Regulação para o futuro: reflexões sobre o marco regulatório da mineração e a efetivação de direitos e garantias constitucionalmente assegurados

Regulation for the future: reflections on the mining regulatory framework and the accomplishment of rights constitutionally guaranteed

Submetido (*submitted*): 1 de fevereiro de 2011
Parecer (*revised*): 30 de abril de 2011
Aceito (*accepted*): 5 de maio de 2011

Caio Lacerda de Castro*

Resumo

Este trabalho é uma análise da regulação mineral brasileira, sob a perspectiva integrada de Direito e Economia. Tem origem na constatação das poucas mudanças que sofreu a regulação mineral brasileira no último século, na necessidade de se verificar quais as razões, bem como os reflexos jurídicos e econômicos dessa pouca flexibilidade.

O ponto central de todo o trabalho é a abordagem dos efeitos da mineração para o desenvolvimento sustentável, e a análise dos fatores positivos e negativos proporcionados pela exploração de recursos naturais em uma dada área.

Questionar-se-á como a regulação do setor mineral interage com as peculiaridades econômicas da atividade de exploração dos recursos naturais. Ao fim, iremos sugerir como *deve* a regulação do setor mineral estar formulada, para possibilitar a máxima geração de benefícios pela atividade de mineração. Com o desenvolvimento de uma exploração mais eficiente, busca-se a construção de um cenário propício ao desenvolvimento sustentável.

Abstract

This study is an analysis of the Brazilian mining framework by an integrated perspective of Law and Economy. The statement regarding the fact that the Brazilian mining framework had few changes over the past century imposes the necessity to analyze the reasons, as well the legal and economic reflex, of such lack of flexibility.

As core of this work, we shall study the effects of the mining activities for the sustainable development, analyzing the positive and the negative factors of natural resources exploitation to a certain area.

We will question how does the mining framework interacts with the economic peculiarities of the mining activities so, at last, we can suggest how should the

*Bacharelando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (NDSR) e pesquisador de seu Grupo de Estudos em Direito de Recursos Naturais (GERN).

mining framework be set, in order to maximize the benefits from the mining activities. With the development of a more efficient exploration, we will search for the assurance of a prosperous scenery for sustainable development.

Palavras-chave: mineração, desenvolvimento sustentável, maldição dos recursos naturais
Keywords: mining, sustainable development, resources curse.

Introdução: O princípio da eficiência na efetivação dos direitos fundamentais: uma análise de Direito e Economia.

O artigo 176, §1º, quando trata da atividade de mineração, torna expresso o fato de que as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais devem ser realizadas conforme o *interesse nacional*. Esse interesse nacional é visto de maneira dúplice, ora compreendida como qualidade inerente à atividade de mineração, ora como finalidade que deve ser alcançada pelo minerador.

No presente artigo, demonstraremos que a atividade de mineração pode gerar tanto impactos benéficos, quanto maléficos ao desenvolvimento de uma região, ou, até mesmo, de um país. Assim, o interesse nacional não pode ser interpretado como implícito à atividade em si, mas como qualidade que se realiza mediante a transformação da exploração de recursos naturais em benefícios à sociedade como um todo.

Partindo desse pressuposto, faremos uma análise dos instrumentos existentes no atual marco regulatório do setor mineral, no que tange a efetivação desse almejado desenvolvimento social, apontaremos as possíveis lacunas existentes na legislação e exploraremos aspectos pouco desenvolvidos no cotidiano do setor mineral, e que poderiam servir a uma melhor efetivação do interesse nacional. Tentaremos demonstrar que, apesar de ser uma regulação eminentemente técnica, existem dispositivos de escape disponíveis para proporcionar o adequado desenvolvimento das atividades de mineração.

Para além dessas verdadeiras "válvulas de escape", a análise do marco regulatório do setor mineral contemporâneo nos permite verificar que este pouco mudou no decorrer do último século. Seria esta imutabilidade uma característica própria do setor mineral? Ao responder essa indagação, estudaremos a possibilidade jurídica, a conveniência e a necessidade em

realizar alterações no marco regulatório atual, discussão que será bem-vinda no momento atual de discussões sobre um novo código de mineração. Assim, sempre com o objetivo de desenvolver instrumentos capazes de efetivar o interesse nacional da atividade de mineração *in concreto*, demonstraremos que, por uma análise constitucional, histórica e de direito comparado, a possibilidade uma ampla alteração do marco regulatório, incluindo aí uma regulação de atividades típicas do pós-lavra, é juridicamente *possível*. Juntamente a essa análise jurídica, nos auxiliaremos de instrumentos econômicos, para definirmos se essas alterações juridicamente possíveis são, também, economicamente benéficas e, portanto, alterações economicamente *desejáveis e/ou necessárias*.

O presente artigo encerrar-se-á em uma reflexão sobre qual deve ser o papel do Setor Público e do Setor Privado, bem como a extensão de suas responsabilidades, no setor minerário, de modo que a atividade de mineração reverta-se em benefícios para toda a coletividade e seja sinônima de desenvolvimento sustentável. Pretende-se apresentar uma conclusão sob enfoque multidiciplinar, calcada em argumentos jurídicos e análises econômicas, porque tal agrupamento nos permitirá, a um só tempo, levar em consideração as peculiaridades do mundo do *ser* e do *dever-ser*, bem como nos auxiliará no afastamento de soluções herméticas e técnicas, que nada contribuem para a solução de um problema concreto.

Em momento algum, haverá a pretensão de esgotar todas as possibilidades e analisar todos os argumentos possíveis sobre como deve dar-se o atendimento ao interesse nacional na realização de atividades de mineração. O principal objetivo será o de problematizar a atual sistemática posta para o setor minerário, com vistas a proporcionar o alargamento dos debates sobre o novo código de mineração sem, contudo, ficarmos dependentes dessa mudança legislativa para repensarmos a atividade de mineração desde já.

Cenário atual do desenvolvimento da atividade mineira

Os novos mercados emergentes e a crescente dinamização do setor minerário caracterizam o começo do século XXI pela busca incansável por recursos minerais. Novas tecnologias propiciam a lavra de minérios em

concentrações cada vez mais reduzidas, a progressiva valorização dos preços das *commodities*[12] aumenta o tempo de vida de uma jazida de minério, ao tempo em que é crescente o número de *players* que ingressam no setor. Ainda, a incansável demanda por commodities dos países emergentes – por muitos indicada como a razão dos países em desenvolvimento terem superado a crise do *subprime* com relativa facilidade[34] – indica que esta tendência de grande crescimento do setor mineral está longe de terminar.

Um recente estudo, coordenado pelo Ministério de Minas e Energia, traz as previsões de alteração do mercado minerário brasileiro:

> Com a estabilização da economia e a implementação continuada de

---

1 Conforme dados do Fundo Monetário Internacional, o preço pago pela tonelada métrica seca do minério de ferro subiu mais de 750% em dez anos, após vinte anos de relativa estabilidade do valor real do minério. (IMF in INDEX MUNDI. Disponível em http://www.indexmundi.com/pt/pre%E7os-de-mercado/?mercadoria=min%c3%a9rio-de-ferro&meses=360. Acesso em 17.1.2011)

2 Sem a inclusão de petróleo e gás, o valor da produção mineral comercializada (somatório do valor de venda dos produtos minerais comercializados durante o ano) evoluiu (a preços constantes de 2008) de US$ 8,7 bilhões para US$ 28 bilhões, no período 1980 a 2008, com crescimento à taxa de 4,3% a.a. (Ministério de Minas e Energia. A ECONOMIA BRASILEIRA E MUNDIAL; O SETOR MINERAL BRASILEIRO E MUNDIAL E SUAS PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO A LONGO PRAZO. Junho de 2009. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/sgm/galerias/arquivos/plano_duo_decenal/estudos_economia_setor_mineral/P01_RT04_Evoluxo_do_Mercado_Mineral_no_Brasil_a_longo_prazo.pdf.> Acesso em: 17.1.2011)

3 A Crise do *subprime* foi uma crise financeira desencadeada em 2006, a partir da quebra de instituições de crédito dos Estados Unidos, que concediam empréstimos hipotecários de alto risco (do inglês: *subprime loan* ou *subprime mortgage*). Sua repercussão sobre todo o sistema financeiro arrastou vários bancos para uma situação de insolvência e abalou as bolsas de valores de todo o mundo. Para além do sistema financeiro, a falta de liquidez gera recessão, afetando os diversos setores da economia com estagnação do consumo e ausência de financiamento para a produção. (Global Finantial Stability Report. Washington, DC: IMF, 2008).

4 SINNOTT, Emily; NASH, John; de la TORRE, Augusto. **Natural Resources in Latin America and the Caribbean:** Beyond Booms and Busts? Washington, D.C.: IMF, 2010.

> reformas estruturais, a indústria mineral seguirá apropriando os seguintes benefícios: acesso a novos mercados e novas tecnologias, atração de capital estrangeiro, reestruturações societárias, promoção e viabilização de novos projetos, além de verticalizações e integrações intersetoriais. Apesar da presente descontinuidade conjuntural, os setores de aço, ferro-ligas, metais não ferrosos, fertilizantes e cimento retomarão o processo de expansão. Da mesma forma, o setor agrícola continuará ampliando a sua demanda por fertilizantes e corretivo de solo, enquanto a geração e a recuperação de infra-estruturas econômicas e sociais intensificarão a demanda por materiais de construção.[5]

Aliado ao bom momento que vive o mercado do setor minerário, o Brasil tem galgado posição de destaque como um sólido local para aporte de investimentos. A boa integração entre os agentes do setor minerário, bem como a boa relação entre o Estado e o setor privado, foram responsáveis por eleger o Brasil como o primeiro da lista em um *ranking* de 41 países, em que se avaliam as condições para a realização da atividade minerária[6][7]. Afora as instituições específicas do setor minerário, a crescente boa influência das instituições de defesa da concorrência e a baixa ingerência do Estado nas atividades de mineração são outros fortes incentivos ao crescimento da mineração.

Se o mercado e as instituições formam um plexo extremamente favorável à atividade mineira, seu desenvolvimento e crescimento tornam-se uma questão de tempo. De fato, o setor minerário passa por uma forte expansão desde 1995:

---

5 Ob. Cit.

6 Transparency International. Revenue Watch Index. **Transparency:** Government and the oil, gas and mining industries. Disponível em: <http://www.revenuewatch.org/rwindex2010/index.html>. Acesso em: 17.1.2011.

7 Certamente, há muito para ser feito para melhorar as instituições regulatórias e fiscalizatórias do setor minerário – assim não o fosse, este próprio artigo perderia seu propósito. Não se pode, contudo, face às dificuldades inerentes de qualquer atividade econômica, negar que o Brasil vem, gradativamente, galgando uma posição de maior destaque no cenário internacional e que, com esta maior confiança do mercado internacional, os benefícios para investimento no país são inegáveis.

