



COORD.
CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO
CLARISSA BUENO WANDSCHEER
ORG.
FLAVIA DONINI ROSSITO

MINERAÇÃO E POVOS INDÍGENAS

BRASIL
COLÔMBIA
BOLÍVIA
PERU
EQUADOR

CEPEDIS

Centro de Pesquisa e Extensão
em Direito Socioambiental

www.direitosocioambiental.org

projeto gráfico e capa **FREDE TIZZOT**



Al. Dom PedroII, 44. Batel. Curitiba-PR.
CEP 80.250-210 - Fone: (41) 3223-5302.
contato@arteeletra.com.br

M664

Mineração e povos indígenas: Brasil, Colômbia, Bolívia, Peru e Equador / coordenação de Carlos Frederico Marés de Souza Filho e Clarissa Bueno Wandscheer ; organização de Flavia Donini Rossito. – Letra da Lei, 2016.
122 p.

ISBN 978-85-61651-20-6

1. Exploração de áreas indígenas. 2. Mineração.
I. Souza Filho, Carlos Frederico Marés de. II. Wandscheer,
Clarissa Bueno. III. Rossito, Flavia Donini. IV. Título

CDU 502(8)



COAUTORES E COAUTORAS

ANIBAL ALEJANDRO ROJAS HERNÁNDEZ

Advogado pela Universidade Santo Tomás de Bogotá. Mestrando em Direito Socioambiental pela PUCPR e pesquisador do Grupo de Estudos: “Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica”. Bolsista Capes.

CAMILA LEMOS

Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Taxa de isenção da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES); Especialização em Direito Ambiental pela PUCPR; Graduada em Direito pela PUCPR (2015-2016); Membro da Rede Latino-Americana de Antropologia Jurídica (RELAJU); Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/PR; Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Meio ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica” (PUCPR); Advogada.

CLARISSA BUENO WANDSCHEER

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (2011). Mestrado em Direito Econômico e Social na PUCPR (2003) e Graduação em Direito pela PUCPR (2001). Atualmente é Professora Doutora da Universidade Positivo e integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social – CPJUS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa “Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica” da PUCPR.

ELISA ALBERINI ROTERS

Graduanda em Direito na Universidade Positivo. Participou do PIC-Participação Popular na Criação e Gestão de Unidades de Conservação - ciclo 2015-2016. Estagiária no Tribunal de Justiça do Paraná.

ENER VANESKI FILHO

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento da Universidade Federal do Paraná - PPGMADE – UFPR. Mestre em Desenvolvimento Territorial na América Latina e Caribe pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Pesquisador do Grupo de Estudos “Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica” da Pontifícia Universidade Católica - PUCPR.

FÁBIO REZENDE BRAGA

Mestrando em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Bolsista da Capes. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes - Unit/SE.

JULIANA DE OLIVEIRA SALES

Mestranda do Programa de Pós-graduação em Meio Ambiente e Desenvolvimento da UFPR. Graduada em Direito pela PUCPR. Pesquisadora do grupo de pesquisas “Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica”.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

CARLOS FREDERICO MARÉS DE SOUZA FILHO.....9

1 UMA PEQUENA INCURSÃO HISTÓRICA

CLARISSA BUENO WANDSCHEER.....11

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA DE EXPLORAÇÃO MINERAL

ENER VANESKI FILHO E FÁBIO REZENDE BRAGA.....14

3 A REGULAÇÃO DA EXPLORAÇÃO MINERAL NO BRASIL SEGUNDO AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS

CLARISSA BUENO WANDSCHEER
E JULIANA DE OLIVEIRA SALES.....18

4 DIREITO MINERÁRIO E A LEGISLAÇÃO NACIONAL

CAMILA LEMOS E JULIANA DE OLIVEIRA SALES.....31

5 IMPACTOS DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO MINERAL E MOVIMENTOS DE RESISTÊNCIA

ENER VANESKI FILHO E FÁBIO REZENDE BRAGA.....44

6. ESTUDOS COMPARADOS.....	50
6.1 LEGISLAÇÃO MINERA EM COLOMBIA	
ANÍBAL ALEJANDRO ROJAS HERNÁNDEZ.....	50
6.2 LEGISLAÇÃO MINERA EM BOLÍVIA	
ANÍBAL ALEJANDRO ROJAS HERNÁNDEZ.....	71
6.3 LEGISLAÇÃO MINEIRA NO PERU	
CLARISSA BUENO WANDSCHEER E ELISA ALBERINI ROTERS.....	96
6.4 LEGISLAÇÃO MINEIRA NO EQUADOR	
CAMILA LEMOS, ENER VANESKI FILHO E FÁBIO REZENDE BRAGA.....	106
7. OMISSÕES E INSUFICIÊNCIAS LEGAIS NO BRASIL.....	110
8. AMEAÇAS NO CASO BRASILEIRO.....	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	112
REFERÊNCIAS.....	114

"O Grupo de Pesquisa "Meio Ambiente: sociedades tradicionais e sociedade hegemônica", integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná agradece a Fundação Ford a oportunidade de desenvolver os estudos apresentados neste livro. Foi graças ao apoio da Fundação Ford que houve a participação de estudantes de graduação, mestrado e doutorado nesta pesquisa, facilitando o encontro de outros pesquisadores de outras Universidades, como a Universidade Positivo e a Universidade Federal do Paraná, especialmente os Programas de Pós Graduação em Geografia e Meio Ambiente e Desenvolvimento."

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Carlos Wolkmer

Bruce Gilbert

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Caroline Barbosa Contente Nogueira

Clarissa Bueno Wandscheer

Danielle de Ouro Mamed

David Sanchez Rubio

Edson Damas da Silveira

Eduardo Viveiros de Castro

Fernando Antônio de Carvalho Dantas

Helene Sivini Ferreira

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Joaquim Shiraishi Neto

José Luis Quadros de Magalhães

José Maurício Arruti

Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

Milka Castro

Raquel Yrigoyen Fajardo

Rosembert Ariza Santamaria

Walter Antillon Montealegre

APRESENTAÇÃO

A DEGRADAÇÃO PELA EXTRAÇÃO

A colonização da América Latina se deu pela destruição dos povos e da natureza. Aliás, se deu com a tentativa de usar os povos, destruindo-os, para destruir a natureza. Ambos destruídos, tratou-se de substituí-los por outros povos e outras naturezas. Os povos foram substituídos por gentes sequestradas da África, transformados em escravos modernos, instrumentos exclusivos de produção e reprodução de mercadorias e capital. A natureza foi substituída por monoculturas de produtos de exportação. Nada mudou muito até os dias de hoje.

No processo de destruição da natureza, porém, os minérios não podiam ser substituídos, o que era arrancado, arrancado estava, ficava, como ficou, o buraco, a cicatriz, a desolação. Cinco séculos cavando e removendo montanhas até deixá-las como uma fina casca descartada. Esta destruição se serviu da destruição dos povos da América, quase sem substituição por africanos. A mineração tem sido feita por trabalho escravo, semi-escravo e servil, obrigando, coagindo e impondo a povos indígenas sua transformação em trabalhadores pouco livres, em mineiros.

No século XVI este processo foi chamado por Bartolomé de Las Casas “destruição das Índias”. Se o velho bispo que viveu mais de 90 anos tivesse vivido 500, hoje não estaria admirado das formas grotescas de exploração, que não alteraram muito, mas sim da extraordinária capacidade das gentes e da natureza de ainda existirem e resistirem.

A mineração, ou o extrativismo devastador, esgota as fontes e, mais perigoso que isso, não destrói apenas o que utiliza, gera detritos, resíduos nocivos a todas as vidas, como o acidente de Mariana demonstrou de forma cabal, irrefutável e irreversível.

Esta pesquisa sobre mineração é o terceiro componente de um projeto maior ao lado da Aplicação do Cadastro Ambiental Rural (CAR) e os Povos Tradicionais e da Aplicabilidade da Convenção 169 da OIT na América Latina. O seu desenvolvimento confirmou a grandeza da questão. Seguramente é um dos temas mais preocupantes da atualidade crítica em que vivemos, a extração dos bens chamados não renováveis da natureza estão sob o risco de esgotamento, já é possível conhecer o volume de reservas (assim são clinicamente chamadas) de cada material também clinicamente chamado de útil, daquilo que vira mercadoria e, em consequência, dinheiro, capital. Não se trata só de “extrair” o material “útil”, a devastação que traz ao redor, natural e cultural, é infinitamente maior que o valor econômico retirado e, quase sempre desperdiçado em pouco tempo. Isso vale também para os combustíveis fósseis, para grande parte da produção de energia, mesmo as chamadas limpas, além dos ferros, cobs, ouros, silícios, quartzos, etc.

A questão da mineração na América Latina e sua geração e destruição de riqueza traz muito mais controvérsias do que concordâncias, criando a sensação de que a vida econômica do continente é impossível sem a extração cada vez mais agressiva das riquezas minerais da terra, mesmo ao preço da destruição das gentes, da flora e da fauna. Isso fica claro nos relatórios apresentados, assim como fica claro o muito de pesquisa que falta para termos, pelo menos, ensaios de caminhos de superação. O futuro dirá.

Curitiba, outubro de 2016

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

1 UMA PEQUENA INCURSÃO HISTÓRICA

Clarissa Bueno Wandscheer

A atividade de mineração no Brasil foi parte importante no processo de colonização do território nacional, principalmente, no período da busca pelo ouro no interior do país. Ainda no período colonial, início do século XVIII, as primeiras minas auríferas são descobertas no país e inicia-se um processo de exploração comercial das minas organizado pela Metrópole.

A descoberta do ouro se deu em grande medida pela atividade das “bandeiras paulistas que andavam devassando o interior da colônia à cata de índios destinados ao cativeiro.” (PRADO JR, 2006. p.57). Desde o início da exploração mineral a preocupação foi a arrecadação, não se cogitou da presença de populações tradicionais em áreas exploradas ou em vias de exploração, nem tampouco a necessidade de restauração ou recuperação das áreas degradadas pela abertura da mina.

Diferentemente de outras atividades, no Brasil colônia, “a mineração foi submetida desde o início a um regime especial que minuciosa e rigorosamente a disciplina(va) ”.(PRADO JR., 2006. p.57).

