

A mineração nas constituições brasileiras

*A participação do capital estrangeiro
no setor mineral*

ALFREDO RUY BARBOSA

Julho-88

"A MINERAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS"

A PARTICIPAÇÃO DO CAPITAL ESTRANGEIRO NO SETOR MINERAL

*Alfredo Ruy Barbosa**

"Em todas as lutas e disputas que nos últimos anos ocorreram nesta parte do mundo, julgo que, embora alegassem objetivos altos e espirituais, o fim verdadeiro era o Ouro, a Grandeza e a Glória."

Arcebispo de Canterbury (1690)

INTRODUÇÃO

Segundo ATTÍLIO VIVACQUA, "a mineração começou no dia em que o homem colheu a flor da terra, a primeira gema preciosa ou o primeiro fragmento aurífero que lhe fulguraram aos olhos curiosos e admirados".

A história do Homem pode ser acompanhada através dos ciclos das descobertas minerais. O ouro, a prata, o diamante, o ferro, o carvão, o estanho e o cobre, uns pelo seu elevado valor, outros pela sua utilidade, exerceram função de relevo na economia e no progresso da maioria das nações.

O ouro foi o primeiro metal trabalhado pelo homem e, também, o que maior fascínio exerceu sobre os povos através da história. Precisando sempre de dinheiro para fazer suas guerras e para girar a roda do comércio e da indústria, os governos dos séculos XVII e XVIII adotaram as teorias mercantilistas, segundo as quais o poder de um Estado era proporcional ao número de barras de ouro que possuísse. Quanto mais ouro detivesse um país, mais rico e poderoso ele seria. O que se aplica às pessoas, aplica-se também às nações, diziam os mercantilistas.

Em nossos dias, as condições básicas da existência humana dependem cada vez mais da utilização dos recursos minerais, que contribuem com os combustíveis necessários para a geração de calor, luz e energia. É também das minas que vêm os materiais para a fabricação de máquinas, amamentos, veículos, instrumentos de trabalho, utensílios científicos e domésticos, objetos de arte e ornamentação.

A mineração converteu-se em indústria fundamental dos países e hoje ocupa um importante lugar no mundo jurídico, como ramo do direito dos mais influenciados pela evolução técnica, política e social. É que, compreendendo a importância do aproveitamento racional das suas riquezas minerais, os Estados há muito vêm legislando sobre a matéria, procurando tutelar o direito de acesso a essas riquezas de modo a preservar o seu patrimônio mineral. Os recursos do subsolo não são renováveis e, por isso, os países precisam protegê-los para colocá-los ao serviço dos seus povos.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO MINERÁRIO

Afirma, com acerto, ELIAS BEDRAN que "analisar as leis protetoras da mineração é o mesmo que compendiar e dissecar a própria história econômica dos países".

* Advogado. Professor de Direito Constitucional da PUC-RJ e da Faculdade de Direito Cândido Mendes.

Numa síntese histórica, tomando como ponto de partida a antiguidade romana, é possível registrar as seguintes fases evolutivas sofridas pelos sistemas de regência das minas:

- a) o regime da primeira idade romana, no qual os produtos do subsolo se identificavam com os frutos da terra;
- b) o direito romano da República e do Império, em que o regime das minas evoluiu para a regalia;
- c) a idade feudal, na qual os produtos do subsolo subordinavam-se ao direito de senhoria, por meio de concessões especiais, independentes da concessão da superfície;
- d) o período estatutário, no qual a propriedade das minas, atribuída a princípio à comunidade, passou ao domínio do Estado;
- e) o período da domiñalidade absoluta;
- f) o período da liberdade industrial;
- g) o período da publicidade, caracterizado pela preponderância do interesse público através da nacionalização ou da socialização das minas.

