

As macroperspectivas do Direito Minerário a partir da nova Constituição

NELSON DE F. RIBEIRO

Secretário de Indústria, Comércio e Mineração do Estado do Pará. Professor Titular (aposentado) da Universidade Federal do Pará. Ex-Ministro de Estado da Reforma e do Desenvolvimento Agrário

Em vários setores das atividades econômicas e sociais, a nova Constituição interveio e adotou uma orientação normativa, não apenas *estrutural*. Foi além. Procurou oferecer respostas aos problemas *conjunturais* em que esses setores têm sido envolvidos. Assim ocorreu com a questão mineral. O legislador constituinte compreendeu a sua *relevância estratégica* e conjuntural e por isso procurou ser mais minudente, incluindo na Constituição ângulos novos que não foram tratados pelas Constituições ante-

Estudo apresentado no XXV Congresso Brasileiro de Geologia e no VII Congresso Latino-Americano de Geologia, realizados no período de 6 a 13 de novembro de 1988, em Belém do Pará.

riores. Dessa forma, permeou o texto constitucional, em quase todos os seus títulos, de normas de direito minerário que em seu conjunto formam um arcabouço amplo, verdadeira matriz de um campo do direito brasileiro que passará, sem dúvida, sob a égide da Carta Magna, a ter grande importância e larga aplicação.

2. Este estudo tenta oferecer uma visão sistemática dos grandes ângulos ou perspectivas que o direito minerário brasileiro assumiu na nova Constituição. Trata-se de uma abordagem de real significado, porque essas perspectivas, na aplicação ou regulamentação da norma constitucional, funcionarão como verdadeiros parâmetros que nortearão o equacionamento das soluções para a grave questão mineral brasileira.

3. Uma análise global do texto constitucional permite deduzir que as seguintes perspectivas nortearam a concepção política e filosófica do legislador constituinte na elaboração da nova Carta Magna: a perspectiva nacionalista, a perspectiva estadualizante, a perspectiva socializante, e a perspectiva ambientalista. A primeira de alguma forma já se fez presente no direito minerário brasileiro, embora nem sempre a nível constitucional. As demais são abordagens novas, algumas das quais foram apenas tangenciadas pela legislação minerária.

1. *A perspectiva nacionalista*

4. Essa perspectiva se fez manifestar em primeiro lugar na definição da propriedade do subsolo, quando no art. 20, inciso IX, definiu, como *bens da União*, "os recursos minerais, inclusive os do subsolo". A redação caracteriza-se pela especificidade, tentando prevenir a ocorrência de quaisquer dúvidas quanto à propriedade dos bens minerais. Essa especificidade foi mais ostensiva no art. 176, quando estabeleceu a regra de que "*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*" (grifos do autor). A norma constitucional aqui é mais explícita, pois manteve, como propriedade da União, as jazidas mesmo em lavra, caracterizando-as como propriedade distinta da do solo. Ao concessionário da exploração da jazida garantiu a propriedade do produto da lavra, o que, sem dúvida alguma, é um dos avanços mais importantes da política mineral brasileira. Foi superado, dessa maneira, o questionamento no sentido de aplicar aos bens minerais o regime de *res nullius* que as Constituições de 1934 e 37 haviam preconizado. Reconheceu, assim, a Constituição que os recursos minerais são bens econômicos que pertencem à sociedade como um todo. Por isso mesmo, não podem ser tratados como propriedade daquele que os descobriu, no seu exclusivo interesse particular, pois, seria uma violência contra o interesse social que é inerente à natureza desses bens.

5. O ângulo mais polêmico, entretanto, da questão mineral, cuja definição constitucional refletiu a perspectiva nacionalista, foi, fora de qualquer dúvida, a definição normativa prevista no § 1.º, do artigo 176, *in verbis*:

“Art. 176 —

§ 1.º — A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* desse artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, *no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional*, na forma da lei, que estabelecerá as condições quando essas atividades se desenvolverem em faixas de fronteira ou terras indígenas” (grifos do autor).

6. Foi a grande opção feita pelo legislador constituinte nesse setor. Primeiro, estabeleceu a regra de que a exploração mineral somente poderá ser feita no interesse nacional, excluindo, dessa forma, o atendimento ao interesse alienígena e colocando o interesse particular, obrigatoriamente, na perspectiva dos interesses da Nação como um todo. Além disso, nacionalizou a exploração dos bens minerais quando a definiu como privilégio de brasileiros, ou de empresas brasileiras de capital nacional. O conceito destas foi definido no artigo 171, inciso II, quando estabeleceu que elas devem ter o controle efetivo e permanente de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País. Além disso, caracterizou, como controle efetivo desse tipo de empresa, aquele que é exercido pelo capital votante e que, ademais, tem o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para a gestão do seu desempenho. Com isso a Constituição evitou fórmulas de contorno da perspectiva nacionalista. A presença do capital estrangeiro é admitida na exploração mineral, através de empresas nas quais não tenha o controle majoritário do processo decisório.

