lhes atribua uma solução adrede*

² WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*, EDUNISC, 2000, fls. 150.

³ ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997; fls. 12.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, fls. 328 e ss.

preparada.

30 Ainda segundo Justen Filho, a essencialidade do bem à prestação do serviço produz sua submissão a esse regime jurídico próprio e inconfundível, dotado de características e peculiaridades próprias. Não é possível, por isso, o concessionário invocar seu domínio para dar ao bem destino que bem lhe aprouver. Nem poderia pretender usar e fruir do bem da forma como entendesse.

31 Diante de tais argumentos, crê este Parecerista que não é a União quem deve assentir e sim o concessionário.

32 A singularidade acima referida responde, também, à problemática que serviu como base para deflagrar a instauração do presente Processo, qual seja, a legalidade de eventual cobrança para assentir. Em outras palavras, sendo o titular da concessão a parte legítima para conceder o assentimento ora em análise, poderia ele cobrar direta ou indiretamente valor pecuniário? E mais: poderia ser imposta exação outra que não guarde correlação com o juízo técnico a que deve ater-se o concessionário?

33 Acredita este Órgão que a resposta é negativa. A um, porque não é possível que o concessionário invoque seu domínio para dar ao bem destino que bem lhe aprouver. A dois, porque uma concessão e os bens a ela afetos tem um fim e, dentre estes, não se encontra a obtenção de lucro indistintamente. É que as concessões de serviço público e os concessionários de serviço público estão jungidos aos princípios que norteiam a Administração Pública e, nessa medida, parecem ferir os princípios insculpidos no artigo 37, *caput*, exações como a que hostiliza o SINDAREIA, diferentemente, por exemplo, é a utilização de postes por concessionárias e autorizadas que não as de energia elétrica e de cuja receita, percentual é destinado à modicidade tarifária. Veja-se que, nesta hipótese, a concessionária de energia elétrica sofre todos os ônus da manutenção de suas redes de distribuição, enquanto uma geradora de energia elétrica, aparentemente, não terá nenhum impacto se vir a anuir com a exploração de areia em reservatórios de usinas.

34 Desponta, por conseguinte, manifesta a ausência de razoabilidade de que concessionários imponham exações diretas ou indiretas como forma de conceder assentimento.

35 Nesse sentido, opina a Procuradoria Federal no sentido de que cabe ao titular da concessão conceder o assentimento (artigo 2º da Lei nº 6.567/78), contudo lhe é vedado efetuar cobrança por tal ato.

III Conclusão

36 Do exposto, manifesta-se esta Procuradoria Federal no sentido de que o bem objeto de exploração pelo SINDAREIA integra o complexo de bens afetos à concessão e o assentimento deve ser concedido pelo concessionário, sendo-lhe, contudo, defeso efetuar cobranças a qualquer título.

37 Assim concluído e fundamentado, submete-se o presente Parecer à consideração do Senhor Procurador-Geral, para que haja posterior encaminhamento à Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia.

Brasília, de de 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALENCAR, Dilermando Gomes de. Areia: assentimento de que trata a Lei nº 6.567/78: legitimidade e legalidade da exação. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 257-265, jan./mar. 2008. Parecer.