> Verifica-se também que ao longo dos 38 anos da série analisada, o PIB real da extração mineral mantém um crescimento médio à taxa de 4,7% a.a., cabendo ressaltar que o crescimento evidencia-se mais intenso no período 1970 a 1985 (5,8% a.a.) e 1995 a 2008 (11,8% a.a.).
>
> Observa-se também que a taxa média de crescimento de 3,1% a.a., entre 1980 e 1985, decorre principalmente da grande elevação de custos de energia e de cotações internacionais das commodities minerais, após o segundo choque do petróleo. Por outro lado, as elevadas taxas de expansão verificadas na presente década, resultam de elevações em volumes de produção e de preços, sobretudo do minério de ferro, objeto de sensíveis majorações obtidas pela VALE, da ordem de 100%, entre 2003 e 2005, em negociações com os grandes importadores chineses.[8]

Essa perspectiva de grande crescimento setorial a curto prazo gera a possibilidade de alavancar a economia brasileira como um todo. Neste aspecto, há possibilidades da mineração em promover (i) **o desenvolvimento regional**, por ser responsável pela interiorização de atividades econômicas, pois as jazidas encontram-se onde os condicionantes geológicos as criaram; (ii) **a geração de empregos e aperfeiçoamento da mão-de-obra local e regional**, pelo efeito multiplicador que ela projeta nas atividades subseqüentes – para cada emprego direto da atividade extrativa, outros tantos indiretos são criados nas etapas posteriores; (iii) **a geração de desenvolvimento de outros setores da economia**, por ser a fornecedora dos insumos indispensáveis à viabilização deles; (iv) **fontes de tributos**, pois, além dos tradicionais, o setor mineral é responsável por outras receitas fiscais e parafiscais, especialmente a Compensação Financeira pela Extração Mineral (CFEM), prevista no art. 20 da Constituição Federal (CF).

Por outro lado, se mal gerida, a mineração atua em sentido oposto, reduzindo o crescimento econômico, acentuando diferenças interregionais,

---

[8] Ministério de Minas e Energia. A ECONOMIA BRASILEIRA E MUNDIAL; O SETOR MINERAL BRASILEIRO E MUNDIAL E SUAS PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO A LONGO PRAZO. Junho de 2009. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/sgm/galerias/arquivos/plano_duo_decenal/estudos_economia_setor_mineral/P01_RT04_Evoluxo_do_Mercado_Mineral_no_Brasil_a_longo_prazo.pdf>. Acesso em: 17.1.2011

aumentando a disparidade de renda entre os cidadãos, acentuando a corrupção da Administração Pública, isso sem falar na potencial degradação do meio ambiente – modificação dos regimes hídricos, principalmente das águas subterrâneas; impactos sobre a fauna e a flora; poluição das águas superficiais e subterrâneas; alteração das qualidades do solo agrícola e geotécnico; poluição do ar; poluição sonora; poluição visual; etc.[9].

Esta dualidade é natural da exploração de recursos naturais e é o fenômeno que explica a razão de existirem países desenvolvidos e ricos em recursos minerais, ao tempo que, concomitantemente, países pobres não conseguem utilizar seus recursos naturais para fundar seu desenvolvimento. A razão da dualidade está umbilicalmente ligada à gestão de dois potenciais riscos gerados pela produção abundante de *commodities*.

A primeira delas é o desincentivo ao desenvolvimento de atividades econômicas que não estejam vinculadas à exploração dos recursos naturais. Isto porque uma produção a baixos custos, combinada com a venda do minério a preços elevados, proporciona a obtenção de lucro a taxas muito superiores ao que é normalmente percebido para um determinado investimento X. Observa-se, então, que o lucro elevado funciona como um fator de incentivo à indústria mineira, e como um desincentivo para qualquer outra atividade econômica. Por conseguinte, este super desenvolvimento da indústria mineira reverte-se em apreciação cambial da moeda nacional, eis que o mercado interno vê-se inundado por dólares advindos da exploração de recursos naturais. A consequência é de duplo revés às demais atividades econômicas exercidas, que perdem em competitividade e tem margens de lucros reduzidas, quando comparadas às empresas de mineração. Nesse contexto, ocorre a planificação das atividades econômicas e a desindustrialização, fenômenos popularmente conhecidos como *Doença holandesa* ou, como também denominado, *Maldição dos recursos naturais*.

---

9 A legislação ambiental brasileira – que necessariamente vincula a atividade mineral – está alinhada com a Política Nacional do Meio Ambiente (lei 6.938/81), possibilitando que a atividade mineira não seja conflituosa ao alcance do desenvolvimento sustentável e à proteção do meio ambiente. Como este artigo tem preocupação especial com a relação entre mineração e desenvolvimento social sustentável, não abordaremos o viés ambiental da regulação da mineração, que certamente é merecedora de trabalho próprio.

A segunda mazela é que a exploração de recursos naturais possui baixo potencial de aumento de complexidade de atividades econômicas adjacentes. No momento em que cessa a atividade minerária, por esgotamento da jazida, toda a economia dela dependente, finda também[10].

As dificuldades oriundas da abundância de recursos naturais não são um fenômeno ignorado no Brasil. Recentemente, a descoberta de petróleo na camada do pré-sal gerou grande mobilização entre juristas e economistas, indicando ao Estado Brasileiro um novo embate que precisaria regular. Acertadas ou não as alterações propostas ao marco regulatório do pré-sal, fato é que, cientes das capacidades benéficas (e maléficas) da descoberta, pretendemos maximizar os benefícios gerados por este recurso natural em específico. Em instância última, busca-se também afastar a incidência do fenômeno da *Maldição dos recursos naturais*, quando da exploração de nossas jazidas de petróleo.

O que é ignorado, contudo, é a própria história econômica brasileira, pautada por diversos surtos de expansão econômica, sucedidos por períodos de retração e empobrecimento da população em geral. É perceptível que o passado econômico do Brasil – bem como de toda a América Latina – teve, por muito tempo, a exploração de seus recursos naturais como fonte primária de geração de riquezas e que, não obstante as volumosas rendas obtidas, estas foram insuficientes para fazer perdurar um desenvolvimento estável. A partir desse fenômeno, Celso Furtado faz uma breve análise do ciclo do outro no Brasil, em que se pode verificar, com facilidade, os benefícios da atividade da mineração de ouro no seu auge,

> O estado de prostração e pobreza em que se encontravam a Metrópole [Portugal] e a colônia explica a extraordinária rapidez com que se desenvolveu a economia do ouro nos primeiros decênios do século XVIII. De Piratininga a população emigrou em massa, do Nordeste se deslocaram grandes recursos, principalmente sob a forma de mão-de-obra escrava, e em Portugal se formou pela primeira vez uma

[10] "A second is the idea that natural resource exploitation has low potential for linkages, product upgrading, and economic spillovers in other sectors." SINNOTT, Emily; NASH, John; de la TORRE, Augusto. **Natural Resources in Latin America and the Caribbean:** Beyond Booms and Busts? Washington, D.C.: IMF, 2010, 16.

grande corrente migratória espontânea com destino ao Brasil. O *facies* da colônia iria modificar-se fundamentalmente.

(…)

Sendo a lucratividade maior na etapa inicial da mineração, em cada região, a excessiva concentração de recursos nos trabalhos mineratórios conduzia sempre a grandes dificuldades de abastecimento. A fome acompanhava sempre a riqueza nas regiões do ouro. A elevação dos preços dos alimentos e dos animais de transporte nas regiões vizinhas constituiu o mecanismo de irradiação dos benefícios econômicos da mineração.

(…)

Outra característica da economia mineira, de profundas consequências para as regiões vizinhas, radicava em seu sistema de transporte. Localizada a grande distância do litoral, dispersa e em região montanhosa, a população mineira dependia para tudo de um complexo sistema de transporte. A tropa de mulas constitui autêntica infraestrutura de todo o sistema. (…) Criou-se, assim, um grande mercado para animais de carga.

Se se considera em conjunto a procura de gado para corte e de muares para transporte, a economia mineira constituiu, no século XVIII, um mercado de proporções superiores ao que havia propiciado a economia açucareira em sua etapa de máxima prosperidade. (…) a economia mineira, através de seus efeitos indiretos, permitiu que se articulassem as diferentes regiões do sul do país.

(…)

Além disso, no Rio Grande e mesmo no Mato Grosso já existia uma economia pecuária rudimentar de onde saía alguma exportação de couros. Essas distintas regiões viviam independentemente e tenderiam provavelmente a desenvolver-se, num regime de subsistência, sem vínculos de solidariedade econômica que as articulassem. A economia mineira abriu um novo ciclo de desenvolvimento para todas elas. Por um lado, elevou substancialmente a rentabilidade da atividade pecuária, induzindo a uma utilização mais ampla das terras e do rebanho. Por outro, fez interdependentes as diferentes regiões, especializadas umas na criação, outras na engorda e distribuição, e outras constituindo os principais mercados consumidores.

Para, depois, verificarem-se as consequências de sua decadência:

> Não se havendo criado nas regiões mineiras formas permanentes de atividades econômicas – à exceção de alguma agricultura de subsistência – era natural que, com o declínio da produção de ouro, viesse uma rápida e geral decadência. (…) A ilusão de que uma nova descoberta poderia vir a qualquer momento induzia o empresário a persistir na lenta destruição de seu ativo, em vez de transferir algum saldo liquidável para outra atividade econômica. Todo o sistema se ia assim atrofiando, perdendo vitalidade, para finalmente desagregar-se numa economia de subsistência.
>
> Houvesse a economia mineira se desdobrado num sistema mais complexo, e as reações seguramente teriam sido diversas. Na Austrália, três quartos de século depois, o desemprego causado pelo colapso da produção de ouro constituiu o ponto de partida da política protecionista que tornou possível a precoce industrialização desse país.
>
> (…)
>
> na mineração a rentabilidade tendia a zero e a desagregação das empresas produtivas era total. Muito dos antigos empresários transformavam-se em simples faiscadores e com o tempo revertiam à simples economia de subsistência. Uns poucos decênios foram o suficiente para que se desarticulasse toda a economia da mineração, decaindo os núcleos urbanos e dispersando-se grande parte de seus elementos numa economia de subsistência, espalhados por uma vasta região (…). Em nenhuma parte do continente americano houve um caso de involução tão rápida e tão completa de um sistema econômico constituído por população principalmente de origem européia.[11]

Se analisarmos bem o Código de Minas ora vigente, percebemos que não há uma regulação voltada para a máxima eficiência da atividade de mineração, e tampouco existe uma regulação capaz de minimizar os efeitos da *Maldição dos recursos naturais*.