Os sistemas que, na atualidade, merecem registro são os seguintes:

1. O **sistema fundiário** ou **de acessão**, que confere ao proprietário do solo toda a matéria mineral contida no subsolo, ou seja, dá ao proprietário da coisa principal a propriedade da coisa acessória. Decorre essa concepção do direito absoluto de propriedade, baseado na fórmula "*usque ad coelum et usque ad inferos*", que abrange o solo, o subsolo e o espaço aéreo. Esse foi o regime adotado na nossa Primeira República, consagrado na Constituição de 1891 (art. 72 § 17). É a noção tipicamente individualista da propriedade, acolhida na Inglaterra e, com adaptações, nos Estados Unidos.
2. O sistema **dominial** ou **regaliano** que sustenta o princípio de que as minas são propriedades do Estado, que age em nome da coletividade. Parte do pressuposto de que o proprietário do solo em nada contribuiu para a existência da jazida, que, por isso, é considerada como riqueza comum, ao alcance de todos, por via de concessão a particulares, pelo Estado, do direito de exploração do subsolo. O Estado, como cedente, recebe uma participação regaliana, que, no Brasil Colônia, ficou conhecida como o "quinto". Foram as chamadas derramas – cotas extraordinárias reclamadas pela Coroa – que impulsionaram o movimento que se tornou célebre como a "Inconfidência Mineira".
3. O sistema industrial ou da "*res nullius*", que considera as minas, antes da concessão, não como bens, mas como **coisas (res)**, que só adquirem o caráter de bens quando, pela concessão, passam a integrar o patrimônio individual. As minas não concedidas pertencem a todos, sem distinção; qualquer pessoa pode requerer a sua exploração e obtê-la. As substâncias minerais são consideradas como "*res nullius*", mas a exploração das mesmas fica condicionada à outorga de um título, pelo Estado, ao descobridor das jazidas. Nesse caso, o Estado age na qualidade de representante dos interesses gerais da coletividade, exercendo funções de caráter econômico por meio da fixação das condições em que deve desenvolver-se a exploração, uma vez concedida.
4. O sistema da **ocupação**, que é uma variação do sistema da "*res nullius*", excluída, no entanto, a intervenção do Estado, já que reconhece a possibilidade de o descobridor da mina ou seu primeiro ocupante tornar-se proprietário das riquezas do subsolo e realizar a exploração das mesmas.
5. O sistema da **concessão**, que se baseia no princípio de que as minas são de exclusiva propriedade do Estado, que é substituído pelo concessionário apenas na exploração industrial da mina. A jazida é considerada parte distinta do solo onde está encravada, cabendo ao Estado regular e fiscalizar a sua exploração.

Na realidade, todos esses sistemas se reduzem a duas grandes categorias: a do direito

privado, que exclui a intervenção do Estado, não distinguindo a propriedade da superfície da do subsolo e a do direito público, em que o Estado é o proprietário das minas ou titular de outros direitos reais ou pessoais sobre a mina, exercendo-os, contudo, em nome e de acordo com os interesses da coletividade.

AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O SETOR MINERAL

O direito positivo brasileiro sobre as minas evoluiu do regime regaliano da Coroa e do Império para o regime fundiário da Primeira República, chegando ao regime do domínio federal sobre os minérios, através do sistema de autorização e concessão, com direito de preferência ao proprietário do solo, na Constituição de 1946, substituído, na Constituição de 1967, pelo direito de participação no resultado da lavra, regime esse mantido pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

O art. 168 da Constituição ainda em vigor fixa as bases legais do atual sistema minerário brasileiro, complementadas pelas normas do Código da Mineração (Dec. Lei nº 227, de 28.02.67), modificado pelos Dec. Leis 318 e 330, ambos de 1967, e pela Lei nº 6.567, de 24.09.78.

A CONSTITUIÇÃO DE 1891

Na Constituição de 1891 adotou-se o sistema da acessão, conferindo-se a propriedade do subsolo ao proprietário da superfície. Esse princípio estava originalmente lavrado nos seguintes termos:

Art. 72 – O direito de propriedade mantém-se em toda a plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.”

O parágrafo 18 do Projeto de Constituição submetido pelo Governo Provisório ao Congresso Constituinte, através do Decreto nº 914-A, de 23 de outubro de 1890, não fazia qualquer referência à propriedade das minas, inclusão essa que resultou de um aditivo apresentado pelo Senador José Higino.

Em 1915, a Lei Calógeras procurou atenuar o rígido princípio da acessão, estabelecendo os casos e condições mediante os quais a mina poderia ser explorada por terceiros, que não o proprietário da superfície, mas esse esforço de agilização do aproveitamento das riquezas do subsolo ficou anulado pelo Código Civil, que veio a lume em 1916.