Era permitido que qualquer pessoa se apresentasse para a exploração das minas desde que possuísse número suficiente de escravos para explorá-las. O sistema funcionava da seguinte forma:

(...) para dirigir a mineração, fiscalizá-la e cobrar tributo (o *quinto*, como ficou denominado), criava-se uma administração especial, a *Intendência de Minas*, sob a direção de um *superintendente*; em cada capitania em que se descobrisse ouro, seria organizada uma destas intendências que independia inteiramente de governadores e quaisquer outras autoridades da colônia, e se subordinava única e diretamente ao governo metropolitano de Lisboa. (PRADO JR., 2006. p.57).

Esse ciclo econômico colonial foi violento, além da cata de índios para escravidão, da utilização de negros nos trabalhos nas minas, também houve a fixação de uma quota anual mínima que o produto do quinto deveria atingir. A quota estabelecida ficou aproximadamente em 1.500 quilos (100 arrobas) de ouro por ano. “Quando o quinto arrecadado não chegava a estas 100 arrobas, procedia-se ao derrame, isto é, obrigava-se a população a completar a soma.” (PRADO JR., 2006. p.59).

Nesse período, além do ouro, também foi explorado minas de diamantes, que foram descobertas nas mesmas áreas de exploração aurífera. Da mesma forma que na exploração do ouro, a preocupação foi com a arrecadação fiscal e não com o desenvolvimento de técnicas de mineração e capacitação do mineiro para as atividades nas minas. Mesmo porque a essas pessoas submetidas à atividade mineradora não eram reconhecidos direitos, havendo toda ordem de violações como se observa no caso da exploração de diamantes:

(...). E a exploração foi outorgada como privilégio a determinadas pessoas que se obrigavam a pagar uma quantia fixa pelo direito de exploração. Em 1771 modifica-se este sistema, passando a Real Fazenda a fazer ela mesma, diretamente, a exploração. Organizou-se uma *Junta da administração geral dos diamantes*, sob a direção de um intendente, para ocupar-se da matéria. Esta administração, como se dava com as Intendências do ouro, independia completamente de quaisquer autoridades coloniais, e somente prestava contas ao governo de Lisboa. Sua autonomia ainda era maior, porque se estendia soberana sobre todo um ter-

ritório. (...). Havia apenas o Intendente e um corpo submisso de auxiliares que eram tudo aquilo ao mesmo tempo, e que se guiavam unicamente por um regime colocado acima de todas as leis e que lhes dava a mais ampla e ilimitada competência. Na área do Distrito ninguém podia estabelecer-se, nem ao menos penetrar ou sair sem autorização especial do Intendente, e a vida de seus habitantes achava-se inteiramente nas mãos daquele pequeno ré-gulo que punha e dispunha dela a seu talante. Seus poderes iam até o confisco de todos os bens e decretação da pena de morte civil sem forma de processo ou recurso algum. (PRADO JR., 2006. p.63).

Em fins do século XVIII há a decadência da atividade minerária (ouro e diamante) pelo esgotamento das minas de superfície no país. No entanto, não é o fim da exploração mineral no país que com novas tecnologias tem novo auge já no período de independência brasileira e infelizmente não diminuiu os impactos dessa atividade sobre a população nacional.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA DE EXPLORAÇÃO MINERAL

Ener Vaneski Filho
Fábio Rezende Braga

No Brasil, como em muitos outros países, a mineração é realizada por multinacionais. Por ordem decrescente encontram-se a Vale S.A, seguida da Samarco, CBMM, Alunorte, Namisa, Magnesita, Votorantim Metais Zinco, Votorantim Metais Níquel, Hispanobras, BHP Billiton, Mineração Maracá, Kinross Paracatu, MRN, Anglo American, e por fim, a Usiminas. Segue uma tabela (Tabela 1) elaborada por Milanez e Santos (2014, p. 136) para melhor esclarecimento do percentual de exploração dos principais minérios por empresas atuantes no país.

Tabela 1

Cuadro 2: Los minerales y las empresas extractivas en Brasil

MINERAL	EMPRESAS
Hierro	Vale (85%), Samarco (6%), CSN (5%)
Bauxita	MRN (44%), Norks (29%), CBA (17%), Alcoa (12%)
Cobre	Vale (46%), Yamana (39%), Caraíba (14%)
Níquel	AngloAmerican (59%), Votorantim (27%), Prometalica (10%)
Oro	Kinross (29%), AngloGoldAshanti (22%), Yamana (17%), garimpos (12%)

Fuente: DNPM (2010, 2012); IBRAM (2012)

Uma das regiões mais afetadas na atualidade pela mineração desenvolvida pelas citadas empresas privadas é a Ecorregião Aquática Xingu-Tapajós. Composta por 66 municípios, 47 no Estado do Mato Grosso e 19 no Estado do Paraná, perfazendo uma área total de 778.447 km², essa região detém inúmeras comunidades indígenas (cerca de 88 áreas indígenas), bem como comunidades tradicionais que sofrem com o aumento da atividade mineradora na região.

Na década de 70, de acordo com Fernandes et al (2012, p. 60) os projetos desenvolvidos atingiram uma fração muito pequena dos objetivos previstos, mas geraram grandes impactos na Amazônia. A política de incentivos fiscais da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) levou a compra e a ocupação subsequente de grandes porções de terra por diferentes projetos de colonização, provocando alterações no meio ambiente e na vida da população local.

Vale destacar a ligação entre a mineração e a necessária produção energética. O fornecimento de energia é imprescindível para a atividade, o que acarreta uma série de consequências para o território e para a população que vive nele ou no seu entorno. Na Ecorregião Aquática Xingu-Tapajós identificam-se três conjuntos de empreendimentos hidrelétricos: a usina hidrelétrica de Belo Monte, o complexo composto por cinco usinas, no rio Tapajós, município de Itaituba e o grande número de Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCH's). Fernandes et al. (2012, p. 85) entende que

A construção de grandes usinas hidrelétricas causa impactos que começam no seu planejamento, passam pela construção e vão até o período de operação. Existem impactos ao meio ambiente e à população local, impactos concretos como alagamento de florestas, casas e cidades, mas também existem os impactos imateriais como a perda dos laços comunitários, separação de membros da mesma família e destruição de territórios indígenas.

O garimpo definido pela Lei nº 11.685, de 2 de junho de 2008, é outra dimensão da mineração que além de comprometer a integridade

de física do povo local e do seu meio físico, provoca impactos ambientais significativos. Fernandes et al (2012, p. 82) entende que

O garimpo é uma atividade legal, tanto quanto a produção mineral executada por empresas, quando executada conforme procedimentos definidos pela Constituição e pelo Código de Mineração. Entretanto, faz parte da história da colonização brasileira e amazônica o garimpo atuar na maioria das vezes na ilegalidade, e hoje em dia isso é uma realidade nesta região, trazendo graves problemas que emergem dos impactos ambientais e sociais. Entre os garimpos ilegais, avultam os garimpos em Terras Indígenas (TIs) e para os quais não existe título de lavra garimpeira concessionada junto do DNPM. Além dos impactos ambientais negativos da atividade, os garimpos comprometem a integridade física do povo local e do seu meio físico.

Importante destacar a incapacidade política das leis que deveriam assegurar uma mineração responsável. A própria Constituição Federal, no seu artigo 225, § 2º, é base para inúmeros posicionamentos acerca do que se trata um meio ambiente ecológico e equilibrado. Em relação ao desenvolvimento de atividades minerárias é possível verificar no § 2º, do supracitado artigo, a importância da recuperação das áreas atingidas pela atividade. É imprescindível que haja uma solução técnica para quaisquer eventuais danos provocados pela mineração, seja em terras indígenas ou de comunidades tradicionais, ou em qualquer outra.

A fim de fomentar o potencial mineral brasileiro, o governo apresentou em regime de urgência, em junho de 2013, o Projeto de Lei 5.807/2013, ou Marco Regulatório da Mineração, que substituiu o Decreto-Lei nº 227, de 1967. Não basta realizar a atividade sem se quer verificar os possíveis danos decorrentes da mesma. A incapacidade política do ordenamento jurídico é proveniente do *lobby*¹ exercido pelas grandes mineradoras que visam altos lucros para os seus próprios acio-

¹ A palavra inglesa *lobby* atividade de pressão de um grupo organizado (de interesse, de propaganda etc.) sobre políticos e poderes públicos, que visa exercer sobre esta qualquer influência ao seu alcance, mas sem buscar o controle formal do governo; campanha, lobismo.

nistas. O poderoso *lobby* das mineradoras tenta criar obstáculos para uma verdadeira mudança no marco legal.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase), 14 dos 31 deputados da Comissão Especial criada para analisar o Projeto de Lei tiveram, em suas campanhas, doações de mineradoras². Para Raul Silva Telles do Vale³, advogado e membro da equipe do Programa de Política e Direito Socioambiental (PPDS) do Instituto Socioambiental (ISA), hoje quem dita as regras da mineração no Brasil é o mercado internacional, o que não necessariamente atende aos melhores interesses da sociedade brasileira. “Nesse sentido, a proposta vinda do Executivo trazia alguns avanços, um maior controle público sobre a atividade, embora precisasse de aperfeiçoamentos, sobretudo no que diz respeito ao controle social”, afirma. Mas, para ele, não adianta um Estado com poder maior se quem o controla são os interesses privados. A responsabilidade social da empresa é uma mera articulação política para que a empresa sofra o mínimo com as possíveis restrições a exploração mineral.

² Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/digital/136/marco-que-regula-mineracao-brasil-mostra-forca-lobby-de-empresarios/>>.

³ Entrevista concedida a associação REDE Sustentabilidade no dia 16 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://redesustentabilidade.org.br/marco-regulatorio-da-mineracao-entra-em-pauta-e-pode-ser-votado-ainda-neste-semester/>>.

3 A REGULAÇÃO DA EXPLORAÇÃO MINERAL NO BRASIL SEGUNDO AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SEUS DESDOBRAMENTOS

**Clarissa Bueno Wandscheer
Juliana de Oliveira Sales**

A questão sobre o pertencimento das minas e sua exploração no país aparece claramente na Constituição de 1891⁴ como uma prerrogativa do proprietário do solo, com exceção para as minas necessárias à segurança e defesa nacionais, além da restrição da venda ou transferência das áreas com minas para estrangeiros.

Na Constituição de 1934⁵ não há previsão expressa de que as minas e os direitos de exploração são garantidos aos proprietários do solo. Mas

⁴ Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 17. O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

a) A minas pertencem ao proprietario do sólo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas.

b) As minas e jazidas mineraes necessárias á segurança e defesa nacionaes e as terras onde existem não podem ser transferidas a estrangeiros.

⁵ Art 5º - Compete privativamente à União:

(...)

XIX - legislar sobre:

(...)

j) bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração;

(...)