---

11 FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 117-131.

Com os recentes dados coletados em quinze cidades mineradoras, Maria Amélia Enríquez fez um estudo do impacto da mineração para o desenvolvimento da região diretamente afetada pela atividade e as cidades do entorno. A autora, entre outros comparativos, analisou os indicadores de pobreza e de concentração de renda dessas cidades brasileiras e constatou que não é unívoca a repercussão da mineração no desenvolvimento social e econômico da região:

> Um primeiro grupo, formado por nove municípios, reduziu a pobreza, mas aumentou o nível de concentração de renda (…);
>
> Um segundo grupo, bem menor, formado por três municípios (…) conseguiu combinar redução da pobreza com uma distribuição mais justa de renda.
>
> Há ainda dois grupos de municípios que, contrariamente à tendência nacional de redução da pobreza nos anos 1990, aumentaram esse percentual. (…)
>
> Considerando-se essa diversidade de comportamento, pode-se concluir, à primeira vista, que não há um padrão claramente definido entre a existência de atividade mineral e a variação nos índice de pobreza e de concentração de renda. No entanto, quando esses grupos são associados ao componente regional, percebe-se nitidamente que há dois modelos:
>
> 1) Nenhum município das regiões Norte e Nordeste conseguiu reduzir o índice de concentração de renda, ao passo que 50% dos municípios das regiões Centro-Oeste, sudeste e Sul conseguiram;
>
> 2) Excluindo a variação residual (…) todos os municípios das regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul conseguiram reduzir a pobreza em percentuais acima do 20%, ao passo que dois dos sete municípios das regiões Norte e Nordeste aumentaram a pobreza e os que reduziram a foram em menor percentual.
>
> Assim, conclui-se que não há uma correlação direta entre a existência de um empreendimento minerador e alterações nas condições de pobreza e de concentração de renda. (…) Possivelmente, essas variáveis [distribuição de renda e redução da pobreza] estão relacionadas a algum outro aspecto da estrutura social, política, econômica e cultural

(…)." [12.]

Seja pelo viés da história econômica de Celso Furtado, seja pela análise estatística e empírica de Maria Amélia Enríquez, a conclusão que chegamos sobre a característica da atividade de mineração é a mesma: pela analise da atividade em si, torna-se impossível determinar se a abundância de recursos minerais representará um benefício ou um empecilho ao desenvolvimento de um país. Daí a importância da regulação do setor minerário e do papel do Direito para possibilitar uma alavancagem do desenvolvimento, por meio das riquezas geradas pela mineração, transformando os surtos de crescimento em verdadeira orientação para o futuro.

A proposta de uma regulação para uma máxima eficiência do setor minerário não se traduz, contudo, em uma subserviência do Direito à Economia, pois o crescimento econômico não é um fim em si mesmo. Trata-se da busca em vivenciar concretamente direitos fundamentais abstratamente constitucionalizados; da maximização dos direitos fundamentais, pela economia juridicamente tutelada, como almejado desde a formação da moderna sociedade[13].

Antes de analisarmos a regulação específica setor minerário, é necessário fazermos um levantamento teórico das inter-relações de Direito e Economia. Este levantamento nos propiciará elucidar quais são os *pontos de partida* de nossa análise sobre o setor mineral, bem como delimitará o espaço em que pode o Estado, *legitimamente*, intervir na economia minerária, sem que isso signifique inovações extremadas e não contempladas em nossa ordem econômica constitucional.

Um breve parênteses: atuação do Estado segundo o Direito e a Economia

Podemos, didaticamente, resumir a atuação do Estado conforme a integração do Direito e da Economia segundo dois sistemas inicialmente distintos. O primeiro, o Estado Liberal Clássico, que entende ser de

12 ENRÍQUEZ, Maria Amélia. **Mineração: Maldição ou Dádiva?** São Paulo: Signus, 2008, p. 283.

13 ARENDT, Hanna. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

competência do Estado apenas assegurar condições mínimas de co-existência em liberdade entre os homens. O segundo, o Estado de Bem-Estar Social, em que será o próprio Estado o principal agente da promoção social e organizador da economia.

Apesar de aparentemente distantes, as duas teorias são frutos da mesma inovação: a afirmação do homem moderno e das *garantias individuais*. São respostas diferentes para um problema em comum, que exsurge dessa afirmação, qual seja a dicotomia entre idealização – direitos individuais *in abstracto* - e concretização - direitos individuais *in concreto*. Na visão do liberal clássico, essa dicotomia é tênue, isto é, basta o Estado assegurar as condições mínimas que os próprios homens, por meio da propriedade e do trabalho, alcançarão a vida digna[14]. Por sua vez, a visão do Estado de Bem Estar Social funda-se na distância entre as garantias individuais *in concrecto* e *in abstrato*, sendo função do Estado – ante a incapacidade do indivíduo *per se* – assegurar a concretização de direitos para todos os seus cidadãos.

Não obstante, as diferentes formas de atuação do Estado na concretização dos direitos individuais, a oposição teórica entre Estado Mínimo e Estado de Bem-Estar ofusca uma realidade que é unívoca e inconteste em toda a história moderna, qual seja *a inserção da preocução econômica no espaço público*[15]. Ademais, esta aproximação teórica já foi notada por autores como Carl Schmitt, que afirma:

> A não intervenção (…) nada mais é do que a intervenção em favor daquele em posição superior e sem consideração ao outro, mostrando-se novamente a simples verdade da frase, aparentemente, tão paradoxal pronunciada por Talleurand para a política externa: a não intervenção é um conceito difícil, significando aproximadamente o mesmo que a intervenção [16]

O Estado Regulador em nada é diferente dos modelos teóricos do Liberalismo e do Estado de Bem-Estar, que o antecederam e, de certa

---

[14] LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: M Fontes, 1998.

[15] ARENDT, Hanna. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

[16] Ob. Cit., p. 84.

forma, não os substitui. É, grosso modo, uma conformação resultante da insuficiência dos modelos liberal e de bem-estar de busca pela concretização dos direitos individuais. Nesse aspecto, permanecemos hoje sob o mesmo paradigma iniciado quando do surgimento do Estado Moderno, isto é, que este deve sempre pautar-se segundo a dúplice preocupação em postular direitos inafastáveis dos indivíduos e, ao mesmo tempo, buscar a realização concreta desses direitos abstratamente positivados.[17]

A Constituição Federal de 1988 e as alterações constitucionais realizadas durante a década de 1990 são nítidos exemplos da forma de inserção do Estado Brasileiro na ordem econômica brasileira. Em um primeiro momento, faz-se patente a legitimidade do Estado em regular essa atividade – o que já havíamos concluído a partir do simples resgate de teoria política que fizemos, relativo às origens do estado moderno –, não existindo nenhum óbice apriorístico que impeça a regulação, pelo poder público, da vida privada.

A Constituição traz, expressamente, muitos dos princípios norteadores das atividades econômicas desempenhadas pelos indivíduos (tais como livre iniciativa, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência e redução de desigualdades, para citar alguns), o que nos auxilia na tarefa de descrever qual o papel que deve ter o agente privado nas atividades de mineração.

E traz, também, princípios que servirão de base para analisarmos a atuação do Estado nas atividades econômicas (a regra geral de livre exercício de atividades econômicas, sem depender de autorização do poder público; a exploração econômica direta somente nos casos de segurança nacional e relevante interesse coletivo; o Estado como agente regulador e normativo da economia, etc.) e que, necessariamente, devem estar

[17] Necessariamente, o pensamento que moveu o mundo moderno sempre foi a universalização de direitos individuais. Na concepção pré-moderna, a inexistência desse ideal de universalização impediu a captura do espaço público por uma gestão burocrática pela maximização do gozo dessas garantias individuais. Não que a liberdade, a estabilidade financeira e a vida privada não fossem importantes para o homem pré-moderno, mas tais preocupações jamais tomaram o espaço de discussão na ágora ou no Senado romano. (ARENDT, Hanna. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense, 2010)

presentes, em maior ou menor grau, quando analisamos a forma de ingerência do Estado, nas atividades de mineração.

Além de princípios claros e expressos em nossa Constituição, que atestam a inserção do Estado como um importante agente nessa ordem econômica, há autores, ainda, que sustentam a existência de uma *cláusula geral de eficiência*, presente na Constituição de 1988 e que deve pautar essa atuação do Estado na economia:

> A ideia de eficiência tem múltiplos sentidos em diversos ramos do pensamento jurídico e econômico. Tomaremos aqueles que são pertinentes para a constatação de um dever geral de eficiência geral existente na Constituição como um comando de aplicação de uma análise econômica do direito comprometida com a realização das finalidades constitucionais e a realização de políticas públicas otimizadas, entendidas como políticas que promovam a alocação e distribuição de recursos, com o menor custo possível [18].

Ora, apesar da verificação da existência (ou não) de uma cláusula geral de eficiência – que mais poderia ser caracterizado como um meta-princípio norteador de todo o ordenamento jurídico – não ser o objeto deste trabalho, merecendo uma análise própria, não podemos negar a existência de dispositivos constitucionais especificamente atrelados à eficiência (art. 37, CF) e economicidade (art. 70, CF) do Poder Público para a gestão do desenvolvimento (art. 21, IX, e art. 48, IV, CF) e bem-estar dos cidadãos (art. 3 e art. 23, IX e X).

Por ser a mineração uma atividade bastante regulada pelo Poder Público, e também porque se está a falar da exploração privada de um bem público (art. 20, IX), os agentes públicos podem e devem conformar a exploração desse bem, de modo a, no caso concreto, fazer com que a atividade se desenvolva com bases na economicidade, na eficiência da exploração mineral, no bem estar e em tantos outros sejam os interesses públicos. Se o Estado deve se pautar por esses princípios, quando atua diretamente na

[18] CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório:** elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 161

economia, assim também deve fazê-lo, quando é o principal responsável pela normatização e ordenação de todo um setor econômico.

Portanto, assumindo a Constituição como o pano de fundo necessário a qualquer regulação econômica, é preciso destacar as regras e os princípios especificamente delineados para tratar da atividade de mineração, fazendo uma leitura condizente com toda a estrutura teórica até aqui delineada:

> 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.
>
> § 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.
>
> § 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida. (grifos nossos)

Para nos auxiliar a compreender este dispositivo, trazemos à tona, também, o art. 170 e o art. 5º, XXII e XXIII:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

> XXII - é garantido o direito de propriedade;
>
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
>
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

O que há expresso para a atividade de mineração é uma moldura regulatória mínima, qual seja, o de uma atividade realizada no *interesse nacional*, sem que isto afaste *a propriedade do produto da lavra*. Dá-se preferência à opção pela *livre iniciativa*, respeitando-se a propriedade privada sem, no entanto, afastá-la de sua *função social*. É sobre essa perspectiva que analisaremos a regulação setorial da mineração, para, ao fim, apresentar propostas para uma otimização do desenvolvimento econômico, sem extravasar os limites constitucionalmente supra-indicados.