7. É interessante frisar que a orientação nacionalista, adotada pelo legislador constituinte, *não tem um conteúdo xenófobo*, o que é evidenciado através de duas diretrizes consignadas nas Disposições Transitórias. A primeira, quando admitiu que a nacionalização da exploração mineral, *preconizada no § 1.º do art. 176, far-se-á no prazo de quatro anos*, dando assim à iniciativa privada o tempo necessário para que essa nacionalização se realize sem traumas para a economia nacional — art. 44, *caput*, das Disposições Transitórias.

8. Esse tom cauteloso da nova ordem constitucional na questão mineral tornou-se mais evidente, ainda, na diretriz constante do § 1.º do art. 44 das Disposições Transitórias. Aí, o constituinte estabeleceu uma norma de política econômica do mais alto significado para a conjuntura nacional, quando exceceu, da nacionalização prevista no § 1.º do art. 176, as empresas brasileiras que, no prazo de quatro anos, “tenham o produto de sua lavra e beneficiamento destinado à industrialização no território nacional,

em seus próprios estabelecimentos ou em empresa industrial controladora ou controlada". Ficou, assim, ressalvada a situação daquelas empresas brasileiras que, mesmo não sendo de capital nacional, sejam constituídas sob as leis brasileiras e tenham sua sede e administração no País. Estas poderão continuar a lavrar suas jazidas, desde que industrializem o seu produto no País, em seus estabelecimentos ou em empresa pertencente ao mesmo grupo econômico.

9. Reconheceu, dessa forma, o constituinte que o grande significado econômico no aproveitamento dos recursos minerais está na sua industrialização no País e não na sua simples extração ou beneficiamento. Foi evidentemente preservado o interesse econômico nacional, pois, de um lado, esse dispositivo tornou-se um incentivo à industrialização mineral do País, com isso maximizando o seu aproveitamento em benefício da economia brasileira; de outro, atentou bem para a circunstância de que a contribuição do produto industrial, de origem mineral, para a formação do PIB, atinge a cerca de 1/4 por cento, enquanto que a do produto mineral *in natura* não vai além de 4%. Isso significa que mesmo *empresas brasileiras de capital nacional* poderão, na fase de industrialização do produto, atuar através de outras empresas brasileiras, ainda que o capital destas não seja nacional, estabelecendo-se, assim, o equilíbrio econômico em que os interesses do País são plenamente resguardados.

10. A orientação nacionalista se fez sentir também de maneira ostensiva na continuação do monopólio da União sobre a exploração de jazidas de petróleo. Assim, no art. 176 e seus incisos, definiu a amplitude desse monopólio estatal, quando estabeleceu que o mesmo compreende, não só a lavra, mas ainda a pesquisa das jazidas; não só o petróleo, mas também o gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; quando o estendeu à refinação do petróleo, seja nacional ou estrangeiro; quando preconizou o monopólio da importação e da exportação do petróleo e seus derivados básicos; e identicamente procedeu quanto ao transporte marítimo, ou por meio de conduto do petróleo bruto, de origem nacional, e seus derivados.

11. Finalmente, um aspecto novo, preceituado pela nova Constituição, diz respeito ao monopólio exercido pela União sobre os bens minerais nucleares e seus derivados. A abrangência desse monopólio compreende a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio dos mesmos, dado o seu alto significado estratégico, não só de natureza econômica, mas também no contexto da política internacional.

2. *A perspectiva estadualizante*

12. O fortalecimento do *federalismo* foi, fora de qualquer dúvida, uma das maiores conquistas da sociedade brasileira na elaboração da nova Constituição. Tornar a autonomia dos Estados-Membros um dado pragmático e não um mero formalismo, foi a tônica que norteou a ação normativa

do constituinte, tanto a nível político como nos níveis econômico, social e administrativo. A descentralização do processo decisório e a desconcentração da atuação do poder público defluem ostensivamente da leitura do texto constitucional em todos os seus títulos. Essa orientação fez-se presente na normatização da questão mineral. Os Estados e Municípios foram convocados, mais aqueles do que estes, para compartilhar do processo administrativo da exploração do subsolo brasileiro, superando-se, dessa maneira, a exclusividade centralizadora que norteou a sistemática da administração dos problemas minerais nas Constituições anteriores.

13. Logo de início, a Constituição abre uma exceção na propriedade dos bens minerais, sempre atribuídos à União. O inciso I do art. 26 incluiu entre os bens dos Estados as *águas subterrâneas*. Não se trata de uma importante exceção, pois as razões que a determinaram poderiam também ser aplicadas no sentido de transferir para os Estados a propriedade de outras substâncias, como aquelas que são aplicadas na indústria da construção civil e as águas minerais. Em qualquer circunstância, a inclusão de uma classe de minerais entre os bens dos Estados vale, sobretudo, pela abertura que passou a haver no monolítico preceito da apropriação desse tipo de bens pela União.