§ 3º - A competência federal para legislar sobre as matérias dos números XIV e XIX, letras c e i , in fine , e sobre registros públicos, desapropriações, arbitragem comercial, juntas comerciais e respectivos processos; requisições civis e militares, radiocomunicação, emigração, imigração e caixas econômicas; riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca, e a sua exploração não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar sobre as mesmas matérias. As leis estaduais, nestes casos, poderão, atendendo às peculiaridades locais, suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta.

consta no texto um detalhamento maior sobre a competência legislativa da matéria. Fica expressa a competência privativa da União para legislar sobre as riquezas do subsolo e mineração e se admite a legislação supletiva ou complementar dos Estados, desde que seja para preencher peculiaridades locais, suprir lacunas ou deficiências da legislação federal.

Inicia-se com a Constituição de 1934 o processo de nacionalização das minas⁶ e a necessidade de autorização ou concessão federal para a exploração das minas e jazidas minerais.

A Constituição de 1946 mantém a tendência iniciada pela constituição anterior, garantindo a prerrogativa legislativa para a União⁷ na questão de riquezas do subsolo e mineração. Prevê expressamente a instituição de impostos pela União⁸ para as atividades de produção, comércio e distribuição de minerais no país.

Essa Constituição também mantém a necessidade de autorização ou concessão⁹ para a exploração dos recursos minerais e deixa ex-

⁶ 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.

§ 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.

§ 5º - A União, nos casos prescritos em lei e tendo em vista o interesse da coletividade, auxiliará os Estados no estudo e aparelhamento das estâncias mineromedicinais ou termomedicinais.

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Art 12 - Os particulares ou empresas que ao tempo da promulgação desta Constituição explorarem a indústria de energia hidrelétrica ou de mineração, ficarão sujeitos às normas de regulamentação que forem consagradas na lei federal, procedendo-se, para este efeito, à revisão dos contratos existentes.

⁷ Art 5º - Compete à União:

(...)

XV - legislar sobre:

(...)

l) riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, floresta, caça e pesca;

⁸ Art 15 - Compete à União decretar impostos sobre:

(...)

III - produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica;

⁹ 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 orga-

presso que essa atividade só poderá ser exercida por brasileiros e sociedades organizadas no país além de garantir direito de preferência para o proprietário do solo, quando este tiver interesse em explorar as minas localizadas em sua propriedade.

A Constituição de 1967 também destina um artigo para a competência legislativa da União¹⁰ para os temas de jazidas, minas e outros recursos minerais. Assim como, a prerrogativa, também da União, para instituir impostos¹¹ sobre extração, circulação, distribuição e consumo de minerais no país.

É na Constituição de 1967 que aparece pela primeira vez a referência de que as jazidas, minas e outros recursos minerais não pertencem ao proprietário do solo, diferentemente do que constava na Constituição de 1891, ou seja, o direito de propriedade do solo se separa do direito de propriedade sobre o subsolo e suas riquezas¹². Garante-se

nizadas 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.

§ 2º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

§ 3º - Satisfeitas as condições exigidas pela lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer nos seus territórios a atribuição constante deste artigo.

§ 4º - A União, nos casos de interesse geral indicados em lei, auxiliará os Estados nos estudos referentes às águas termominerais de aplicação medicinal e no aparelhamento das estâncias destinadas ao uso delas.

¹⁰ Art 8º - Compete à União:

(...)

XVII - legislar sobre:

(...)

h) jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas, caça e pesca;

¹¹ Art 22 - Compete à União decretar impostos sobre:

(...)

X - extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País.

¹² Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais 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 da indenização.

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

§ 4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

ao proprietário do solo direito de participação nos resultados da lavra, prerrogativa que não aparecia nas Constituições anteriores.

Pela Emenda Constitucional de 1969 manteve-se a prerrogativa legislativa sobre mineração e para a instituição de impostos da União¹³. Acrescentou-se a distribuição do valor arrecadado com a tributação sobre as atividades de mineração para os Estados, Distrito Federal, Municípios e Territórios¹⁴.

No texto constitucional de 1969 mantêm-se as demais disposições originárias do texto constitucional de 1967, ou seja, a propriedade distinta do solo e do subsolo, a necessidade de autorização ou concessão federal para a exploração mineral, a prerrogativa de exploração para brasileiros e sociedades organizadas no país e direitos de participação no resultado da lavra pelo proprietário do solo¹⁵.

A Constituição de 1988 é a que mais detalha a atividade mineral no país em comparação com os textos anteriores. No entanto, é importante ressaltar que toda a exploração mineral no país se desenvolveu regida por disciplina infraconstitucional que será tratada a seguir.

¹³ Art 8º - Compete à União:

(...)

XVII - legislar sobre:

(...)

h) jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas, caça e pesca;

¹⁴ Art. 21. Compete à União instituir impostos sobre:

IX - a extração, a circulação, a distribuição ou o consumo dos minerais do País enumerados em lei, imposto que incidirá uma só vez sobre qualquer dessas operações, observado o disposto no final do item anterior.

Art. 26 - A União distribuirá aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos Territórios:

III - noventa por cento por cento do produto da arrecadação do imposto sobre minerais do País mencionado no item IX do artigo 21.

¹⁵ Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais 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 dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas 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 da indenização.

§ 3º A participação de que trata o parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto sobre minerais.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

A Constituição Federal de 1988 inova ao incluir um artigo para indicar quais são os bens da União e entre eles incluem-se os recursos minerais de superfície e de subsolo. Em face disso, se garante aos Estados, Distrito Federal e Municípios direitos de participação no resultado da exploração dos recursos minerais no respectivo território¹⁶. Além disso, manteve-se a prerrogativa legislativa da União sobre jazidas, minas e outros recursos minerais¹⁷ e inclui-se a competência da União para exercer monopólio¹⁸ sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minerais nucleares e seus derivados. E por fim, distribui-se a competência para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e explo-

¹⁶ Art. 20. São bens da União:

(...)

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

(...)

§ 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

¹⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

¹⁸ Art. 21. Compete à União:

(...)

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;

Art. 177. Constituem monopólio da União:

(...)

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

ração de recursos minerais entre União, Estados e Distrito Federal¹⁹ respeitando as delimitações territoriais respectivas.

A questão tributária também está contemplada no atual texto constitucional, uma vez que prevê a possibilidade de instituir impostos sobre as operações relativas a atividades minerais, ou seja, o ICMS estadual conforme artigo 155, §3º²⁰ e impostos de importação e exportação federais conforme artigo 153, I e II.

Nesse texto também está mantido a separação da propriedade do solo dos bens e riquezas do subsolo, com previsão expressa de que os recursos minerais para exploração ou aproveitamento pertencem à União²¹. A restrição para a exploração somente mediante a concessão ou autorização que poderá ser concedida a brasileiro ou empresa constituída sob as leis nacionais e com sede no Brasil.

E é pela primeira vez que consta no texto constitucional que será dada prioridade para as cooperativas para a obtenção de autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas minerais garimpáveis em áreas de atuação da respectiva cooperativa²². Assim como é pela

¹⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...)

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

²⁰ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

(...)

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

²¹ 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.

²² Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na

primeira vez que a Constituição menciona a necessidade de condições especiais a serem cumpridas para a exploração mineral em terras indígenas. Infelizmente, o texto não descreve expressamente quais seriam essas condições, somente que é necessária lei²³ específica e autorização exclusiva do Congresso Nacional²⁴ para exploração, pesquisa e lavra de riquezas minerais em terras indígenas.

A Constituição de 1988 inova ao incluir preocupações com a questão da mineração que não aparecem nos textos constitucionais anteriores. O artigo 225²⁵ garante o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com responsabilidade de todos, Poder Público e coletividade, de modo que as áreas degradadas pela exploração mineral deverão ser recuperadas. Além de exigir a recuperação das áreas degradadas pela extração mineral.

Art.225 (...) §2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

²³ 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.

²⁴ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
(...)

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

²⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

Diante desses dispositivos constitucionais, em 2001 foi instituído um manual pelo Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos, Programa de Proteção Melhoria e Qualidade Ambiental e pelo IBAMA, com o objetivo de estabelecer normas e procedimentos para o licenciamento ambiental de empreendimentos no setor de extração mineral, com objetivo de padronizar critérios técnicos para análise e concessão do licenciamento e inspeção²⁶.

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, tem como princípio a recuperação de áreas degradadas conforme artigo 2º²⁷. E o Decreto nº 97.632, de 10 de abril de 1989, foi criado com objetivo de complementar e regular o respectivo artigo, tratando de um assunto importante e determinante para licenciamento, a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório do Impacto Ambiental. Observa-se:

Art. 1º Os empreendimentos que se destinam à **exploração de recursos minerais** deverão, quando da apresentação do Estudo de Impacto Ambiental - EIA e do Relatório do Impacto Ambiental - RIMA, submeter à aprovação do órgão ambiental competente, **plano de recuperação de área degradada**.

Parágrafo único. Para os empreendimentos já existentes, deverá ser apresentado ao órgão ambiental competente, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir da data de publicação deste Decreto, um plano de recuperação da área degradada.

Art. 2º Para efeito deste Decreto são considerados como degradação os processos resultantes dos danos ao meio ambiente, pelos quais se perdem ou se reduzem algumas de suas propriedades, tais como, a qualidade ou capacidade produtiva dos recursos ambientais.

²⁶ Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/MANUAL_mineracao.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2015.

²⁷ Art 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

(...)

VIII - recuperação de áreas degradadas;

Art. 3º A recuperação deverá ter por objetivo o retorno do sítio degradado a uma forma de utilização, de acordo com um plano preestabelecido para o uso do solo, visando a obtenção de uma estabilidade do meio ambiente.

Art. 4º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário. (grifado)

A questão indígena e a mineração somente são tratadas nos artigos 49²⁸ e 231²⁹, do atual texto constitucional, mas ainda sem a possibilidade de os indígenas participarem ativamente do processo de exploração mineral, se assim for o desejo da comunidade, ou impedir o desenvolvimento de tais atividades por conflitarem com seus usos, costumes e tradições protegidos constitucionalmente. Ou seja, a participação das comunidades indígenas afetadas por projetos de mineração (pesquisa ou lavra) deverá ocorrer mediante consulta prévia informada, por exigência de tratados internacionais como a Convenção 169 da OIT, tema tratado em outra seção desse trabalho e que por isso não será aprofundado neste momento.

Consta no artigo 231 da Constituição que:

(...)

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, **cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.**

²⁸ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

²⁹ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, **a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.**

(...)