A regulação do setor mineral hoje

A regulação do setor mineral brasileiro é, hoje, um conjunto normativo de elevada densidade técnica. Isso significa dizer que a legislação posta está voltada à conceituação e definição das atividades de pesquisa e lavra minerária; aos requisitos técnicos que devem se fazer presentes nos relatórios apresentados ao Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM); e aos aspectos necessários para o reconhecimento geológico de uma jazida e sua clara definição limítrofe. Quanto à regulação econômica, o Código de Minas de 1967 limita-se em exigir a "exequibilidade técnica" (art. 23, I, CM) e o "plano de aproveitamento econômico" [19], este que se traduz, basicamente, em critérios de gestão da mina e de condições de

[19] "Publicada a aprovação do Relatório Final de Pesquisa o titular terá o prazo de 1 (hum) ano para requerer a Concessão de Lavra. O requerimento é acompanhado do Plano de Aproveitamento Econômico (PAE), no qual se exige o projeto técnico e industrial que define o plano de exploração, bem como o estudo de viabilidade econômica do empreendimento, além de mapas e plantas das edificações e das instalações de captação e envase". Disponível em: <http://www.dnpm.gov.br/conteudo.asp?IDSecao=64>. Acesso em 25.1.2011)

trabalho[20].

Diante desse fenômeno inegável, parte da doutrina se apropria da tecnicidade existente e a torna o eixo para a análise do setor mineral. Assim, muitos autores defendem, por exemplo, ser a concessão de títulos minerários um ato vinculado da Administração Pública:

> [A mineração] é atividade econômica industrial e extrativa. Não é serviço público, porque não deve ser executado pela Administração, mas por empresa brasileira, conforme preceitua a Constituição. Com a publicação da Portaria, a União não delega a execução da lavra, mas cria um direito de lavra em favor do minerador.
>
> É ato administrativo vinculado e definitivo. Uma vez obtido o Direito de Prioridade, e cumpridas as obrigações do Código, o minerador tem direito à obtenção do Consentimento para Lavra.
>
> (…)
>
> O Consentimento para Pesquisa Mineral é ato administrativo vinculado, para o qual não está reservada à Administração qualquer discricionariedade. Em razão disso, a utilização do termo autorização tem sido causa de equívocos tanto na doutrina quanto nos tribunais. E a

[20] Art. 39. O plano de aproveitamento econômico da jazida será apresentado em duas vias e constará de:

I - Memorial explicativo;

II - Projetos ou anteprojetos referentes;

a) ao método de mineração a ser adotado, fazendo referência à escala de produção prevista inicialmente e à sua projeção;

b) à iluminação, ventilação, transporte, sinalização e segurança do trabalho, quando se tratar de lavra subterrânea;

c) ao transporte na superfície e ao beneficiamento e aglomeração do minério;

d) às instalações de energia, de abastecimento de água e condicionamento de ar;

e) à higiene da mina e dos respectivos trabalhos;

f) às moradias e suas condições de habitabilidade para todos os que residem no local da mineração;

g) às instalações de captação e proteção das fontes, adução, distribuição e utilização da água, para as jazidas da Classe VIII.

Art.40. O dimensionamento das instalações e equipamentos previstos no plano de aproveitamento econômico da jazida deverá ser condizente com a produção justificada no Memorial Explicativo, e apresentar previsão das ampliações futuras.

> Administração aproveita para tentar atuar segundo uma discricionariedade que não existe[21].

Deveras, a preocupação da legislação infraconstitucional minerária em detalhar os aspectos econômicos e geológicos a torna excessivamente técnica o que, de maneira isolada, propicia uma interpretação à mesma maneira, isto é, se cumpridos os requisitos técnicos, não haveria razão em indeferir a concessão de lavra, eis que atendidos todos os requisitos pelo minerador.

O posicionamento doutrinário, por um ato administrativo vinculado, não leva em consideração, contudo, que, o averiguar da existência de requisitos formais não pode ser o cerne da ordenação do setor mineral, principalmente porque estamos tratando de uma atividade que deve ser exercida de acordo com o *interesse nacional*, que é um conceito necessariamente aberto e material. O DNPM e demais institutos competentes, portanto, devem observar os princípios constitucionais e suas próprias leis geradoras[22] que, por carregarem determinações gerais e abstratas, dificilmente seriam observados, se não pudesse a Administração ponderar sobre a viabilidade da exploração econômica da jazida mineral.

Os próprios autores que defendem a linha do ato administrativo vinculado têm dificuldades em demonstrar como o atendimento de requisitos técnicos atende, concomitantemente, aos anseios constitucionais. Neste sentido, William Freire defende que:

---

[21] FREIRE, William. **Regime jurídico dos recursos minerais no direito brasileiro:** regime constitucional brasileiro e aproveitamento das riquezas minerais. Revista Jurídica da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/WilliamFreire_rev84.pdf>. Acesso em 26.1.2011.

[22] Decreto 5.267/2004 – aprova a estrutura regimental do Ministério de Minas e Energia (MME):

Art. 22. À Secretaria de Geologia, Mineração e Transformação Mineral compete:

XI - coordenar o processo de concessões de direitos minerários e supervisionar o controle e a fiscalização da exploração e produção dos bens minerais;

XII - propor políticas públicas voltadas para a maior participação da indústria nacional de bens e serviços no setor de geologia e mineração;

> Um bem da União pertence, em última análise, ao seu povo. Então, a expressão no interesse nacional deve ser entendida como *no interesse de seu povo*.
>
> (…)
>
> na interpretação de um dispositivo constitucional, devem-se observar os princípios maiores do sistema jurídico adotado. Pelo *princípio democrático*, o poder deve ser exercido em nome e no interesse do povo. Os bens públicos devem ser utilizados tendo em vista o interesse público. Os recursos minerais que, em última análise pertencem ao povo, devem ser explorados visando ao interesse nacional (§1º do artigo 176 da Constituição), para satisfazer as necessidades coletivas.[23]

Há, necessariamente, uma principiologia jurídica que a atividade mineira. Por sua vez, não se pode aceitar a tese de que esses princípios constitucionais restem atendidos por fórmulas abstratas, refletidas em atos vinculados do Poder Público. Não obstante, a teoria constitucional defendida, seja a *ponderação de princípios* de Robert Alexy, *a tensão entre os princípios*, de Dworkin, ou *a dialética procedimentalista* de Habermas, para citar alguns poucos, a leitura paradigmática dos princípios jurídicos, a partir da segunda metade do século XX, é de que esses só se realizam no caso concreto.

Assim sendo, caracterizar o ato administrativo, que possibilita a atividade de mineração como um *ato administrativo vinculado*, significa impedir os órgãos reguladores de verificarem, no caso concreto, as exigências constitucionais. Significa, ao fim, ceifar a Administração Pública da possibilidade de fazer uma análise jurídica da atividade de mineração, análise esta verdadeira asseguradora de direitos individuais, sociais, coletivos e difusos. Afinal, seria possível prescrever normas abstratas que,

---

[23] FREIRE, William. **Regime jurídico dos recursos minerais no direito brasileiro:** regime constitucional brasileiro e aproveitamento das riquezas minerais. Revista Jurídica da Presidência da República, p. 29. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/WilliamFreire_rev84.pdf>. Acesso em: 26.1.2011.

por si só, atendam em completo e concomitantemente os princípios conglobantes do setor minerário, entre eles, os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado; da recuperação da área degradada; do conteúdo ético; e da destinação do bem ao uso geral? Cremos que não.

Ainda, superados os óbices constitucionais da teoria do ato administrativo vinculado para a atividade de mineração, localizamos o verdadeiro cerne jurídico do setor mineral brasileiro, espelhado no art. 42 do Código de Minas (CM). Da simples análise de seu teor, podemos concluir que é errôneo entender o perfil técnico como fator preponderante de toda a regulação do setor mineral. O que temos, em oposição, é a expressa opção pela teoria do ato discricionário:

> Art. 42. A autorização será recusada, **se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo.** Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório. (Grifos nossos)

Aqui, não se trata de averiguar critérios técnicos, mas de uma abertura para que, *a juízo do Governo*, sejam verificadas as exigências constitucionais, o interesse público, *o interesse nacional* na exploração das jazidas minerais, bem como a defesa de outras garantias constitucionais que podem, no caso concreto, sobrepor-se ao interesse em realizar a atividade de mineração. Neste sentido, Serra defende que:

> Isso significa dizer que uma pesquisa mineral bem realizada e positiva nos seus resultados não garante necessariamente ao seu titular o direito à lavra futura, como seria natural nos termos do Código de Mineração já que ela (a pesquisa) é condição para a outorga da concessão de lavra. E mais, sequer assegura direito indenizatório (ou de ressarcimento, na melhor doutrina) ao pesquisador quando ela for prejudicial ao bem público, apenas reembolsando o empreendedor pelos

> gastos com a pesquisa.[24]

Para além dos aspectos formais e das condições técnicas exigidas quando da pesquisa e da lavra de jazidas, é preciso analisar, portanto, a atividade de mineração como um todo, isto é, verificar a existência harmônica entre os interesses privados do minerador, os interesses ambientais e os interesses socioeconômicos daquela população que será afetada pela atividade de mineração. Talvez, caso existissem outros instrumentos expressos na ordenação do setor mineral, no sentido de afirmar a persecução do interesse nacional, ficasse mais evidente essa opção pelo ato discricionário do poder público, para gerar os melhores efeitos da atividade minerária:

> 'O projeto de engenharia mineral deve ser avaliado conjuntamente com os projetos ambiental, econômico e social. Somente mediante uma avaliação conjunta de todos eles é que o Poder Público poderá avaliar a viabilidade do empreendimento mineiro'. E mais adiante, assim se manifesta sobre eventuais conflitos existentes: 'E é importante ressaltar que, ainda que alguns aspectos negativos sejam detectados, eles devem ser contrapostos aos aspectos positivos para, ao final, avaliar-se o resultado global.'[25]

Por fim, se a Administração não está condicionada a atuar sob a forma de ato vinculado e pode, com maior eficácia, regular as atividades do setor minerário; não significa dizer que a discricionariedade inerente aos órgãos reguladores é sinônimo de arbitrariedade[26]. Como explica Teresa Arruda Alvim Wambier:

> À idéia de discricionariedade no estágio atual da doutrina brasileira

---

[24] SERRA, Silvia Helena. **Direitos minerários:** formação, condicionamentos e extinção. São Paulo: Signus Editora, 2000.

[25] SERRA, Ob. Cit., p. 27.

[26] Esta é uma questão fundamental. Se confundidos os conceitos de arbitrariedade e discricionariedade, qualquer abertura para o poder de decisão do poder público reverter-se-á, tão somente, em insegurança jurídica.

> costuma se ligar, basicamente, dois fenômenos: a) a possibilidade de haver uma zona de liberdade para o agente aplicador da lei, zona dentro da qual haveria diversas soluções aceitas como corretas (jurídicas, lícitas, válidas) perante o Direito, que teriam de ser, evidentemente, diferentes entre si, em si mesmas, mas equivalentes à finalidade. É justamente a circunstância de haver esta zona, espaço limitado, portanto, de liberdade, que diferencia a discricionariedade de arbitrariedade. Dentro desta zona de liberdade haveria quase que uma vedação *a priori* estabelecida no que diz respeito à possibilidade de controle, uma vez que todas as soluções nesta zona encartáveis, diferentes entre si, seriam tidas como corretas. b) o conceito vago. É comum encontrar na doutrina nacional e estrangeira, mas principalmente na nacional, a afirmação no sentido de que a simples circunstância de a norma conter em si mesma um conceito vago é fenômeno necessário suficiente para ensejar ao aplicador da lei o exercício do poder discricionário. Às vezes essa afirmação é feita explicitamente e às vezes, implicitamente [27][28].