Mais tarde, em 1921, a chamada Lei Simões Lopes, numa antevisão do direito atual, tentou reafirmar a possibilidade de terceiros não proprietários da superfície virem a ter acesso às riquezas do subsolo. Essa Lei, que separava as minas da propriedade do solo, na verdade procurava dar um melhor desdobramento ao preceito do Art. 810, IV, do Código Civil, que dizia:

“Art. 810 – Podem ser objeto de hipoteca:

... .

IV – As minas e pedreiras, independentemente do solo onde se acham.”

A reforma constitucional de 1926 manteve, contudo, o sistema da acessão, mas introduziu uma restrição à participação de estrangeiros na exploração mineral, assim definida:

“Art. 72 –

§ 17 - ...

a) ...

b) *As minas e jazidas minerais necessárias à segurança nacional e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros.*"

A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 consagrou o princípio da separação da propriedade mineral, nos seguintes termos:

"Art. 118 – O aproveitamento industrial das minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito da exploração ou aproveitamento industrial.

Art. 119 – O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei."

A amplitude absoluta que caracterizava o conceito de propriedade (usar, gozar e dispor dos bens) foi submetida à prioridade dos interesses sociais e coletivos. Sofria, assim, uma séria derrota o individualismo acirrado, que tantos entraves causara ao desenvolvimento da mineração em nosso país.

Como afirmou PRADO KELLY, a Carta de 34. "fez uma revolução branca ao estabelecer que as minas e jazidas constituem propriedade distinta da do solo. A definição de que jazida é bem imóvel não integrante do solo representa a pedra angular onde, por assim dizer, repousa toda a legislação de minas, visto que a propriedade do solo já não abrange a do que lhe está superior e inferior em toda a altura e em toda a profundidade, com aquele caráter despótico e absoluto".

A configuração do direito da propriedade, em face do art. 526 do Código Civil, teve de suportar a restrição constitucional que lhe impôs a evolução dos fatos jurídicos. Esse artigo do Código Civil agasalhava a teoria que fundamenta o sistema fundiário, baseado no princípio da acessão do direito civil, que confere a propriedade da coisa acessória ao proprietário da coisa principal. Fixava, porém, o texto constitucional a preferência do proprietário do solo na exploração dos recursos do subsolo.

A Constituição de 1934 eliminou a restrição introduzida pela reforma constitucional de 1926, passando a permitir a participação de estrangeiros na exploração mineral, desde que organizados numa empresa nacional.

O princípio estava assim estabelecido:

"Art. 119 – ...

§ 1º – As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou coparticipação nos lucros."

Ora, a expressão "empresas organizadas no Brasil" não representava qualquer óbice para o investidor estrangeiro, pois bastava que constituísse uma sociedade no país, sem quaisquer requisitos especiais, para que a empresa assim organizada fosse considerada brasileira.

A Constituição de 1934 trazia um outro princípio, que, no entanto, jamais chegou a ser implementado: o da nacionalização das minas e jazidas minerais.

Estava, assim, definido no mesmo art. 119:

"§ 4º – A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País."

O mesmo princípio figuraria com todo vigor, e até ampliando, na Constituição de 1937, sendo abandonado nas Constituições de 1946 e nas seguintes.

Os que hoje combatem a nacionalização **parcial** do setor mineral, aprovada pela Assembleia Constituinte de 1988, devem refletir sobre aquela **nacionalização total** pretendida pelos constituintes de 1934 e pelo Estado Novo em 1937...

A CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição de 1937 manteve o princípio da separação das duas propriedades, a do solo e a do subsolo, a preferência do superficiário na exploração mineral e o regime de concessão federal, nos seguintes termos:

"Art. 143 – As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal."

§ 1º A autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros."

A Carta de 37 trazia uma inovação: restringia a participação de estrangeiros na exploração industrial das minas e jazidas minerais, ao estabelecer que a autorização federal para esse aproveitamento só poderia ser concedida "a brasileiros ou empresas constituídas por brasileiros". Tal como a Carta de 34, fixava também a política de nacionalização das minas e jazidas minerais consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país, princípio que, mais uma vez, caiu no esquecimento.

O período do pós-guerra propiciou a reabertura das nossas fronteiras para o capital estrangeiro, sob o impulso das idéias liberais que inspiraram a redemocratização do país em 1946.