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, **segundo o que dispuser lei complementar**, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. (grifado)

Conforme destacado a lavra de riquezas minerais existentes em terras indígenas, apenas correrá se autorizado pelo Congresso Nacional e com a oitiva das comunidades afetadas. Importante frisar que deve ser assegurado a participação dos indígenas nos resultados da lavra, sempre na forma disposta em lei. Contudo, não há a regulamentação que visa disciplinar a participação dos povos indígenas afetados no resultado da lavra. Já foi entregue à Casa Civil projeto de lei para o novo estatuto dos povos indígenas encaminhado pelo Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, elaborado em consulta aos povos indígenas realizada no ano de 2008, e nele consta proposta de regulamentação e de participação na atividade de mineração dos povos indígenas.

Isto posto, verifica-se que não há possibilidade de outorgação de títulos minerários em terras indígenas, pois falta a autorização, que é pressuposto de validade. Destaca-se também que a Constituição de 1988 veda a transferência da posse de terra indígena a terceiros.

A Lei n. 6.634 de 1969 regulamentou a mineração em faixa de fronteira, no entanto, não há qualquer legislação que regulamente a mineração

em terras indígenas até a data atual. O Instituto Socioambiental³⁰ (ISA, 2013) vem monitorando a incidência de processos de mineração com interesses em terras indígenas.

Além dos dados trazidos pelo instituto, eles analisam diversas questões relevantes ao assunto. Um ponto importante é a insuficiência da consulta prévia aos povos e comunidades interessados. O artigo 231, em seu parágrafo 3º, dispõe sobre a necessidade da “oitiva” dos povos indígenas afetados, na mesma toada segue o artigo 15.2 da Convenção 169 da OIT³¹.

15.2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direito sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter **procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados**, e em que medida, antes de se empreende ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras.(grifado).

Desta forma, destaca-se ainda mais a necessidade e a importância da consulta prévia dos povos indígenas afetados, devendo dar a eles a faculdade de querer a pesquisa e a exploração em seu território e obter alguma vantagem financeira em conjunto com a empresa mineradora. Frisa-se que essas populações têm uma grande ligação e adoração pela natureza, e provavelmente quaisquer modificações em seu habitat poderá interferir completamente na diversidade cultural que eles mantêm em nosso país.

Já há manifestação jurisprudencial (PET/STF 3388, Raposa Serra do Sol) garantindo a possibilidade de que os indígenas exerçam a lavra garimpeira para as suas atividades tradicionais sem a autorização

³⁰ Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=QE83l9sR1UwC&clpg=PA1&chl=p-t-BR&pg=PA1#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

³¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

do Congresso Nacional, uma vez que essas atividades não podem ser confundidas com a exploração de caráter econômico (lucrativas). Contudo, não há uma previsão legal sobre a possibilidade de as próprias comunidades indígenas, se desejarem, explorarem economicamente, ou seja, com finalidade lucrativa as minas em seus territórios. Mas há já o provisionamento de autorizações de exploração mineral em territórios indígenas concedidos pelo DNPM, mas que não estão em operação, pois aguardam a regulamentação do procedimento de autorização de exploração pelo Congresso Nacional³².

Em um de seus estudos o Instituto Socioambiental – ISA - apresenta uma tabela com dados por terra indígena, por empresa e por data de protocolo junto ao DNPM, totalizando os processos de mineração incidentes em 4.116 processos de 379 requerentes (empresas ou pessoa física), e incidentes em 147 terras indígenas (ISA, 2013, p.20). Estes dados auxiliam a compreensão da problemática do lapso de norma jurídica que regularize as terras indígenas no que concerne à mineração.

O ISA (ISA, 2013, p. 17), na tabela 2, traz como dados processos que já tiveram qualquer tipo de diploma ou licença de aproveitamento, tais como autorização de pesquisa, concessões de lavra, requerimentos de lavra, as lavras garimpeiras e os licenciamentos. Destes títulos, são de 47 diferentes titulares, totalizando 104 títulos, incidindo sobre 29 diferentes terras indígenas.

Não obstante aos dados apresentados na tabela 1 (ISA, 2013, p. 9), ainda há dados que quantificam a totalidade de processos incidentes em terras indígenas, a área total ocupada por estes processos dentro das terras e a porcentagem da terra indígena comprometida, além da situação jurídica da terra em relação ao seu processo oficial de reconhecimento.

Percebe-se a importância de preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético, uma vez que as populações indígenas têm uma forte ligação com a terra. A preservação da terra é uma forma de

³² Informações obtidas por meio da análise da Ação Civil Pública nº 4283-28.2011.4.01.4200.

manter a cultura intergeracional de sua população. Desta forma, protege-se o patrimônio genético e sua diversidade e a diversidade cultural e pluriétnica.

O texto constitucional de 1988 nada menciona sobre a participação de outras populações tradicionais que tem seus territórios afetados pela atividade mineradora, seja pesquisa ou lavra. Dessa forma, essas comunidades estão totalmente vulneráveis quanto a interesses na exploração mineral em suas áreas tradicionais.

É possível observar a partir da legislação constitucional brasileira que somente com a Constituição de 1988 constitucionalizam-se outros direitos diferentes da garantia do fisco e da exploração estatal sobre a atividade de mineração. Contudo, não são suficientes para a proteção da sociodiversidade nacional, que continua ameaçada por projetos de exploração mineral aprovados pelo DNPM.

4 DIREITO MINERÁRIO E A LEGISLAÇÃO NACIONAL

Camila Lemos
Juliana de Oliveira Sales

O Direito Minerário é um ramo autônomo da ciência jurídica, e segundo pontua William Freire (1996) é marcado por princípios fundamentais que são especialmente aplicáveis a ele, como a predominância do interesse público sobre o interesse particular na exploração mineral, a compatibilização da exploração mineral com os direitos do superficiário e a compatibilização da atividade mineral com a preservação da qualidade ambiental.

O principal marco do Direito Minerário em esfera infraconstitucional é o Código de Minas, atualmente traduzido no Decreto nº 227 datado de 1967, que se constitui em um regulamento voltado para o procedimento da exploração mineral, além dele, no entanto, existem muitos outros instrumentos normativos que regulam o setor da mineração.

4.1 Código de Minas

O primeiro Código de Minas foi promulgado durante o governo de Getúlio Vargas em 1934 – era o Decreto nº 24.642 – no mesmo ano em que foram elaborados o Código de Águas (Decreto nº 24.643) e o primeiro Código Florestal (Decreto nº 23.793).

É possível perceber que o advento destes textos normativos de regulamentação setorial (água, minérios e florestas) estão relacionados à exploração de recursos em um momento histórico voltado para a estruturação e modernização do parque industrial brasileiro, que demandava recursos naturais, tanto os renováveis como não renováveis (NUNES, 2006).

Paulo de Bessa Antunes (2014) ao comentar o Código Florestal de 2012 destaca que na década de 1930 o Código de Águas foi

promulgado justamente para viabilizar a produção de energia elétrica, assim como o de Minas para fomentar a exploração mineral e o Código Florestal para estimular a produção madeireira. Vê-se, pois, que a legislação até então não tinha qualquer finalidade ou preocupação de cunho ambiental.

O Código de Minas de 1934 se compatibilizou com a Constituição Federal promulgada naquele ano, que trazia a previsão de que as riquezas presentes no subsolo eram propriedade distinta do solo, se coadunando à ideia da chamada teoria da *res nullius* em detrimento da teoria da acessão (de que o acessório acompanha o principal)³³.

Na mesma lógica governista da época, passou-se a nacionalizar as riquezas, com a previsão constitucional da necessidade de autorização do Estado para exploração dos minérios, que somente seria outorgada aos brasileiros e empresas aqui organizadas, este que foi o principal objeto de regulamentação do Código de Mineração de 1934.

Com o advento da nova Constituição da República em 1937, o Decreto-lei nº 66 veio reafirmar a vigência do Código de Minas, adaptando-o às mudanças constitucionais.

As minas manifestadas, entendidas como aquelas já conhecidas e/ou exploradas, até este momento tiveram a titularidade particular preservada, mas de acordo com a nacionalização progressiva que se pretendia as minas desconhecidas e que viessem a serem descobertas seriam patrimônio da nação.

A primeira mudança significativa, na esfera infraconstitucional, veio com o Decreto-lei nº 1.985 de 1940, um novo Código de Minas que buscou atualizar os termos do anterior, sem que houvesse modificação substancial do conteúdo, consistente ainda na exclusiva regulamentação da exploração de minérios.

³³ Art. 4º, CM34 - A jazida é bem imóvel e tida como coisa distincta e não integrante do solo em que está encravada. Assim a propriedade da superfície abrangerá a do sub-solo na forma do direito comum, exceptuadas, porem, as substancias mineraes ou fosseis uteis áindustria. Art 118, CF34 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distincta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

Atualmente, o marco regulatório da mineração é o Decreto-lei nº 227 de 1967³⁴, constituído por sete capítulos (das disposições preliminares; da pesquisa mineral; da lavra; das servidões; das sanções e nulidades; da garimpagem, fискаção e cata; e das disposições finais). Ele não apresenta mudanças estruturais ou inovadoras em relação à regulamentação anterior, pois pode ser visto como um conjunto de normas voltado para a exploração de minérios e não para a tutela dos recursos minerais como um todo.

O Decreto-lei nº 227 foi alterado diversas vezes, com sua última e maior modificação pela Lei nº 9.314/1996, que deu nova redação a boa parte dos artigos e suprimiu o capítulo que previa o funcionamento das empresas de mineração.

Com relação ao conteúdo do Código de Mineração vigente, em síntese, a questão melhor delineada é a dos regimes de aproveitamento das substâncias minerais, em que a exploração pode se dar por meio de concessão, autorização, licenciamento, permissão de lavra garimpeira e monopolização³⁵, todas devem ter licença ambiental para início, imple-

³⁴ O Decreto-lei nº 227/1967 embora elaborado pelo Poder Executivo tem força de lei e como tal foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. De tal modo, as alterações no Código de Minas só poderão ser realizadas com a aprovação de leis de alteração e não mais por decretos presidenciais.