Com o intuito de afastar este risco inerente à discricionariedade, abordaremos quais os critérios que limitam as decisões da Administração Pública. No momento oportuno, e com as respostas esboçadas, poderemos então sugerir mudanças no marco regulatório e alterar para uma maior eficiência, a relação entre o minerador, o Estado e a sociedade.

Outros mecanismos para além da dicotomia crescimento x tributação: abertura constitucional para a juridicização da pesquisa e da lavra de recursos minerais.

A intervenção estatal na economia mineira dá-se, de forma principal, pela definição de taxas e tributos, encargos necessários à continuação da pesquisa e/ou lavra do minério; e a legislação do setor é rica em exemplos:

---

27 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: RT, 2001, p. 385-386.

28 Para fins de uniformização da terminologia utilizada neste artigo, far-se-á sempre referência ao ato administrativo discricionário como aquele que, motivadamente, é resultado de uma avaliação da Administração Pública, observados os quesitos de necessidade, eficácia e proporcionalidade.

os valores devidos ao proprietário do solo em que é extraído o minério (art. 11, CM), as taxas cobradas do interessado e do titular da autorização de pesquisa (art. 20, CM), os emolumentos quando o titular da concessão de lavra requer a posse da jazida (art. 40, CM), taxas e emolumentos relativos à outorga do Alvará de Pesquisa (art. 22 – Decreto 62.934/98), sem contar o pagamento da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais (CFEM) e da Taxa Anual por Hectare (TAH).

Esta opção faz com que, no Brasil, o controle da atividade mineira seja, grosso modo, reduzido a uma simples equação em que a expansão dos investimentos em produção mineral é diametralmente oposta a carga tributária e a burocracia imputada à empresa privada na persecução de seu objeto social. Diante da constatação de que os fatores positivos de investimento no Brasil estão em alta, a conclusão a que se chega – como já descrito no início desta pesquisa – é que a atual carga tributária do setor minerário não obsta os inúmeros incentivos de investimento, e que um crescimento da atividade minerária, neste cenário, é bastante previsível.

Também já adiantamos que o crescimento das atividades de mineração pode implicar em dois resultados diametralmente opostos. O primeiro, é a boa utilização do capital gerado pela economia mineira, possibilitando uma alavancagem da economia como um todo. A outra, ao contrário, é o não aproveitamento eficaz dos recursos gerados pela mineração, interrompendo-se o crescimento efêmero da economia no momento em que cessam os incentivos econômicos à exploração dos recursos naturais – basicamente os preços de *commodities*.

A regulação do setor minerário enfrenta, então, seu problema atual. Como fazer do promissor cenário de expansão um efetivo incremento ao desenvolvimento nacional? E como evitar que o excesso de recursos proporcionados pela exploração da atividade de mineração não acarrete a supervalorização do Real e a consequente desindustrialização de outras atividades pré-existentes?[29][30]

---

[29] "*In places where natural resources are abundant – that is, where they can be produced at low cost, relative to the marginal cost of production elsewhere – they generate large profits (economic rents) for the owners. This has major effects on the relative incentive struccture in the economy. First, to the extent the resources are exported, the inflow of foreign exchange appreciates the real exchange rate: that is, it raises the price of nontradable goods relative to that of tradable goods. Second, it*

A primeira resposta para a maior otimização dos ganhos proporcionados pela mineração já está sendo avaliada, atualmente, pelo legislador brasileiro e é bastante simples, qual seja, o aumento da carga tributária que incide nas atividades do setor minerário[31]. Com esta medida, aparentemente, soluciona-se a dualidade do resultado da atividade mineira, oferecendo maiores ganhos ao Estado – que reinvestirá os valores arrecadados em incentivos ao desenvolvimento socioeconômico, segundo políticas nacionais – e funcionando como um desincentivo à atividade mineira – o que reduz o risco de deflação monetária, e permite o florescimento de outros setores que não o minerário.

A opção pelo aumento dos encargos sofridos pelo minerador, aqui expressos pela intenção de aumento das rendas oferecidas pela cobrança de *royalties*, significa a definição do papel da mineração como uma atividade que, para o atendimento do *interesse nacional*, deve oferecer um volume de rendas destinadas à Administração Pública, cabendo a esta a

---

increases the returns to production of the resource relative to other tradable goods. Both of these effects reduce the incentive to invest in production of other tradable goods, resulting in a production and export structure concentrated in the resource. Such dynamics are generally referred to as Dutch disease. This terminology is relatively recent, coined in response to the effects on the Dutch economy in the 1970 of oil discoveries in the North Sea, but the concept, broadly defined, was posited much earlier, and it eventually contributed to the evolution of the modern theory of international trade." (SINNOTT, Emily; NASH, John; de la TORRE, Augusto. **Natural Resources in Latin America and the Caribbean**: Beyond Booms and Busts? Washington, D.C.: IMF, 2010, p. 29)

[30] Notícia veiculada pelo periódico Valor Econômico indica que as exportações brasileiras estão, paulatinamente, se concentrando em cinco principais *commodities* – minério de ferro, petróleo, soja, açúcar e carnes. A simplificação das exportações, necessariamente, torna o país dependente dos elevados valores cobrados por esses produtos, expondo a macroeconomia a uma maior vulnerabilidade. (cf. Cinco commodities garantem 43% da exportação do Brasil. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impresso/vale/1902/367747/cinco-commodities-garantem-43-da-exportacao-do-brasil>. Acesso em 28.1.2011.

[31] *"Brazil's new government may hike mining royalties and approve four new nuclear power plants this year as it seeks to tighten its grip on one of the world's fastest-growing energy and mineral sectors. The administration of newly sworn-in President Dilma Rousseff would present in the first half of the year a bill to revise the royalties it charges mining companies, Mines and Energy Minister Edison Lobão said on Friday."* (Disponível em: <http://www.miningweekly.com/article/brazils-new-govt-mulls-mining-royalty-hike-2011-01-07>. Acesso em 21.1.2011)

responsabilização em gerir os recursos captados. É uma opção estatal pela não-intervenção na atividade mineira que, assim, se iguala às outra atividades eminentemente privadas, na medida em que toda atividade empresarial contribui com tributos e taxas arrecadados pelo Estado. Por consequência, em razão da intervenção mínima estatal – em que o empresário minerador responsabiliza-se apenas pela arrecadação de tributos – também deve ser mínima a atuação discricionária da Administração Pública. Neste modelo, o papel do agente minerador é propiciar à Administração o maior volume de recursos possível, cabendo a esta a compleição do *interesse nacional*. Não cabe ao Estado regular o setor minerário para que este, diretamente, atue na consecução de interesses nacionais. O modelo da tributação imputa ao agente minerador a obtenção dos recursos, enquanto, ao Estado, cabe direcionar os recursos da maneira adequada[32].

A opção pelo incremento da carga tributária, contudo, não é economicamente adequada e, tampouco, juridicamente satisfatória.

A um, porque o grande volume de riquezas geradas pela exploração de recursos naturais desencoraja a diversificação de atividades, enquanto uma menor variedade de produtos implica em uma maior vulnerabilidade às oscilações do mercado[33]. A volatilidade do mercado de *commodities* é elevada, se comparada à volatilidade do mercado de produtos manufaturados e de maior valor agregado.

Estabelecer uma política de desenvolvimento econômico e social sustentada pela tributação de um mercado volátil é fazer as contas do Estado oscilarem ao sabor do preço das *commodities*. Por sua vez, a volatilidade

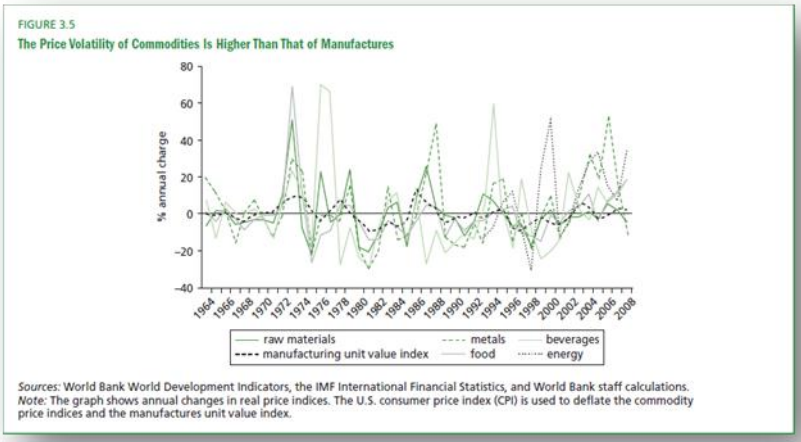
---

[32] Sob esta perspectiva, a teoria do ato administrativo vinculado de William Freire ganha mais força. A função do agente minerador é operar segundo regras mínimas – proteção ambiental, condições mínimas de trabalho na mina, economicidade e rentabilidade da empresa. Assegurada essas condições, não há motivo legítimo para o Estado impedir a atuação do ente privado, eis que este comprovou atuar segundo as regras impostas pela legislação. Atuando em conformidade com a regulação setorial e oferecendo ao Estado os recursos financeiros demandados, o agente minerador esgota sua participação na consecução do interesse nacional.

[33] SINNOTT, Emily; NASH, John; de la TORRE, Augusto. **Natural Resources in Latin America and the Caribbean**: Beyond Booms and Busts? Washington, D.C.: IMF, 2010.

fiscal origina uma política negativa de aumentos nos gastos públicos que, por se fundar em tributação de *commodities*, não podem ser mantidos quando há baixa nos preços. Nesse modelo, os recursos estatais tornam-se intermitentes, diminuindo a qualidade dos investimentos e serviços públicos prestados e limitando o potencial para crescimento.[34]

A dois, porque a opção pela tributação da atividade mineira tão-somente a torna igual às demais atividades privadas, enquanto a Constituição, expressamente, prevê que a atividade será realizada no interesse nacional. Ou a tributação é suficiente para atender o *interesse nacional* – e assim, toda atividade é realizada em sua função – ou torna letra morta o artigo 176,



caput, CF, em claro desatendimento aos princípios constitucionais que regulam o setor minerário.

Mais do que um aumento dos encargos sofridos pelo agente minerador, é necessária uma *juridicização* do plano de pesquisa, do relatório final, bem como do Plano de Aproveitamento Econômico (PAE) fornecido ao DNPM. Trata-se de imputar ao agente minerador a responsabilidade de verificar os

[34] Ob. Cit.

efeitos de sua atividade, não somente sobre o impacto tópico da atividade em si – demonstrando que a atividade é economicamente viável e de acordo com as legislações ambientais e trabalhistas – mas também sobre o impactos socioeconômicos sofridos por terceiros naquela região.[35]

Deve ser possibilitado um maior espaço para o DNPM, em ponderar a viabilidade da atividade econômica com a possibilidade do desenvolvimento, em paralelo, de condições urbanas sustentáveis, para que a recém-constituída aglomeração populacional possa permanecer sadia e em crescimento, mesmo quando cessada a atividade da mineração. Como já vimos, a opção única pela tributação impede o *ato administrativo discricionário* do órgão regulador. É necessário, portanto, aproveitar a discussão, ora presente do novo Código de Minas, para fornecer os subsídios ao *ato discricionário*, sem confundi-lo como uma liberalidade da Administração Pública.