14. Dentro dessa perspectiva estadualizante, o preceito mais notável foi, sem dúvida, *criação do "royalty"* em favor dos Estados e Municípios, previsto no § 1.º do art. 20. Por esse dispositivo, foi assegurada a *participação* dos Estados e Municípios no resultado da exploração dos recursos minerais em seu respectivo território. Assim, foi atribuída uma compensação aos Estados e Municípios pela perda de seus recursos naturais não renováveis. Nada mais justo. Tratando-se de um recurso exaurível, era indispensável compensar a sociedade pela sua exploração. Essa norma vem, aliás, tardiamente, quando a exploração já provocou no País tanta degradação ambiental, já exauriu tantas jazidas, sem que a sociedade fosse, de alguma forma, retribuída pela perda de seu patrimônio econômico.

15. Um aspecto fundamental dessa nova perspectiva foi a convocação dos Estados-Membros para participarem da sistemática de *administração dos bens minerais*. Pelo art. 24, inciso VI, os Estados passaram a legislar, *concorrentemente* com a União, sobre a "conservação da natureza", "proteção do meio ambiente" e "controle da poluição". É evidente que dessas hipóteses ou situações se permite inferir que os Estados poderão legislar sobre a *poluição mineral*, o que poderá ter grande significado no momento histórico que vive a Amazônia e, em especial, o Estado do Pará, com o problema da poluição física e química de seus rios.

16. É sob essa mesma ótica que deve ser entendida a norma consignada no artigo 23, inciso VI, no sentido de que os Estados-Membros têm *competência comum* com a União e os Municípios para "proteger o meio ambiente e combater a poluição em todas as suas formas". Inclui-se, portanto,

nessa atribuição de responsabilidade aos Estados, o combate à *poluição mineral*, preventiva e coercitivamente.

17. A política de discriminação das rendas públicas trouxe dispositivos do mais alto significado no fortalecimento do federalismo e na retratação da face estadualizante do direito minerário. A extinção dos impostos únicos e, em especial, do imposto incidente sobre a mercadização minerária foi a opção pela *verdade tributária*. Por sua natureza, o comércio de minérios não poderia estar fora do clássico Imposto sobre Circulação de Mercadorias — ICM, pois sua incidência ocorre exatamente sobre as “operações relativas à circulação de mercadorias” (art. 155, inciso I, alínea *b*). Por que, quando a mercadoria é um mineral, deveria sua comercialização ficar fora da incidência do ICM? Tratava-se de uma medida adotada pelo autoritarismo que, com isso, pretendia manter os Estados fora de qualquer interferência no processo de administração de atividade minerária.

18. A nova Constituição trouxe, ainda, duas normas de grande importância na política tributária incidente sobre a exploração mineral. A primeira foi admitir que o ICMS seja “seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços” — art. 155, inciso III. Essa norma permitirá aos Estados adotar alíquotas diferenciadas na tributação sobre a comercialização de minérios, considerando suas condições mercadológicas. A outra não permite a isenção do ICMS sobre *produtos semi-elaborados* destinados ao exterior — artigo 155, inciso X, alínea *b*. Essa isenção, tal como era aplicada no regime tributário anterior, tornava-se, de fato, um incentivo a que o País permanecesse como um exportador de “*commodities*”, principalmente de origem mineral, para atender aos interesses econômicos dos países industrializados do Hemisfério Norte.

19. Finalmente, deve ser ressaltado, nessa perspectiva estadualizante, a atribuição aos Estados de *competência comum*, com a União e os Municípios, para fazer o *registro, o acompanhamento e a fiscalização* das “concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seu território” — artigo 23, inciso XI. Excluem-se, dessa forma, as situações estranhas até então ocorrentes, em que os Estados não passavam de meros espectadores da ação da iniciativa privada em seu território, quando se tratava de atividade minerária, porque esta operava sob a jurisdição exclusiva da União. Pelo novo dispositivo constitucional, os Estados passaram a ter efetiva participação na administração da atividade mineral, já que agora têm competência para controlar a adequação do desempenho das concessionárias de exploração mineral, registrando, acompanhando e fiscalizando a sua atuação.

3. *A perspectiva socializante*

20. Um esclarecimento preliminar faz-se necessário. O termo *socializante* não tem aqui qualquer conotação ideológica. Diz-se *socializante* e não

socialista. Este relativo ao regime político — o socialismo. Socializante refere-se ao processo de *socialização*, isto é, a tendência dos tempos modernos de multiplicação das relações mútuas e interdependências, como constatou o Concílio Ecumênico Vaticano II (G.S. 25), através do associativismo e da cooperação, dos acordos e relações obrigacionais entre grupos, empresas e organizações assemelhados.