³⁵ Art. 2º - Os regimes de aproveitamento das substâncias minerais, para efeito deste Código, são: I - regime de concessão, quando depender de portaria de concessão do Ministro de Estado de Minas e Energia; II - regime de autorização, quando depender de expedição de alvará de autorização do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; III - regime de licenciamento, quando depender de licença expedida em obediência a regulamentos administrativos locais e de registro da licença no Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; IV - regime de permissão de lavra garimpeira, quando depender de portaria de permissão do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM; V - regime de monopolização, quando, em virtude de lei especial, depender de execução direta ou indireta do Governo Federal.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos órgãos da administração direta e autárquica da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo-lhes permitida a extração de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil, definidas em Portaria do Ministério de Minas e Energia, para uso exclusivo em obras públicas por eles executadas diretamente, respeitados os direitos minerários em vigor nas áreas onde devam ser executadas as obras e vedada a comercialização.

mentação e desenvolvimento do empreendimento – mesmo porque a mineração é uma atividade definida como de alto grau de potencialidade poluidora³⁶.

A autorização refere-se à pesquisa, fase que precede à exploração mineral por meio de concessão. A pesquisa é autorizada pelo Estado (União), enquanto a lavra é concedida ao particular.

Esta pesquisa consiste em trabalhos empregados pelo particular a fim de verificar a existência de substâncias minerais, nos termos do art. 14 do Código de Minas.

Já quando se fala em regime de concessão, entende-se como a liberalidade do Poder Público em conceder a um particular o exercício da atividade de lavra, ou seja, que este execute um serviço que é de sua atribuição³⁷. Ou seja, a exploração mineral propriamente dita. Partindo da ideia de que os minérios são bens públicos e que apenas são explorados mediante concessão ou autorização – ou delegação em lato sensu, nos termos do artigo 176, caput e § 1º, da Constituição Federal, pressupõe-se que o Estado delega aquilo que é seu, conforme conceito de Hely Lopes Meirelles³⁸. Nesse caso Estado se entende a entidade federada que possui a capacidade de dispor de determinado bem. No caso da mineração, como visto anteriormente, os recursos minerais, inclusive do subsolo, são da União. De modo que será esta entidade federada a ter a prerrogativa de conceder direitos de exploração, inclusive em terras indígenas.

O termo “concessão” que foi utilizado pelo legislador é criticável, visto que, na realidade, para a situação se amoldaria melhor a “permissão” do Estado (NUNES, 2006, p. 102). Muito embora, haja entendimento de que esta concessão se trata de ato vinculado da Administração, pois quando verificados todos os requisitos e exigências

³⁶ Conforme ANEXO VIII da Lei nº 6.938/81, a Política Nacional do Meio Ambiente.

³⁷ “Serviços concedidos são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar, mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. **Serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão**”. (MEIRELLES, 2015, p. 475).

³⁸ Nota anterior.

burocráticas por parte daquele que se pretende concessionário, deveria o Poder Público ceder a outorga³⁹.

De outro modo, a permissão é ato unilateral do Estado, caracterizado pela sua discricionariedade e precariedade. Conforme Hely Lopes Meirelles:

Permissão é o ato administrativo negocial, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de **serviços de interesse coletivo**, ou o uso de bens públicos, a título gratuito ou remunerado nas condições estabelecidas pela Administração. Não se confunde com a concessão, nem com a autorização: a concessão é contrato administrativo bilateral; a autorização é ato administrativo unilateral. Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de **interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público**. (2015, p. 207-208).

Assim, o que ocorre no caso da concessão de exploração mineral não é completamente compatível com o conceito do instituto. Sendo que, a permissão por se tratar de ato unilateral e precário do Poder Público atribui ao Estado maior autoridade sobre os seus bens, que estão sendo explorados pelo particular apenas em razão da delegação, além de se voltar aos interesses públicos em um maior grau.

O licenciamento, de outro modo, está regulamentado na Lei nº 6.567/78 e se destina às substâncias minerais utilizadas na construção civil, como areia, cascalho, rochas e argila. Neste caso há uma limitação da área de aproveitamento em no máximo 50 hectares.

A permissão de lavra garimpeira (prevista pela Lei nº 7.805/89 que alterou o Código de Minas) é aquela a ser outorgada a quem exer-

³⁹ Neste sentido: “[A outorga de concessão de lavra] É ato administrativo vinculado e definitivo (em contraposição ao ato administrativo discricionário e precário). Uma vez obtida a prioridade e cumpridas as obrigações do Código, o minerador tem direito à obtenção da concessão de lavra.” (FREIRE, 196, p. 102).

ce a atividade de garimpagem conforme descrito no Capítulo VI, do Código. Esta modalidade dispensa a fase de pesquisa mineral (mas se submete aos critérios estabelecidos pelo DNPM) e pode ser exercida individualmente ou por cooperativas de garimpeiros, neste último caso tendo algumas vantagens, como a não limitação de área para aproveitamento – na tentativa de efetivar o que dispõe o art. 174, §§ 3º e 4º da Carta Constitucional⁴⁰.

Por fim, o regime de monopólio é o que diz respeito ao aproveitamento exclusivo por parte da União em relação às substâncias apresentadas no art. 177, da Constituição Federal – em que pese haja possibilidade de contratar empresas estatais ou privadas para realização da exploração de algumas substâncias⁴¹.

Como se percebe, o texto do Código Minerário é voltado para as formas de aproveitamento das riquezas ou recursos do subsolo e ao contrário do que ocorreu com o Código Florestal de 1934, que quando substituído pela Lei nº 4.771 de 1964, passou a prever a existência de espaços ambientalmente protegidos – Áreas de Proteção Permanente e de Reserva Legal, dedicando atenção aos recursos ambientais, a legislação que regula o setor minerário é antiga e não conjuga preceitos normativos referentes

⁴⁰ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (...) § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

⁴¹ Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII, do **caput**, do art. 21, desta Constituição Federal. (...)

à proteção ambiental, tampouco se encarrega de normatizar a situação do minério encontrado em terras com tratamento jurídico diferenciado, como é o caso das populações indígenas e tradicionais.

Afora isso, o atual código não encontra consonância com o tratamento imposto pela Constituição Federal de 1988 em relação à tutela do meio ambiente e dos povos, em razão de sua anterioridade e rigidez técnica.

O art. 3º da lei de minérios⁴² deixa claro o seu viés patrimonial quando dispõe o que se pretende tutelar como sendo: os direitos sobre as substâncias minerais presentes no país, o regime de aproveitamento dos recursos e a fiscalização estatal a ser exercida sobre a pesquisa, a lavra e outros aspectos da indústria mineral.

4.2 Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM

O órgão responsável pela regulação (e consequente fiscalização) da atividade mineradora é o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) que é uma autarquia federal instituída no âmbito do Ministério de Minas e Energia (MME) por meio da Lei nº 8.876/1994 – com regulamento no Decreto nº 1.324/1995 – tendo como objetivo promover, planejar, fomentar e desenvolver o aproveitamento da exploração mineral, além de superintender pesquisas relacionadas e controlar, fiscalizar e assegurar que o exercício da mineração se dê conforme o disposto no Código de Mineração e de Águas Minerais (além de outros regulamentos)⁴³.

⁴² Art 3º - Este Código regula: I - os direitos sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fósseis, encontradas na superfície ou no interior da terra formando os recursos minerais do País; II - o regime de seu aproveitamento, e
III - a fiscalização pelo Governo Federal, da pesquisa, da lavra e de outros aspectos da indústria mineral.

§ 1º. Não estão sujeitos aos preceitos deste Código os trabalhos de movimentação de terras e de desmonte de materiais *in natura*, que se fizerem necessários à abertura de vias de transporte, obras gerais de terraplenagem e de edificações, desde que não haja comercialização das terras e dos materiais resultantes dos referidos trabalhos e ficando o seu aproveitamento restrito à utilização na própria obra.

§ 2º. Compete ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM a execução deste Código e dos diplomas legais complementares.

⁴³ **Departamento Nacional de Produção Mineral.** Disponível em <<http://www.dnpm.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso em 20 jul. 2015.

O DNPM é o encarregado por executar as políticas minerárias, de autorizar a exploração mineral e fiscalizá-la, além de expedir normas regulamentadoras da atividade de mineração, conforme é possível retirar do art. 47, V e do art. 97, do Código⁴⁴.

A fiscalização de que trata o Código Mineral em seu art. 3º se dá sobre as atividades da mineração, mas não há menção expressa no corpo normativo de que tenha caráter ambiental, isso foi feito posteriormente pela lei de 1994 que institui o DNPM e dispõe que compete a ele fiscalizar o controle ambiental e agir em articulação com os demais órgãos ambientais⁴⁵.

A atuação do DNPM foi objeto de Ação Civil Pública (ACP)⁴⁶ perante a 2ª Vara Federal de Roraima, na qual o Ministério Público Federal questionou acerca do sobrestamento de requerimentos para minerar em áreas que não são objetos idôneos para tanto, consistentes em áreas indígenas, que necessitam de autorização do Congresso Nacional para serem mineradas, nos termos do art. 231, §3º, da Constituição Federal.

Na respectiva sentença, datada de setembro de 2014, em que se ressaltou a inexistência de efetivas concessões de autorização para minerar nas terras dos povos indígenas, parcial procedência foi dada à ACP para reconhecer a irregularidade do procedimento do DNPM que, ao arrepio de dispositivos legais, passou a não indeferir os requerimentos de pesquisas de mineração sobre terras indígenas, deixando-os pendentes e se omitindo na negativa de tais pedidos, criando, assim, direito de prioridade aos requerentes na exploração

⁴⁴ Art. 4, V, CM - Ficará obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V: (...) V - Executar os trabalhos de mineração com observância das normas regulamentares;

Art. 97, CM - O Governo Federal expedirá os Regulamentos necessários à execução deste Código, inclusive fixando os prazos de tramitação dos processos.

⁴⁵ Art. 2º, VII, Lei 8.876/94: (...) baixar normas, em caráter complementar, e exercer fiscalização sobre o controle ambiental, a higiene e a segurança das atividades de mineração, atuando em articulação com os demais órgãos responsáveis pelo meio ambiente e pela higiene, segurança e saúde ocupacional dos trabalhadores.

⁴⁶ Ação Civil Pública nº 4283-28.2011.4.01.4200. Disponível em: <<http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf/acao-civil-publica/mineracao-garimpo-1/mineracao-garimpo>>. Acesso em: 23 out. 2015.

de área inexistente para tanto – já que não estão liberadas para ser objeto de mineração, ou seja, não são áreas livres para a mineração.

O Código de Mineração prevê o direito de prioridade, na ordem de requerimento, sobre as áreas livres à data do pedido, conforme disposto em seu art. 11, alínea *a*. Assim, ao não se manifestar pelo indeferimento dos requerimentos de pesquisa sobre as terras indígenas, o DNPM terminou por criar fila de prioridade sobre área indisponível para ser minerada, já que nunca foi regulamentado o art. 231, § 3º, da Constituição.