A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Com o advento da Constituição de 1946, logo após a II Guerra Mundial, ficaram revogadas todas as leis ordinárias que estabeleciam restrições para a participação de estrangeiros como sócios ou acionistas de sociedades destinadas ao aproveitamento dos recursos minerais.

A Carta de 1946 estabelecia que:

"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 reguladas de acordo com a natureza delas."

Reabria-se o setor mineral ao capital estrangeiro, que mais uma vez, podia organizar sociedades no país, sem qualquer restrição, para explorar o subsolo nacional.

Em 3 de maio de 1961, o Senador Gabriel Passos apresentou projeto de Emenda Constitucional, que recebeu o número 14 no Congresso Nacional, propondo a alteração do art. 152 da Constituição de 1946, com o objetivo de restabelecer o princípio enunciado na Constituição de 37. No seu projeto, subscrito por 9 parlamentares, sugeria a seguinte redação para o § 1º do art. 153:

"Art. 153 – ...

§ 1º – As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades essencialmente brasileiras. É considerada brasileira a sociedade de ações nominativas com, pelo menos, 70% do seu capital pertencentes a brasileiros ou a pessoas efetivamente domiciliadas no Brasil, e que não tenha qualquer ligação de dependência ou subordinação a capitais estrangeiros e que seja dirigida exclusivamente por brasileiros."

Na defesa do seu projeto, argumentava o ilustre parlamentar:

"Uma companhia 'estrangeira' não pode explorar as nossas riquezas minerais, segundo a regra constitucional vigente; entretanto, como a nossa descuidada e ineficiente legislação admite que 'brasileira' é a sociedade constituída no Brasil, vem um grupo estrangeiro (...) e constitui no Brasil uma empresa na qual ele tem 94% das ações (...). Ali está formada a sociedade 'brasileira'. Brasileira por todos os efeitos, embora seus interesses monopolistas estejam em antagonismo com os da economia ferrífera do Brasil. Pelo sistema 'holding', essa empresa se multiplica em inúmeras outras 'brasileiras', cada qual tomando uma posição explorativa na economia nacional."

Embora mantendo o princípio da separação da propriedade do solo da do subsolo, a Constituição de 1946 consagrou de vez o direito de preferência, em favor do proprietário da superfície, para explorar os recursos minerais. A solução era de natureza conciliatória, buscando equilibrar os interesses do superficiário com os do legislador do Código de Minas, pois, possuindo a preferência, não poderia o proprietário reclamar se não desejasse exercer esse direito; a União, nesse caso, atribuiria a terceiros a exploração das jazidas.

O direito de preferência trouxe sérios entraves à mineração brasileira, como demonstra a preocupação do Presidente da República, GETÚLIO VARGAS, ao enviar mensagem ao Congresso Nacional indicando a necessidade urgente de se regulamentar esse direito, a fim de se "evitar atrasos nos processamentos das autorizações de pesquisa ou concessões de lavra". A mensagem visava, também, excluir dessa seara os recursos minerais considerados estratégicos, como já ocorria com o petróleo e com as substâncias de interesse para a energia atômica.

A CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Constituição de 1967 trouxe outra novidade, assim delineada:

"Art. 161 – As jazidas, minas e demais recursos minerais e as potências de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial."

§ 1º – A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º – É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma de indenização.

§ 3º – A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.”

A inovação introduzida pela Carta de 67 consistia na abolição do direito de preferência do proprietário e sua substituição por uma participação no resultado da lavra.

Excluiu-se qualquer forma de atribuição estadual para autorizar pesquisa ou conceder lavra, competindo só à União legislar sobre “jazidas, minas e outros recursos minerais” (Art. 8º – XVIII, h). Ficaram, assim, concentrados no Governo Federal todos os poderes normativos e executivos em matéria de mineração. Quanto à participação de empresas estrangeiras na exploração mineral, a Constituição de 1967 simplesmente repetiu as disposições da Carta de 46, mantendo o setor aberto ao capital externo.

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1

A Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.69, ratificou os mesmos princípios já consagrados na Constituição de 1967.