21. Essa perspectiva socializante, no tratamento constitucional da questão mineral, fez-se sentir com mais evidência no *problema da garimpagem*. Logo no artigo 21, inciso XXV, foi atribuída à União a competência para “estabelecer as áreas e as condições para o exercício de atividade de garimpagem, em forma associativa” (grifo do autor). Trata-se da competência para que a União crie áreas de *reservas garimpeiras* e indique as *condições* para a prática dessa atividade. Entre as *condições* definiu logo o constituinte que a atividade garimpeira, objeto desse amparo do Poder Público, através da União, é apenas aquela que se fizer sob a *forma associativa*. Isto é, obrigou a União a adotar a perspectiva socializante, sempre que intervier para a formação de áreas de reserva garimpeira.

22. No artigo 174, parágrafo 3.º, a Constituição tornou-se mais explícita quanto a essa orientação associativista da garimpagem. Obrigou o Poder Público a favorecer a “organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a *proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros*” (grifos do autor). Pretende-se, assim, que o Poder Público, em definitivo, promova a organização da garimpagem em benefício de seus principais agentes — os garimpeiros, que até hoje atuam à margem de qualquer amparo do Estado, sujeitos a relações de trabalho de conteúdo ético e jurídico duvidoso, pela perda de autonomia e a total alienação diante dos valores da vida social.

23. Para melhor garantir o incentivo e amparo às cooperativas de garimpagem, o parágrafo 4.º do citado artigo 174, assegura em favor delas, “*prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis*”, nas áreas de reservas. A garimpagem, através de *orientação associativa*, está dessa forma garantida, não só em seu ângulo estrutural — a formação de áreas de reserva —, mas também patrimonial, pela capacitação jurídica e prioritária das cooperativas para realizar as pesquisas e a lavra de minerais garimpáveis.

24. Devem ser incluídos, também, como transparência da perspectiva socializante, dois ângulos das normas constitucionais, abordados como expressões maiores de outras perspectivas:

a — a criação do “royalty”, na medida em que se trata de compensação, *devida à sociedade como um todo*, pela perda de um recurso natural exaurível;

b — a obrigação de “recuperar o meio ambiente degradado”, por parte daquele “que explorar recursos minerais” — art. 225, parágrafo 2.º; trata-se de uma exigência constitucional para *proteger a sociedade dos danos ou da degradação* que o minerador provocar sobre o meio ambiente; seu objetivo é, portanto, levar a atividade minerária a satisfazer o seu compromisso social.

4. *A perspectiva ambientalista*

25. Aqui não é, apenas, o tratamento da questão mineral que assume um conteúdo ambientalista. É toda a Constituição, nos seus mais diversos ângulos, que está permeada de dispositivos refertos de sentido ecológico. Foi, porém, quando abordou e disciplinou o problema mineral que o legislador constituinte se revelou mais incisivo e objetivo, no sentido de que a exploração dos recursos do subsolo se realize sempre com o amplo resguardo dos princípios e normas relativos à ecologia mineral.

26. Primeiro, a Constituição *verticaliza* a intervenção do Poder Público no problema da poluição mineral, seja quando atribui, não só à União, mas também aos Estados e Municípios, a responsabilidade pela proteção ambiental e pelo combate à poluição — art. 23, inciso VI, seja quando divide com os Estados a responsabilidade por legislar sobre a “responsabilidade por dano ao meio ambiente” — art. 24, inciso VIII. Ficou, assim, estabelecido um amplo arcabouço de ação do Poder Público, de forma que a questão do combate à poluição não tenha vazamento pela omissão das autoridades responsáveis em todas as esferas do Poder.

27. No “Título VII — Da Ordem Social”, criou um capítulo próprio sobre o problema ambiental — “Capítulo VI — Do Meio Ambiente” — e definiu que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” — art. 225, *caput*. A esse direito que todos têm ao equilíbrio ecológico, o constituinte estipulou de pronto uma *obrigação*, ao preceituar que “aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado” (grifo do autor) — art. 225, parágrafo 2.º. Ao direito que todos têm à proteção ambiental corresponde uma obrigação específica de parte daqueles que exploram recursos minerais, deixando, assim, transparecer a perspectiva ambientalista do direito minerário brasileiro.

Em conclusão, estas macroperspectivas do direito minerário brasileiro devem ser objeto de alta conscientização da sociedade, pois elas em si refletem os grandes *avanços* que o tratamento da questão mineral passou a ter no campo do direito e da política, na ordem econômica social do País. Essas perspectivas são os faróis que devem iluminar as decisões do administrador público e do juiz, na aplicação das normas constitucionais, sobre a difícil questão mineral brasileira.