No tocante à necessidade de indeferir tais pedidos, o Juízo da 2ª Vara Federal fundamentou a decisão na disposição do art. 18, § 1º, do Código Mineral, que prevê expressamente que “não estando livre a área pretendida, o requerimento será indeferido por despacho do Diretor-Geral do Departamento Nacional da Produção Mineral (D.N.P.M.) *sic*”, destacando a inexistência de respaldo legal para a fila do vazio que se criou com tais pendências administrativas.

Também, neste mesmo sentido está o art. 42, do Código Minerário, com disposição de “que a autorização de lavra será recusada se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial”, com aplicação já encontrada noutro precedente do próprio TRF1, consistente na ACP atinente às terras do povo Cinta Larga⁴⁷.

Ainda, verificou-se inconstitucionalidade, em afronta à proteção destinada às terras indígenas pelo constituinte, no momento em que previu a imprescindibilidade de aparato legal específico, inclusive com autorização do Congresso Nacional, para minerar nestas áreas, visto que a suspensão de tais processos gera ameaça aos direitos dos povos, tomando em conta que os beneficiários do sobrestamento de processos podem vir a exercer seus supostos direitos no futuro – gerando situação de insegurança aos indígenas envolvidos.

Na decisão há, finalmente, menção das possíveis influências de grupos interessados na suspensão dos requerimentos de pesquisa, de forma que

⁴⁷ Ação Civil Pública nº 200541000034172.

o DNPM alimentaria, agindo da forma descrita, a expectativa de *lobby* por parte destes grupos.

Em arremate, da análise do art. 231 da Carta Constitucional torna-se possível enumerar requisitos para que haja a mineração em terras indígenas, já que além da autorização do Congresso Nacional, deve existir também lei que especifique o procedimento e também quais são as hipóteses de relevante interesse da União, bem como consulta prévia às comunidades envolvidas e garantia na participação da lavra obtida.

No § 6º, do art. 231, há disposição da nulidade dos títulos sobre as terras indígenas que não tenham sido outorgados nas hipóteses, exceto nos casos de relevante interesse da União, que devem ser previstas em lei complementar – até então não existente.

Desse modo, concluiu-se em juízo, no âmbito de referido precedente, pela impossibilidade de se autorizar, ou mesmo sobrestar, processos de requerimento para minerar em áreas indígenas, por conta da ausência de regulamentação legal deste procedimento, devendo, neste caso, haver o indeferimento dos pedidos feitos ao DNPM sobre objeto juridicamente inviável.

4.3 Projeto de Lei nº 5.807

Vê-se que as normas de cunho ambiental são pouco mais recentes, como é o caso da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) e da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (Decreto nº 6.040/2007). Neste sentido, a legislação minerária deve observância e deveria se compatibilizar com o contexto normativo brasileiro atual. Assim, o suporte normativo que pauta o setor da mineração merece ser atualizado e contextualizado com as atuais situações jurídicas encontradas na realidade social.

Para tanto, há em trâmite no Congresso Nacional um projeto de lei que visa substituir o atual Código de Mineração, o PL 5807/2013. Este projeto, no entanto, não representa avanço nas questões que dizem respeito ao meio ambiente e às populações tradicionais e indígenas, já que traz a re-

gulação do setor mineral a partir da mesma visão do atual Código, que foi formulado há quase cinquenta anos.

A publicação “Análise do Projeto de Lei de Marco Regulatório da Mineração no Brasil”, formulado pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa do Congresso Nacional traz que “a principal motivação para a alteração da legislação minerária, sem dúvida, é de ordem econômica” (BUSTAMANTE et al., 2013)⁴⁸.

Não há no projeto nenhuma previsão de mecanismo voltado à proteção ambiental, senão há apenas menção ao desenvolvimento sustentável, em norma de caráter programático, que define as diretrizes da lei⁴⁹.

Além disso, o projeto pretende extinguir o DNPM, que exerce a fiscalização ambiental, e criar a Agência Nacional de Mineração (ANM), que não teria a atribuição de agir em defesa do meio ambiente. Importa destacar que atualmente o DNMP é responsável pela fiscalização por força do art. 3º, inciso VII da lei que autoriza sua criação – Lei nº 8.876/94⁵⁰.

Outro órgão capaz de interferir nos processos de exploração mineral é o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, pois exerce o poder de polícia ambiental. No caso brasileiro, necessidade de aprovação de estudos de impacto ambien-

⁴⁸ Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em: 23 jul. 2015.

⁴⁹ Art. 1º, PL 5.807 – O aproveitamento dos recursos minerais é atividade de utilidade pública e de interesse nacional e ocorrerá conforme as seguintes diretrizes:

I – incentivo à produção nacional e ao desenvolvimento da indústria mineral;

II – estímulo à concorrência e à participação do setor privado na atividade de mineração;

III – fomento à pesquisa, à inovação e à agregação de valor na atividade de mineração;

IV – cooperação entre os entes federados;

V – compromisso com o desenvolvimento sustentável e com a recuperação dos danos ambientais causados pela atividade de mineração; e

VI – proteção à saúde e à segurança do trabalho.

⁵⁰ Art. 3º A autarquia DNPM terá como finalidade promover o planejamento e o fomento da exploração e do aproveitamento dos recursos minerais, e superintender as pesquisas geológicas, minerais e de tecnologia mineral, bem como assegurar, controlar e fiscalizar o exercício das atividades de mineração em todo o território nacional, na forma do que dispõe o Código de Mineração, o Código de Águas Minerais, os respectivos regulamentos e a legislação que os complementa, competindo-lhe, em especial: (...) VII - baixar normas, em caráter complementar, e exercer fiscalização sobre o controle ambiental, a higiene e a segurança das atividades de mineração, atuando em articulação com os demais órgãos responsáveis pelo meio ambiente e pela higiene, segurança e saúde ocupacional dos trabalhadores; (...).

tal e direito de fiscalizar subsidiariamente a atividade para evitar prejuízos ambientais, inclusive com a aplicação de multas às mineradoras⁵¹.

Em 2001, foi instituído um manual pelo Ministério do Meio Ambiente, pela Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos, pelo Programa de Proteção Melhoria e Qualidade Ambiental e pelo IBAMA, com o objetivo de estabelecer normas e procedimentos para o licenciamento ambiental de empreendimentos no setor de extração mineral, para padronizar critérios técnicos para análise e concessão do licenciamento e inspeção⁵².

Pode-se destacar que no referente à exploração mineral de bens estaduais o licenciamento ambiental será feito pelo órgão estadual do meio ambiente. No caso do Paraná, a Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos (SEMA) atribuiu ao Instituto Ambiental do Paraná (IAP) o licenciamento de empreendimentos minerários. O IBAMA é, em regra, responsável por licenciar empreendimentos de grande porte e que apresentem impactos em mais de um estado da Federação⁵³.

O Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA - tem Resoluções que tratam do licenciamento ambiental de maneira geral (Res. nº 01/86 e nº 237/97) – e que preveem a competência supletiva/subsidiária do IBAMA para licenciar atividades de extração de minério – além de Resoluções que já perderam objeto em razão do advento de lei específica (a Lei nº 9.314/96), que tratavam do licenciamento de alguns regimes de exploração mineral (autorização, concessão e licenciamento⁵⁴). Enquanto os demais regimes são tratados por portarias e instruções normativas do próprio MME.

⁵¹ Conforme notícia disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/publicadas/mineracao-irregular-no-rio-grande-do-sul-resulta-em-prisoas-apreensao-de-bens-e-multas-do-ibama->>. Acesso em: 1º ago. 2015.

⁵² Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/MANUAL_mineracao.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2015.

⁵³ Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2011/12/ibama-e-orgaos-estaduais-sao-responsaveis-por-licenciamento-ambiental>>.

⁵⁴ Resolução nº 09/90 para autorização e concessão; e Resolução nº 10/90 para licenciamento – Perderam o objeto.

Ainda, o Novo Código não se encarregaria de regulamentar a mineração nas terras indígenas, não resolvendo o problema que carece de solução desde a Constituição da República, que previu a necessidade de autorização do Congresso Nacional e a oitiva das comunidades envolvidas para o aproveitamento de recursos minerais em seus territórios, nos termos do art. 231, §6º.

5 IMPACTOS DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO MINERAL E MOVIMENTOS DE RESISTÊNCIA

Ener Vaneski Filho
Fábio Rezende Braga

A construção de uma identidade histórica, cultural, social e política está diretamente ligada aos costumes e tradições desenvolvidas por um povo. Seu modo de pensar, viver e agir, influenciam e desenvolvem novas formas de percepção da vida como um todo. Em relação ao meio ambiente, a sociedade moderna ocidental inspirou um modelo predatório que degrada e esgota recursos indispensáveis à sobrevivência, tanto do humano como dos demais seres vivos. Nesse contexto, temos nas comunidades tradicionais exemplos vivos de como uma sociedade construída a partir de experiências diferenciadas, pautadas em valores imateriais e orgânicos, proporcionam uma ligação particular com a natureza.

As comunidades tradicionais são responsáveis pelo desenvolvimento de técnicas singulares de preservação ambiental, cultural, religiosa e ambiental. Seu modo de trabalhar junto com a natureza e não de forma isolada, contribui para a construção de uma identidade preservacionista entre todos os membros da comunidade. A comunidade tradicional é portadora de racionalidades próprias, sejam elas econômicas políticas e sociais. É culturalmente e de forma singular, produtiva de valores e princípios próprios. O detentor do conhecimento seria como um “artesão”, tamanha complexidade de seu trabalho. Dentro da lógica tradicional, o ser humano faz parte do ciclo, e deve colaborar na perpetuação do equilíbrio natural.

Essas comunidades funcionam como contraponto às sociedades de consumo, pois, para elas, há uma notória coexistência pacífica entre a subsistência e a preservação dos elementos *in natura*. No Brasil, há pelo menos 231 povos indígenas e diversas comunidades locais (caiçaras, quilombolas, seringueiros, catadoras de mangaba, ribeirinhos, etc.),

constituindo uma população de mais de 600 mil pessoas. “Segundo dados analisados pelo antropólogo Alfredo Wagner Berno de Almeida (2006, p.3) pode-se afirmar que cerca de ¼ do Território Nacional Brasileiro é ocupado por povos e comunidades tradicionais”.

A Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial em seu artigo 2º, § 1º, define como patrimônio cultural imaterial as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.