A possibilidade de discutir o marco regulatório torna-se ainda mais oportuna quando imersa na discussão institucional, que trará em breve uma

[35] Em Legislação mínero-ambiental para aproveitamento de agregados, Hildebrando Herrman afirma que "no Brasil, a área ocupada pela mineração é diminuta. Segundo o Diretor Adjunto do DNPM, Dr. João César Pinheiro (2005) é menor do que 0,5% do território. Para a Consultora Jurídica do MME, Dra. Elisabeth Elias Bohn (2005), não ultrapassa 0,2% do território brasileiro. A área comprometida ainda se reduz mais se considerarmos a obrigação de se recuperar a área degradada pela mineração, consoante dispositivo constitucional. Essa constatação mais se evidencia se a compararmos com o que ocorre com outras formas de uso e ocupação do solo que comprometem inexoravelmente seu uso futuro, (…) as relativas à urbanização, representada pela construção de aeroportos, rodoviárias, rodovias, supermercados, estacionamentos, etc., que impermeabilizam e esterilizam porção muito mais significativa do Território Nacional, estes sim, usos causadores de danos IRREVERSÍVEIS e IRREPARÁVEIS ao ambiente" (grifos no original) (Ob. Cit., p. 7). Esquece-se, contudo, o autor, que a mineração é catalisadora do assentamento urbano em seus arredores e que, portanto, ocasiona os "danos irreversíveis e irreparáveis" decorrentes da criação de novas cidades. Além do impacto ambiental provocado, o minerador atrai para suas redondezas, principalmente, a população de baixa renda, dependentes da atividade da empresa, e que, sem esta, veem subitamente cessar sua fonte de renda. O fim da atividade de mineração, se quando adequadamente manejado minimiza os impactos tópicos ambientais, por outro lado, impossibilita a permanência da população em suas redondezas. O resultado é um grande êxodo populacional, enquanto os que ficam, sem instrução ou outra fonte de renda, passam a sobreviver na miséria. (Mineração ou Dádiva)

nova codificação para a atividade de mineração[36]. Entre as mudanças esperadas, a instituição de uma Agência Reguladora, que revela a preocupação do Estado em dotar o setor mineral de um ente regulador forte e atuante. A simples criação da agência reguladora – tampouco as alterações legislativas – , contudo, não é suficiente para provocar mudanças reais na atividade. A maior ingerência do Estado na atividade e a possibilidade de poder atuar com certo grau de discricionariedade devem ser acompanhados de autonomia financeira, tornando-as independentes da Administração Direta, e de uma capacitação plena para a fiscalização. De nada valerá uma maior intervenção do Estado na economia, se o órgão regulador não tiver capacidades para exigir, de todos, o adimplemento às novas regras. Sem tal constância do ente regulador, o ato discricionário torna-se casuísmo e liberalidade, o que certamente seria um retrocesso no setor. Deve-se, sempre, ter em mente que, em um cenário competitivo, os investimentos são alocados em áreas cujas legislações e práticas administrativas propiciam segurança jurídica, com regras claras e obrigações bem delimitadas por critérios objetivos. A regulação e fiscalização, pelas autoridades, devem ser feitas com consistência e previsibilidade, de modo a manter a atratividade do setor minerário para o investidor.

Em seguida, é necessário incluir, ao lado da viabilidade econômica da empresa e do atendimento à legislação ambiental, quesitos jurídicos que regulem os impactos socioeconômicos da atividade mineira. Novas exigências devem ser estipuladas objetivamente, sem representar um óbice ao empreendimento, nem uma mera formalidade. Trata-se de exigências de caráter material, concentrados na gestão do espaço público criado pela atividade mineira[37].

---

36 Senado. Agência de Notícias. **Novo marco regulatório da mineração deverá ser proposto ao Congresso no primeiro semestre.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=106696&codAplicativo=2&parametros=Novo+marco+regulat%C3%B3rio+da+minera%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 28.1.2011.

37 Digo gestão do espaço público, propositalmente, para incitar os críticos que, certamente, defenderão ser papel do Estado – e não do setor privado – a definição de políticas públicas. Não obstante, esta divisão de competências seja fruto de uma visão do Estado Social, que já demonstramos ser uma ótica superada, eis que insuficiente para assegurar as garantias constitucionais positivadas, a qualidade do

Muitas são as possibilidades para a juridicização da autorização de pesquisa e da concessão de lavra, a depender de quais aspectos a Administração Pública julga serem carentes na região afetada pela mineração. Do mesmo modo, poderia o ente regulador exigir, para a aprovação do relatório final de pesquisa, um plano de crescimento urbano para os novos assentamentos populacionais que surgirão ao redor da atividade, propiciando o desenvolvimento ordenado do que futuramente irá se constituir em uma pequena cidade.

Também poderia ser o caso de, para dar-se a concessão de lavra, exigir-se do minerador a adoção de um *consumo nacional mínimo*, tal como é exigido no setor de petróleo, o chamado *componente nacional*.[38]

Ainda, outra possibilidade é instituir, no plano de lavra, o uso progressivo de recursos humanos da região para o exercício de funções de maior hierarquia na empresa. Por ser uma atividade que perdura por vinte ou mais anos, o agente minerador tem a real possibilidade de criar os seus

---

setor privado em investir recursos de uma maneira mais eficaz que o setor público, já justifica a opção do Estado em tornar o agente privado também responsável pelo desenvolvimento de toda a coletividade. Se os gastos do setor público tendem a alocar de maneira ineficiente os recursos obtidos pela arrecadação de tributos e taxas, transferir a responsabilidade de investimentos para o agente privado, quando possível, resulta em um jogo de soma positiva: em um hipotético caso, se o Estado necessita arrecadar um volume 2X de tributos para obter um investimento Y, o setor privado poderá realizar o mesmo investimento a um custo X, reduzindo, pela metade, o encargo sofrido pelo agente privado e mantendo-se o interesse público, em ter um investimento Y, para determinada política pública. (SINNOTT, Emily; NASH, John; de la TORRE, Augusto. **Natural Resources in Latin America and the Caribbean:** Beyond Booms and Busts? Washington, D.C.: IMF, 2010, p. 41 - 46)

[38] A exigência do componente nacional foi um fator decisivo para o ressurgimento da indústria naval brasileira. Chegando a ser a segunda maior do mundo em 1979, com aproximadamente 39 mil trabalhadores, em 2000 esse número caiu para pouco mais de 1,9 mil trabalhadores. Com o Programa de Nacionalização e Expansão da Frota (Promef), instituindo que os navios devem ser construídos com a utilização de cerca de 60% de materiais produzidos no Brasil, a indústria naval brasileira conta hoje com mais de 45 mil trabalhadores. (BEVINS, Vincent. **Shipyards:** Once-mighty sector feels a rush along its keel. Financial Times: Published: May 6 2010 10:02, Last updated: May 6. Disponível em: <http://cachef.ft.com/cms/s/0/d005f4f4-571c-11df-aaff-00144feab49a.html> ; Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. <www.abdi.com.br> . Acesso em: 21.1.2011)

quadros a partir da população local ou, ao menos, contribuir para a redução das taxas de analfabetismo e por um maior número de anos de estudo.

Todos esses exemplos de ingerência regulatória na atividade minerária têm sua razão de existir, eis que, em se tratando dos impactos sociais, os indicadores de desenvolvimento revelam um forte viés regional:

> Nos municípios mineradores das regiões Norte e Nordeste houve redução do percentual de pobres, porém em uma proporção bem menor do que nos municípios mineradores das demais regiões brasileiras. Contradizendo a ideia de que a mineração é um fator de concentração de renda, o índice de Gini para essa variável decresceu nos municípios mineradores na região Centro-Sul, mas se elevou nos municípios mineradores das regiões Norte e Nordeste.
>
> Embora orientem para melhores benefícios sociais, os impactos da atividade mineradora sobre a dimensão social necessitam ser contextualizados, pois eles não são padronizados e tampouco homogêneos. Isso implica dizer que a mesma atividade pode resultar em dádivas, em um determinado contexto, e em maldição, em outro. Daí, se pode extrair a importante lição de que as políticas voltadas para o setor mineral devem ser capazes de incorporar especificidades regionais, pois parece que no Brasil os municípios se diferenciam muito mais a partir da região geográfica onde estão localizados do que por sua base produtiva.[39]

É em razão da existência de disparidades sociopolíticas que tem o ente regulador competência para atuar discricionariamente e determinar quais são os aspectos relevantes, *no caso concreto*, que devem ser abarcados pela atividade de mineração, para que esta possa ser considerada realizada segundo o *interesse nacional*. Talvez seja necessário imputar a um agente minerador, no Norte do país, obrigações mais incisivas quanto à gestão direta de assuntos públicos, qual seja a redução da pobreza, aumento da escolaridade da população e incentivos que possibilitem o aumento da complexidade e densidade das relações de comércio do município. Ante tais

[39] ENRÍQUEZ, Maria Amélia. Mineração: Maldição ou Dádiva?. São Paulo: Signus, 2008, p. 363

características, o ente regulador, motivadamente, fiscalizará o agente privado no cumprimento de suas obrigações sociais, sendo-lhe, em troca, concedidos incentivos fiscais, como a redução da CFEM, ou outros encargos arrecadados pelo Estado.

Em outra situação, é possível que a atividade de mineração seja realizada em uma região urbana que já possui uma boa política de gestão, sendo desnecessária a participação direta do setor privado. A este, torna-se desarrazoado imputar-lhe obrigações de caráter público, eis que sua simples colaboração com a arrecadação de tributos propicia a realização da atividade, segundo o interesse nacional.

O ato discricionário é, portanto, fruto dos infinitos contextos em que se realizam mineração. Não se pode permitir que a simples obediência a algumas regras formalmente estabelecidas sejam suficientes para propiciar a lavra da jazida, uma vez que não o são para a caracterização do interesse nacional. Não obstante, a possibilidade em agir discricionariamente não pode existir se não estiverem legalmente positivados e definidos os limites de atuação do ente regulador, para que o ato não se corrompa em acaso e liberalidade. Assim, mantida a atual opção pela manutenção de planos técnicos e arrecadação de tributos, tão-somente, o Estado estará determinando que a ele cabe – e não ao agente minerador – a transformação da atividade em interesse nacional. Assim, cabe ao setor privado fazer o mínimo, isto é, demonstrar a viabilidade técnica da lavra em acordo com a legislação ambiental. Neste cenário de obediência a critérios fixos, o ato administrativo será vinculado, pois é o Estado, com o que arrecada da atividade da mineração, que promoverá diretamente o interesse nacional.