CONCLUSÃO

Como vimos, as constituições brasileiras trataram diversamente da questão mineral, ora restringindo a participação de estrangeiros na exploração do subsolo (Cartas de 1891 e 1937), ora franqueando ao capital externo o acesso aos nossos recursos minerais (Cartas de 34, 46, 67/69).

A Carta de 34 estabelecia que as autorizações ou concessões minerais seriam conferidas exclusivamente a brasileiros ou a “empresas organizadas no Brasil”, princípio novamente incorporado à Constituição de 46 após o interregno da Carta de 37.

Ora, como bem o sabemos, “empresas organizadas no Brasil” não são, necessariamente, “brasileiras”. Pelo sistema “holding”, uma empresa constituída com capital e interesses estrangeiros pode controlar um sem número de “empresas brasileiras”.

A Constituição de 37 determinava que as concessões minerais só poderiam ser concedidas “a brasileiros ou **empresas constituídas por acionistas brasileiros**”, o que não eliminava de todo o problema mas, sem dúvida, criava um desconforto para o capital estrangeiro.

Mas as Constituições de 46 e 67 reintroduziram o princípio consagrado na de 34, de permitir concessões a “**brasileiros ou a sociedades organizadas no país**”, mantido também na Emenda Constitucional nº 1/69 ainda em vigor.

Esse princípio determina um curioso paradoxo: um estrangeiro sozinho não pode exercer atividade mineral no país, mas dez, cem ou mais estrangeiros, organizados numa “sociedade brasileira”, podem explorar livremente o subsolo do país.

Por outro lado, jamais foi regulamentado o princípio introduzido em nosso direito mineral pela Constituição de 34 e mantido pela de 37, mas estranhamente abandonado na Carta de 46 e nas demais que a sucederam: o da **nacionalização das jazidas e minas**.

A preservação do subsolo como patrimônio vital da nação dará uma nova dimensão à economia do país e permitirá enfrentar com melhores armas a terrível competição que os grupos estrangeiros desenvolvem no setor mineral, gozando do privilégio de poder explorar, em igualdade de condições com o capital nacional, qualquer jazida existente no território brasileiro.

Alguns brasileiros não compreendem qualquer solução para o nosso país fora do capital estrangeiro. Outros pregam remédios isolacionistas, mas alguns pensam como o Ministro OSWALDO ARANHA, para quem o Brasil poderia abrir suas portas ao capital externo desde que conservasse as chaves na mão.

O fato é que, mesmo entre aqueles que defendem a participação do capital externo no setor mineral, muitos reconhecem que precisamos de controles sobre os movimentos desse capital para que ele se mantenha nos estritos limites de um mero investimento, sem contaminar com seus interesses as decisões e os rumos da nossa economia setorial.

A mineração pode introduzir novas e poderosas energias no organismo da Nação e despertar fundadas esperanças nas possibilidades do país. Ela pode desempenhar um papel preponderante no projeto econômico nacional desde que o seu arcabouço jurídico possibilite uma exploração racional das nossas riquezas minerais, comprometidas com as prioridades do país e não com objetivos que são ditados fora das nossas fronteiras.

Este é o momento em que estão sendo traçadas as grandes linhas do setor mineral brasileiro. Possuímos riquezas minerais suficientes para instalar parques industriais em todo o país e para exercer um notável papel na economia e na política mundiais. Mas é preciso preservar essas riquezas através de uma legislação voltada para as prioridades do país. O nascedouro dessa legislação será a nova Constituição que ora está sendo votada. Nela serão traçadas as diretrizes básicas, que deverão consolidar e afirmar a soberania da nação sobre os recursos do seu subsolo.

A exploração das riquezas minerais de um país deve estar intimamente vinculada aos interesses exclusivos do seu povo para que possa se constituir na base sólida do desenvolvimento econômico.

Com uma Constituição que assegure o comando interno sobre os destinos da mineração brasileira, terá o país o arsenal necessário para enfrentar as investidas dos interesses externos, que se tomarão cada vez mais renitentes à medida em que forem se exaurindo os recursos minerais do nosso planeta.

O setor mineral brasileiro necessita de uma legislação nacionalista mas sem xenofobia, conforme modelo já seguido pela maioria das nações desenvolvidas, para que possa, finalmente, cumprir o papel de destaque que lhe está reservado na luta pela nossa independência econômica.

Alfredo Ruy Barbosa