Apesar das múltiplas formas sociais das comunidades tradicionais, é unânime a percepção de que se utilizam do meio ambiente de forma sustentável. Sua sobrevivência está relacionada à utilização – com base no conhecimento tradicional – da biodiversidade, podendo-se citar vários exemplos: a catação da mangaba, a manipulação da *ayahuasca*, a fabricação de medicamentos naturais, o uso de técnicas agrícolas primitivas, a pesca tradicional, dentre outros.

Nas palavras de Bertoldi e Braga (2011, p. 2385):

[...] a relação existente entre a comunidade tradicional e o meio ambiente que a circunda é simbiótica. Ambas coexistem de tal maneira que a sobrevivência de um depende do outro. A comunidade visualiza a natureza como um ser vivo único que possui necessidades específicas, como ela mesma.

Em regra, as grandes corporações furtam o conhecimento dessas comunidades e empregam em pesquisas científicas a fim de desenvolver produtos comercializáveis. Ao fim do processo, nem sequer há menção aos reais

detentores, como também não existe repartição de lucros e *royalties* entre as empresas e as comunidades, conforme o objetivo econômico da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB).

A CDB e o Protocolo de Nagoya têm sido os principais instrumentos internacionais de proteção da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e das comunidades indígenas e locais (tradicionais). De maneira transdimensional, vem sendo um veículo multidisciplinar de discussão que procura alternativas para os problemas que cerceiam um possível desenvolvimento sustentável, ou seja, novas alternativas capazes de garantir a preservação dos ecossistemas. Portanto, os meios de contenção e reparação das degradações ambientais e a desconstrução da segregação entre o homem e o meio ambiente são imprescindíveis a tal fim. Tais objetivos são promovidos a partir de ações políticas fomentadas e adotadas pelos países membros da CDB.

A CDB, através das Conferências das Partes, tem discutido com os países signatários, principalmente aqueles onde as comunidades tradicionais se apresentam em maior número, como no caso da América Latina, e em especial o Brasil, a elaboração de alternativas capazes de proteger os saberes tradicionais que, todavia, não dispõem de mecanismos jurídicos realmente eficientes, capazes de assegurá-los. No mesmo sentido, tanto a recente RIO+20, como a Agenda 21, procuram estabelecer diretrizes e formular objetivos de luta por um planeta mais sustentável.

Nesse contexto, uma das atividades que mais causam impacto ao território das comunidades tradicionais, bem como a perpetuação de seus conhecimentos tradicionais é a mineração. Segundo o Observatório de Conflitos Ambientais, os projetos mineiros, que afetam centenas de comunidades, já geraram 120 conflitos em 15 países só na América Latina. São as comunidades brasileiras as mais afetadas por essa atividade com 21 projetos de 37 empresas que geraram 21 conflitos em 34 comunidades. Além do Brasil, a Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México,

Nicarágua, Panamá, Peru e República Dominicana, também sofrem o mesmo problema.

Outras atividades, como a extração de madeira da floresta, o desmatamento e as queimadas, a pecuária e o garimpo, impactam tanto na esfera material, como na imaterial. Há perdas ambientais e perdas dos saberes consuetudinários das comunidades. Considerados externalidades pela visão econômica neoliberal, eles não integram os custos dos projetos e programas faraônicos, consequentemente não atendem as necessidades do povo em detrimento de interesses privados, principalmente de multinacionais. Sobre isso Milanez e Santos (2014, p. 17) entendem que:

As atividades extrativas produzem mudanças significativas nos territórios. Nas áreas rurais tendem a causar poluição atmosférica, contaminação hídrica, desmatamento e erosão; já nas regiões urbanas, os efeitos incluem inchaço urbano, favelização, aumento da violência, exploração sexual e sobredemanda dos serviços públicos de saúde, saneamento e segurança. [...] Além dos impactos sociais e ambientais mencionados, outros problemas surgem quando as atividades extrativas implantam enclaves produtivos em áreas remotas. Nessas situações, elas ainda causam a fragmentação territorial, deslocando comunidades locais e inviabilizando formas tradicionais de reprodução social. Problemas dessa natureza são muitas vezes ignorados pelo poder público porque os Estados neoextrativistas, de forma geral, desconsideram demandas não econômicas, tais como aquelas baseadas em valores culturais ou religiosos.

“Os maiores problemas em municípios mineradores estão relacionados à questão da ocupação, da distribuição de renda e da falta de um aparelho legal e consolidado disciplinador da indústria mineral” (FERNANDES et al., 2009, p. 98). A atividade de mineração gera impactos ambientais significativos propiciando maiores gastos e poucos benefícios sociais para as comunidades locais (FERNANDES et al., 2009). De acordo com Bossi et al (2010, p. 69), “atualmente já existem oito mil áreas de produção mineral no Brasil, mas o governo espera, com o novo marco legal, expandir rapidamente esse número”.

Bossi et al. (2010, p. 65) entendem que nos últimos anos:

[...] os temas da mineração, da industrialização da matéria prima, do acesso à terra e do impacto ambiental entrelaçaram-se de forma cada vez mais estreita. O período de extrema rentabilidade da extração minerária aumentou consideravelmente o lucro das empresas e seus investimentos na pesquisa. Novos projetos estão sendo lançados, novas comunidades ameaçadas de expulsão, a própria logística em expansão ameaça violentamente propriedades rurais, aldeias e povoados, comunidades indígenas e quilombolas que eventualmente se encontrarem na linha de passagem de minerodutos e ferrovias, ou nas proximidades dos portos. A verticalização da produção oferece novas vagas de trabalho, mas concentra investimentos de grande impacto em regiões com riqueza de recursos e mão de obra barata. Nega, assim, a diversificação econômica e a vocação produtiva local, facilitando, por exemplo, a monocultura de eucalipto para alimentar fornos siderúrgicos ou a construção de barragens e usinas hidrelétricas para fornecer energia às indústrias eletrointensivas, como é o caso das usinas de produção de alumínio. Se a extração mineral e respectiva logística de transporte e escoamento para o mercado externo já por si reproduziam um modelo concentrador de terras, hoje temos um cenário ainda mais complexo, com os conflitos fundiários vinculando-se cada vez mais à mineração.

Os conflitos causados pela atividade mineira também são constatados em outros países como, por exemplo, no Peru:

Em todo esse tempo, os conflitos sociais no Peru aumentaram e são, em sua maioria, vinculados as atividades de mineração. A maioria deles são de natureza ambiental e, principalmente, disputas pela água, segundo dados que se obteve nos relatórios da Defensoria do Povo alguns anos seguidos. (OCMAL et al., s.d. p.56)

Descolados dos objetivos almejados pelo principal projeto político moderno – o desenvolvimento sustentável – tais projetos demonstram como de fato a extração mineral deve ser avaliada a partir de uma perspectiva multidisciplinar e holística a fim de permitir uma valorização de um desenvolvimento justo, sustentável e democrático.

6 ESTUDOS COMPARADOS

Para os estudos comparados foram analisadas as legislações mineiras da Colômbia, da Bolívia, do Peru e do Equador.

6.1 LEGISLACIÓN MINERA EN COLOMBIA⁵⁵

Anibal Alejandro Rojas Hernandez

INTRODUCCIÓN

Este documento presenta un recuento de la legislación minera existente en Colombia y bosquejar las propuestas que se están discutiendo para la reforma de dichos presupuestos legales. El objetivo de las normas expuestas en este texto busca identificar cuáles son los presupuestos básicos de la normatividad minera frente a tres preguntas básicas: ¿qué se apropia? ¿cómo se apropia? ¿por quien se apropia? Ellas, se establecen tanto como ejes temáticos para entender de una manera sistémica la legislación minera en Colombia, pero al mismo tiempo, para poder examinar los impactos socioambientales que la legislación tiene dentro de la sociedad.

Actualmente Colombia vive bajo la construcción de un nuevo esquema de explotación minera que se encuentra en discusión dentro del poder judicial, pues las reformas planteadas por el ejecutivo desde hace más o menos tres años han sido declaradas inconstitucionales por parte del activismo judicial que ha mantenido la Corte Constitucional desde su creación en 1991.

Hay que partir de la premisa para los análisis posteriores, que desde esa perspectiva, los últimos tres gobiernos presidenciales en el

⁵⁵ Decidimos manter o texto escrito originalmente em espanhol para que a sua riqueza e o seu sentido não fossem comprometidos com a tradução.

país han estructurado su política económica con un especial énfasis en la extracción de recursos naturales no renovables, así como en la crear grandes concesiones para las empresas transnacionales

Marco Constitucional

‘La Constitución de 1991, fue la primera Carta Política que fue dictada en Colombia bajo los parámetros de una Asamblea Constituyente Originaria. Esto no solo imponía una novedad en términos sociales, ya que abría la oportunidad que en Colombia naciera la teoría del Estado Social de Derecho con un Estado interventor en términos económicos, y en especial en el manejo de los recursos naturales.

La Carta Política en Colombia establece un sistema que instituye pesos y contrapesos dentro del modelo económico, con la idea de intentar llevar a cabo una explotación de recursos naturales, pero al mismo tiempo, imponer a su vez políticas públicas para la protección del medio ambiente desde un sentido Socioambiental. Es decir, no es únicamente la protección de los recursos naturales desde un aspecto únicamente natural, sino como una correlación de los hombres con la naturaleza.

Son dos los artículos a los cuales hay que salvaguardar una especial atención, pues ambos constituyen una estructura general dentro de la explotación minera en el país; con ello se hace referencia entonces tanto al artículo 1 de la Carta Política como al artículo 80. El primero, funda las acciones del Estado y de sus instituciones en el interés general, y el segundo erige que:

El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. (...)

Esos dos artículos que hacen parte de un esquema general para la explotación de los recursos naturales en el país, son los que establecen las dos caras que puede tener la minería en Colombia. Por un lado, puesto que los beneficios que puede tener el Estado, al ser el titular de los recursos naturales no renovables; pero a su vez, al contar con la obligación de siempre sobreponer el interés general, en cuanto a que, es una Constitución que intenta posicionarse bajo términos ecológicos.⁵⁶

Es importante recordar que la Constitución Política de Colombia se encuentra dividida en una parte orgánica y una parte dogmática. La parte dogmática, instituye un catálogo de principios y derechos que debe garantizar el Estado colombiano, mientras que la parte orgánica es el conjunto normativo que implanta estructuralmente el cómo debe ser organizado y orientado el Estado. A su vez, está dividida en capítulos y títulos que le dan un orden temático, y que de acuerdo a cada título o capítulo, desdobra una serie de postulados en dicha materia, siendo el título lo general y el capítulo lo específico.