Inovações na regulação: abertura constitucional para a regulação do pós-lavra

Por fim, a possibilidade de a mineração converter-se em maldição para o crescimento econômico não está ligada à exaustão dos recursos minerais. O principal aspecto que dificulta a gestão eficaz da atividade da mineração é a volatilidade das riquezas geradas, o que faz com que o Estado aumente os gastos durante o período de expansão econômica sem, contudo, ser capaz de

reduzi-los, quando cessa o frenesi do mercado[40]. A oscilação nos preços gera gastos que não podem ser mantidos ao longo do tempo, o que resulta em intermitência nas políticas públicas e, ao fim, em entrave ao crescimento econômico. Afastar-nos desta oscilação de preços, para propiciar um desenvolvimento contínuo é, então, medida que se impõe.

A principal forma de não mais dependermos das variações do mercado é deixarmos de ser exportadores de *commodities*, transformando essas matérias-primas brutas em produtos de maior valor agregado. Entre outras formas de estímulo ao desenvolvimento das indústrias de beneficiamento, há a possibilidade de ingerência do Estado na economia mineira após a extração do minério da jazida, isto é, do estabelecimento de uma regulação do pós-lavra que, por meio de ajustes de mercado, estimula a criação de indústrias para o beneficiamento do minério bruto.

O primeiro óbice que devemos superar, para possibilitarmos a regulação do pós-lavra, está presente artigo 176, da Constituição Federal:

> 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. (Grifos nossos)

O artigo 176 torna expresso o direito de propriedade sobre o produto da lavra e é, em verdade, uma transposição da proteção do instituto da propriedade, *lato sensu*, para o setor minerário. Deste modo, tal como a propriedade não é per se uma proteção constitucional inflexível, também não pode ser a propriedade do produto da lavra, sua vertente no plano do setor minerário. Os princípios constitucionais estão em constante tensão e somente no caso concreto definem-se seus significados, razão por não poderem ser analisados isolada e literalmente. Assim, resguarda-se o direito de propriedade, da mesma maneira em que se observa o princípio da função social da propriedade. Se não pode o Estado extinguir a propriedade com o

[40] SINNOTT, Emily; NASH, John; de la TORRE, Augusto. **Natural Resources in Latin America and the Caribbean:** Beyond Booms and Busts? Washington, D.C.: IMF, 2010.

intuito de promover o interesse social, também não pode a propriedade ser absoluta e esquivar-se de eventuais limitações em sua abrangência. É nesta seara principiológica que se insere o artigo 176, da Constituição Federal, não sendo a referida norma, *a priori*, um impedimento à regulação do pós-lavra.

Ademais, o caráter aberto das normas constitucionais[41] e do direito como um todo, não havendo um significado ontológico da lei, permite o seu desenvolvimento e variação de significância com o decorrer dos tempos.

Historicamente, tanto a regulação do setor de energia elétrica, a regulação do setor petrolífero, quanto a regulação do setor minerário, tiveram origem de uma mesma legislação comum, do início do século XX, cujas relações intrínsecas ainda podem ser observada nas legislações setoriais contemporâneas[42]. A existência de regulação de "pós-lavra" no setor elétrico e no setor de petróleo é uma indicativa, portanto, de que existe espaço para uma alteração na regulação minerária em igual sentido.

No início do século XX, a dicotomia serviço público x atividade econômica era inexistente; a lógica regulatória da mineração e do setor de energia elétrica[43] era a de atividade de utilidade pública. Por um lado, de tradição eminentemente privada, a mineração passa a ser definida como utilidade pública, pois fornece as matérias-primas necessárias ao desenvolvimento. Em razão da configurada utilidade pública, o Estado promove a *publicatio* dos recursos minerais, extinguindo o regime da

41 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

42 A similaridade dos marcos regulatórios é notável. Na Lei 9.478/97, que dispõe sobre as atividades do setor do petróleo, está expresso no artigo 26 que "A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes." Não obstante, o entendimento literal homônimo ao presente no artigo 176, da CF, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI 3.273 defende que "a propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União, mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

43 O petróleo irá se destacar da mineração como uma atividade autonomamente regulada somente em 1942.

acessão[44]. Com a separação, o Estado torna-se o regulador da exploração do subsolo, trazendo inovações ao setor: para a lavra requisitada pelo proprietário do solo, exigia-se o cumprimento de certas condições, como a obrigação especial de tornar a lavra produtiva, sob pena da transmissão da lavra a outrem; para a lavra requisitada por terceiros, constituía-se uma prerrogativa sobre o bem alheio, sendo o proprietário do solo expropriado para fins de exploração da jazida mineral, conforme determinação da União[45.]

Por outro lado, o setor de energia elétrica nasceu publicista, a partir de um quadro de leis fragmentárias de origem municipal, estadual e federal. O ingresso da União no setor elétrico, entretanto, propiciou a centralização da regulação. Assim o fazendo, sob o signo da utilidade pública e da industrialização do país, torna-se a União o único ente regulador da atividade, igualmente trazendo inovações ao setor: passa-se a permitir o ingresso do setor privado, sob a forma de concessão, no perquirir do interesse público[46.]

Quando comparadas, a centralização, na União, da regulação do setor minerário e do setor elétrico têm a mesma função. No primeiro caso, funcionaliza-se a propriedade privada, devendo a atividade minerária e o concessionário de lavra atuar segundo regras de utilidade pública; ao mesmo tempo, no segundo caso, privatiza-se a propriedade pública dos recursos hídricos, permitindo a atuação do particular, como concessionário de geração de energia elétrica. Assim, do início do século XX até a Constituição de 1934, duas tradições distintas – mineração e energia – são equiparadas e possuem, rigorosamente, a mesma regulação e o mesmo propósito, qual seja, a gestão de um bem de relevância social[47]. Em ambos os casos é a União a única titular, a única competente para legislar e regular

---

44 O sistema fundiário, também chamado de regime da acessão, confere um domínio ilimitado ao dono do solo, sob o argumento de que o subsolo é apenas um acessório do solo e que, por isso, deve seguir a propriedade principal.

45 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Monopólios, serviços públicos e atividades econômicas** – a formação histórica das regulações setoriais (mineração, petróleo e energia elétrica). Trabalho inédito.

46 Lei 1.316/1904 e Decreto 5.646/1905.

47 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Monopólios, serviços públicos e atividades econômicas** – a formação histórica das regulações setoriais (mineração, petróleo e energia elétrica). Trabalho inédito.

estas atividades. Tanto é idêntico o propósito dos dois setores, que até mesmo os códigos instituídos são irmãos: o Código de Minas é o Decreto 24.642 e o Código de Águas, o Decreto 24.643, de mesma data, a saber, 10 de julho de 1934.

Em 1938, ocorre o destaque das atividades de lavra do petróleo, pelo Decreto Lei nº 366/38. A primeira regulação específica do petróleo deu-se pela criação de um capítulo específico, inserido no Código de Minas. Até o presente momento, energia elétrica, petróleo e mineração estão umbilicalmente ligados ao mesmo princípio norteador: a gestão de um bem conforme sua utilidade pública.

É a partir de 1938 que a perquirição da utilidade pública passa a criar peculiaridades próprias para cada setor. O setor de petróleo, ainda vinculado ao Código de Minas de 1934, a partir do Decreto nº 4.071/39, passa a ter uma minuciosa regulação do pós-lavra, abrangendo o transporte:

> Art. 5º As empresas constituídas ou que se constituem para transporte a granel de qualquer das mercadorias parágrafo único do art. 1º, de sua propriedade ou verão requerer a autorização prévia de que trata instruindo o seu requerimento com os dado e informação seguintes:
>
> a) número, capacidade e tipo de veículos especializados para transporte urbano ou rodoviário:
>
> b) número, capacidade e tipo de vagões tanque para transporte urbano ferroviário;
>
> c) número, arqueação e tipo de navio tanque para transporte fluvial ou marítimo:
>
> d) projeto e descrição de oleodutos a construídos, ou a construir como os dados técnicos indispensáveis;
>
> e) indicação das estradas de rodagem e de ferro utilizadas para o transporte, bem como dos núcleos de população.

E o refino, apenas para citar algumas das atividades de pós-lavra reguladas ainda em 1939:

> Art. 9º Para a instalação de refinarias de petróleo bruto e seus derivados, e, bem assim, de destilarias de rochas betuminosas, e

> piro-betuminosas, os interessados deverão requerer prévia autorização ao Conselho Nacional do Petróleo, instruindo as respectivas informações e documentos (...)

No setor elétrico, o Decreto 852/38 institui a necessidade de autorização, para a transmissão e distribuição de energia, estendendo a regulação do para todas as atividades do setor:

> Art. 5º Dependem, em todo o tempo, exclusivamente, de autorização ou concessão federal o estabelecimento de linhas de transmissão ou redes de distribuição de energia.

Neste ponto, é importante frisar que, a rigor, não há distinção ontológica entre os setores de mineração, energia elétrica e petróleo. O mesmo conceito de utilidade pública permitiu o avanço da regulação do pós-lavra para as atividades do petróleo e energia elétrica, ao tempo em que a mineração manteve-se alheia à alterações significativas.

A partir da década de 1940, as variações regulatórias começam a especificar as regras para cada setor. Surge um novo código para o setor de petróleo (Decreto-Lei nº 3.236/42) e um novo código de mineração (DL 1.985/40). Ao contrário do petróleo, que inovou ao se destacar do Código de Minas e constituir regulação autônoma, o Código de Minas pouco inovou, se comparado ao código de 1934.

Quando da instituição da Constituição de 1946, temos o seguinte contexto:

> (i) O setor de Energia Elétrica desenvolveu-se, havendo regulação por toda sua extensão – geração, transmissão e distribuição - sendo que o Estado atuava em geração e transmissão, sem exclusividade;
>
> (ii) O setor de petróleo, igualmente, foi regulado em toda sua extensão para, após, separar-se do Código de Minas e tornar-se legislação autônoma;
>
> (iii) O setor de mineração, salvo algumas alterações, permaneceu com a regulação de 1934, a mesma regulação que propiciou o

desenvolvimento do setor de petróleo e energia elétrica.[48]

De modo que a mesma base constitucional, a mesma categoria jurídica norteadora dos serviços de utilidade pública e a mesma inspiração em desenvolver planos nacionais dão ensejo a três vertentes de regulação que, se na década de 1930 possuíam normatização homônima, passam gradativamente a se diferenciar.

A constituição de 1946 e as seguintes décadas de 1950 e 1960 forjaram a atual teoria regulatória, que cinde a mineração, o setor elétrico e o setor de petróleo[49]. Dissociados, ficou o petróleo sob o signo do monopólio; a energia elétrica sob o signo da concessão de serviço público e da empresa estatal[50]; enquanto a mineração, até hoje, permanece sob o signo da Autorização de Pesquisa e Concessão de Lavra, com exceção da exploração de minérios nucleares.

Apesar da maior estabilidade da regulação do setor minerário, é importante notar que, durante o século XX, a propriedade do produto da lavra é uma questão de oportunidade legislativa, mais do que um óbice intransponível à mudança regulatória. Isto porque, não obstante, as poucas mudanças verificadas do início do século até hoje, vários setores específicos da mineração foram destacados e receberam regulação própria, que flexibiliza,ou até mesmo elimina, a regra geral ora disposta no artigo 176, da Constituição Federal.

O primeiro e clássico exemplo da superação da propriedade do produto da lavra é o própria lavra do petróleo que, destacando-se do Código de Minas, tornou-se monopólio da União, intensamente regulado em toda sua extensão. Mas não é só a regulação do petróleo que superou o princípio da propriedade da lavra e recebeu regras de regulação do pós-lavra. Em verdade, todos os minerais que se destacaram como estratégicos à nação tiveram, ao menos enquanto perduraram as necessidades, uma regulação de

---

48 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Monopólios, serviços públicos e atividades econômicas – a formação histórica das regulações setoriais (mineração, petróleo e energia elétrica). Trabalho inédito.

49 Id. ibidem.

50 A partir da década de 1990, com o Plano Nacional de Desestatização (PND), o cenário traçado para o setor elétrico e o setor de petróleo são novamente alterados, aproximando novamente os dois marcos regulatórios.

pós-lavra. Damos alguns exemplos:

> Decreto Lei nº 466/38
>
> Art. 1º A garimpagem, o comércio de pedras preciosas e o estabelecimento e atividade comercial das lapidações, ficam subordinados às prescrições deste decreto-lei.
>
> Art. 8º. Podem comprar pedras preciosas em bruto:
>
> a) as cooperativas de garimpeiros, quando autorizadas, especialmente, por decreto do Presidente da República;
>
> b) as pessoas físicas ou jurídicas, de reconhecida idoneidade moral, provada com documentos julgados aptos pelo Ministério da Fazenda e desde que tenham depositando no Tesouro Nacional ou nas delegacias fiscais, para garantia de fiel execução das obrigações do ofício, a caução de cinco contos de réis (5:000$000);
>
> c) independentemente de decreto de autorização, os lapidadores, fabricantes e comerciantes de jóias e obras de ourives;
>
> Art. 13. As pedras preciosas garimpadas só poderão ser vendidas pelos garimpeiros a compradores autorizados, a lapidários, a fabricantes e comerciantes de jóias e obras de ourives, legalmente estabelecidos.
>
> Art. 59. O Governo Federal, quando julgar conveniente, poderá instituir o monopólio da compra de pedras preciosas nas zonas de garimpagem, a bem da defesa dos interesses econômicos do país e da proteção aos garimpeiros.

> DL 3.076/41 – exportação de quartzo
>
> Art. 3º A exportação para o exterior, dos cristais das classes A, B e C, só poderá ser feita por preços não inferiores aos constantes de tabelas organizadas ou aprovadas pelo Conselho Federal de Comércio Exterior.
>
> Art. 7º A exportação do quartzo para o exterior só será permitida pelos portos do Rio de Janeiro e Salvador.

> DL 3.605/41: Art. 1º Enquanto não se normalizar a situação do mercado interno, fica reservada a produção do carvão extraído

> das minas situadas no Estado de Santa Catarina ao consumo do país.
>
> DL 4.613/42: Considerando que o suprimento de carvão nacional às empresas de transportes marítimos e terrestres, às que fabricam gás e à. que executam serviços de utilidade pública, impõe a adoção de medidas acautelatórias para a garantia de tais atividades;
>
> Considerando que é de toda a conveniência estabelecer-se o racionamento desse combustível, afim de que não se venha a verificar qualquer desequilíbrio nessas atividades;
>
> Considerando que, para esse fim, se torna imprescindível atribuir-se a um só órgão da administração pública o controle das medidas decorrentes desse racionamento; e usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição, decreta:
>
> Art. 1º Fica instituída, como medida de emergência, a entrega obrigatória ao Governo Federal de todo o carvão nacional destinado ao mercado brasileiro, fora dos Estados produtores.

Diante da constatação (i) que todas essas regulações específicas permaneceram em vigor, ao mínimo, até a década de 1960 (algumas, como é o caso do DL nº 3.605/41 e DL 4.613/42, sequer possuem revogação expressa) e (ii) que há substancial semelhança entre as Constituições de 1946[51] e 1988[52], em tema de exploração de recursos minerais, cabe indagar

[51] Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano;

Art. 152 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Art. 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.

[52] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os

se a intervenção do Estado na exploração dos recursos minerais (art. 176, CF) pode abranger, também, o pós-lavra de atividades que se façam contemporaneamente estratégicas. Valendo-se das experiências passadas supracitadas, bem como a atual regulação do petróleo e dos minérios nucleares, a instituição de normas para o pós-lavra não configura uma usurpação da propriedade privada, mas, sim, a instituição de uma forma de gestão específica para determinados bens de interesse público[53].

Por fim, voltamos à última questão posta, que é a volatilidade das economias fundadas em *commodities*. Para superar a oscilação dos preços, então, seria legítima a adoção de medidas de controle de mercado e de circulação de bens? Juridicamente, demonstramos que a leitura do artigo 176, da Constituição Federal, permite a regulação do pós-lavra. A viabilidade e os benefícios econômicos de tal alteração, contudo, superam os objetivos deste trabalho.

Apenas para exemplificar as potencialidades da regulação do pós-lavra para o setor minerário, nos últimos anos, as *commodities* passaram a representar quase 50% (cinquenta por cento) de todas as exportações do Brasil[54]. A centralização da economia em alguns poucos produtos é sinal do enfraquecimento de outros setores da economia, trazendo, ainda, grandes incertezas para o país, que se verá refém de sua própria balança comercial, caso reduzam-se os preços das *commodities*. Não seria o caso de restringir a exportação aberta de produtos não-beneficiados?

Representando 14% (quatorze por cento) de toda exportação brasileira[55], o minério de ferro é exportado como uma *commoditie*, com baixo valor

---

ditames da justiça social (…);

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.

[53] LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Monopólios, serviços públicos e atividades econômicas** – a formação histórica das regulações setoriais (mineração, petróleo e energia elétrica). Trabalho inédito.

[54] LAMUCCI, Sérgio. Cinco commodities garantem 43% da exportação do Brasil. Valor Econômico. Disponível em http://www.valoronline.com.br/impresso/vale/1902/367747/cinco-commodities-garantem-43-da-exportacao-do-brasil. Último acesso em 29.1.2011.

[55] Ob. cit.

agregado e sujeito à maior volatilidade dos preços. Uma alteração na regulação, que vincule parte do minério para dar ensejo ao desenvolvimento da indústria siderúrgica, possibilitaria o beneficiamento do minério, substituindo as exportações da commoditie pela exportação de produtos de maior valor agregado e que possuem estabilidade de preços.

Por fim, a regulação do pós-lavra apresenta uma vantagem se comparada à atual regulação de pré-lavra, uma vez que não onera o minerador durante a fase de alto risco da pesquisa mineral. Somente configurada a viabilidade econômica da atividade é que o agente minerador arcará com os encargos de uma eventual regulação pós-lavra, sempre sendo observado o necessário retorno financeiro almejado pelo ente privado, ao tempo em que se catalisa os benefícios da atividade mineradora, para a concretização do interesse nacional constitucionalmente estabelecido.

Necessariamente, as propostas de alteração da regulação do setor minerário configuram-se como novos custos para a o exercício da atividade empresária, se comparadas à atual forma de exercer a mineração. Não obstante, verificado o interesse político em alterar a regulação minerária, inclusive aumentando-se os valores cobrados como *royalties*, cremos que uma maior onerosidade das atividades do setor não só é inevitável, mas também benéfica à própria mineração e ao interesse nacional, que dela deve ser extraída. Não se trata de instituir novos instrumentos de regulação e, ao mesmo tempo, aumentar a carga tributária sofrida pelos agentes mineradores, mas, tão-somente, apresentar novas formas de atuação legislativa, para que o setor minerário não fique adstrito a debater, no escopo jurídico, qual será a porcentagem de royalties cobrada da atividade de mineração.

Referências bibliográficas:

ARENDT, Hanna. **A condição humana.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório:** elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Departamento Nacional de Produção Mineral. Disponível em: <http://www.dnpm.gov.br>.

ENRÍQUEZ, Maria Amélia. **Mineração: maldição ou dádiva?** São Paulo: Signus, 2008.

FREIRE, William. Regime jurídico dos recursos minerais no direito brasileiro: regime constitucional brasileiro e aproveitamento das riquezas minerais. Revista Jurídica da Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_84/Artigos/PDF/WilliamFreire_rev84.pdf.> Acesso em: 26 jan. 2011.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GLOBAL FINANTIAL STABILITY REPORT. Washington, DC: IMF, 2008.

HAVRO, Goril; SANTISO, Javier. **To benefit from plenty: lessons from Chile and Norway.** OECD, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1318163>.

HERRMAN, Hildebrando. **Legislação mínero-ambiental para aproveitamento de agregados.** Disponível em <http://www.cetec.br/agregados/conteudo/Contribui%C3%A7%C3%A3o%20Hildebrando%20Herrmann.PDF>. Acesso em: 1 fev. 2011.

HODGE, R. Anthony. **Post Mining Regeneration Best Practice Review**: North American Perspective. Sheffield: University of Sheffield, 2003.

INDEX MUNDI. Disponível em: <http://www.indexmundi.com/pt/pre%E7os-de-mercado/?mercadoria=min%c3%a9 rio-de-ferro&meses=360.

IPEA. **Marcos Regulatórios no Brasil:** Revendo o Papel do Estado após a Crise Financeira. Org. SALGADO, Lúcia Helena; FIUZA, Eduardo. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: M Fontes, 1998.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Monopólios, serviços públicos e atividades econômicas** – a formação histórica das regulações setoriais (mineração, petróleo e energia elétrica). Trabalho inédito.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2010.

Senado. Agência de Notícias. Novo marco regulatório da mineração deverá ser proposto ao Congresso no primeiro semestre. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=106696&codAplicativo=2&parametros=Novo+marco+regulat%C3%B3rio+da+minera%C3%A7%C3%A3o.> Acesso em: 28 jan. 2011.

SERRA, Silvia Helena. **Direitos minerários:** formação, condicionamentos e extinção. São Paulo: Signus Editora, 2000.

SINNOTT, Emily; NASH, John; de la TORRE, Augusto. **Natural Resources in Latin America and the Caribbean:** Beyond Booms and Busts?. Washington, D.C.: IMF, 2010.

Transparency International. Revenue Watch Index. **Transparency:** Government and the oil, gas and mining industries. Disponível em: <http://www.revenuewatch.org/rwindex2010/index.html>. Acesso em 17 jan. 2011.

Valor Online. **Cinco commodities garantem 43% da exportação do Brasil.** Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/impresso/vale/1902/367747/cinco-commodities-garantem-43-da-exportacao-do-brasil.>.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória.** São Paulo: RT, 2001. p. 385-386.