La importancia de lo anterior radica especialmente frente a la regulación minera, pues en Colombia el título de la Constitución bajo la cual se encuentran tanto el artículo 332 y 334, –bases constitucionales de la explotación– es el denominado: título XII: Del régimen económico y de la hacienda pública. La codificación a la cual fue expuesta la Carta Política es muy importante, ya que muestra que la importancia de los recursos naturales, en especial en lo referente a su apropiación, así como de su explotación, están dirigidos fundamentalmente en un sentido económico no proteccionista al hacer parte del título que desenvuelve el régimen económico del país.

De esa forma, intrínsecamente, el marco constitucional que versa sobre la cuestión minera tiene dos vertientes diferentes. Una, que

⁵⁶ La Constitución de 1991 fue denominada por parte de la Corte Constitucional dentro de su jurisprudencia como una Constitución Ecológica al establecer con efectividad los mecanismos y normas para proteger los recursos naturales dentro del país, además de desarrollar una serie de presupuestos constitucionales para la conservación socioambiental del país. Para más información: COLOMBIA, *Sentencia T-411/92*, 1992.

hace referencia a la protección del medio ambiente y la segunda, con el propósito de que el Estado regule y reglamente las concesiones mineras en el país. Es así como el artículo 332 de la Constitución Política de Colombia establece que:

El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

Ese presupuesto constitucional, sin duda alguna, es la base de la legislación minera en el país, pues además de encontrarse como fuente para la explotación de los recursos naturales, impone el derecho de propiedad estatal ante todo el subsuelo de la nación. El hecho que el Estado sea el único propietario del subsuelo y de los recursos naturales re-diseña el modelo económico señalado bajo la Constitución de 1886 al permitir que la explotación de los recursos naturales se realice en torno al interés general.

Estando bajo tutela estatal tanto la protección como la explotación, el artículo 334 demuestra que el constituyente primario quiso que Colombia se encuadrara como un Estado basado en la explotación de materias primas. Ello en consonancia con el artículo 334 que apunta que:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso, el gasto público social será prioritario (...)

En ese sentido, Colombia de acuerdo a las normas Constitucionales, es un Estado en el cual la explotación de los recursos naturales está a cargo exclusivamente de la política estatal, pero estableciéndose bajo el presupuesto de la sostenibilidad y la búsqueda de cumplir con los fines del Estado Social de Derecho.⁵⁷

En esa lógica, y dentro del capítulo IV de la Constitución, que es el referente a la distribución de las regalías, el artículo 360 –recientemente reformado– determina:

La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Es decir que, en tanto se reafirma la propiedad de los recursos naturales bajo la titularidad del Estado, el artículo 360 dispone que la contraprestación económica que recibirá el Estado será en forma de regalía⁵⁸, como una forma especial de tributo dentro del ordenamiento jurídico para captar los beneficios económicos que trae la explotación de los recursos naturales dentro del territorio nacional.

Esa permanente tensión dentro del articulado de la Carta Política hace que el Estado esté constantemente en la necesidad de armonizar tanto lo que establece la parte dogmática respecto al interés general, los fines esenciales del Estado y el desarrollo sostenible, con la parte orgánica, que lo convierte en el titular de los recursos naturales no renovables,

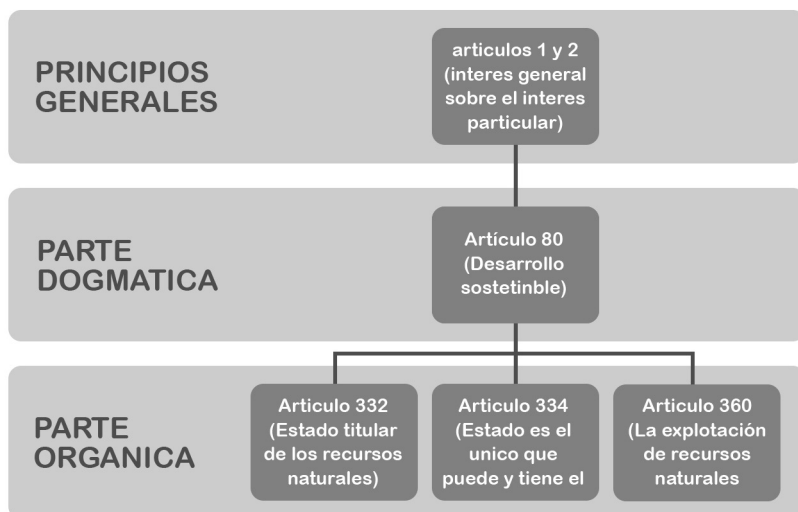
⁵⁷ Los fines del Estado Social de Derecho según la Carta Política se encuentran principalmente estipulados en el artículo 2 donde se dice son: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, facilitar la participación de todos los miembros de la comunidad colombiana en los asuntos que le competen (económicos, políticos, administrativos y culturales), defender la independencia nacional, mantener su integridad territorial, asegurar la convivencia pacífica y asegurar la vigencia de un orden justo.

⁵⁸ Las regalías son una contraprestación económica que recibe el Estado, en razón de la extracción de recursos naturales no renovables existentes en el subsuelo, al ser el Estado, el titular de la propiedad de los recursos naturales que se encuentran especialmente en el subsuelo.

al darle la capacidad de decidir sobre la explotación para conseguir el desarrollo económico del país por medio del ingreso de regalías.

Por lo tanto, el marco constitucional que versa sobre la explotación de recursos naturales no renovables se encuentra en una constante dificultad, pues la posibilidad de explotación minera al ritmo que desearía el desarrollo económico del país ve en los principios ambientales de la Constitución un freno muy importante para la explotación indiscriminada de los recursos naturales. Esto último, ha sido la base de la lucha, por ejemplo, de la no explotación de ciertas áreas de gran importancia como la Amazonía, donde al día de hoy Colombia ostenta el título de ser el único país que cuenta con selva amazónica y no haber desenvuelto ningún tipo de explotación en aquellos territorios. Pero, paradójicamente, hay que recordar que otros territorios de vital importancia como los páramos, al ser los principales productores de agua en el mundo, están siendo destruidos por la minería a gran escala bajo la aquiescencia estatal.

Respecto al marco constitucional de la explotación de recursos naturales en Colombia puede esquematizarse de la siguiente forma:



La dificultad respecto a la armonización de los preceptos en la Carta Constitucional es visible en especial en las decisiones que son tomadas por parte de la Corte Constitucional. Institución encargada exclusivamente de dirimir los conflictos que nazcan bajo normas constitucionales y que no está compuesta por magistrados de carácter vitalicio, lo que hace que las decisiones y posiciones de la misma varíen según aquellos la compongan es ese momento.

Una de las decisiones recientes, que se hace importante frente al esquema que se encuentra dentro de la Carta Política, es visible en la Sentencia C-366/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. que busca decidir una demanda de inconstitucionalidad contra la ley 1382 del 2010; ley que fue la base de la mayor reforma que ha tenido el código minero colombiano desde su creación. De esa forma, para ilustrar la dificultad frente la armonización de aquellas normas, la sentencia C-366/11 explica que:

La Corte consideró, del mismo modo, que este deber de garantía de participación de las comunidades diferenciadas encontraba sustento en la necesidad, evidenciada por el Texto Constitucional, de ponderar entre la explotación económica de los recursos mineros, la protección del medio ambiente, el logro del desarrollo sostenible y la identidad étnica y cultural de las citadas comunidades. Esta ponderación solo es posible si la posición e intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes afectados es integrada al debate sobre la política pública correspondiente. En caso contrario, la actividad estatal desconocería su derecho constitucional al reconocimiento como minoría objeto de especial protección del Estado. Para la Sala, “(...)la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato

para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena. (...) La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

Sobre la base de aquella estructura Constitucional en Colombia se construyó un sin fin de normas y decretos que hacen parte de las condiciones de posibilidad que permiten la explotación de recursos naturales, pero que, en muchos casos, están en contra de los ideales que en su momento tuvo el constituyente primario respecto a la explotación de recursos naturales.

Uno de los principales problemas que se encuentran dentro del marco constitucional hoy en día es la centralización de las decisiones sobre la explotación minera en Colombia, dejando en clara ventaja a la explotación sobre la preservación. Todo aquel conjunto de normatividad que se encuentra centralizada gracias a las disposiciones ya vistas de la Constitución, son fuente de la interpretación que se ha realizado, abiertamente sesgada y que se ha instituido para la explotación de recursos no renovables en el país.

Marco Legal colombiano

En Colombia existe una gran cantidad de leyes sobre las cuales se establece toda la relación de la explotación minera. En un primer momento y bajo la Constitución de 1886, Colombia contaba con un sistema minero básicamente liberal que tenía una fuerte tensión establecer hasta qué punto aquellos recursos podrían considerarse de naturaleza pública o privada. Aún eso, se logró centrar la actividad del Estado bajo el presupuesto desarrollista y extractivista, en especial frente a la minería y la exploración de petróleo.

La Constitución al delimitar lo que se mencionó anteriormente, es decir, al establecer que el subsuelo y la explotación de los recursos naturales es de propiedad exclusiva del Estado en beneficio del interés general, hizo que el sistema de exploración y explotación de recursos naturales, por medio de las regalías, se convirtiera en un importante ingreso para el poder central. Y no solo para el poder central, pues otras formas de explotación minera ilegal, es desarrollada dentro del territorio colombiano, lo que hoy ha sido una fuente de lucro mucho más importante que la del narcotráfico para los grupos guerrilleros en Colombia.

En conclusión, la lucha por la minería en Colombia, es la lucha por hacerse de una de las fuentes de lucro más importante para el país. Eso ha llevado al Estado a establecer una lucha en dos frentes de batalla: uno en la criminalización de la minería ilegal (al no cumplir con las exigencias del código de minas, pero que por ejemplo puede ser desarrollada de manera tradicional por comunidades afrocolombianas) y en otro sentido, a la concesión total del territorio colombiano hacia la gran minería, como se ha mostrado en los planes de desarrollo del presidente Juan Manuel Santos.

Código de Minas – Ley 685 del 2001

Esta norma, nace principalmente bajo un solo presupuesto: los minerales de cualquier clase y naturaleza que se encuentren en suelo colombiano son exclusivos del Estado, incluyendo el suelo marino. De esa forma, y de manera excluyente, el artículo 5 de la mencionada ley establece:

Artículo 5°. *Propiedad de los Recursos Mineros.* Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacientes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos. (Subrayado propio)

Una de las cuestiones realmente interesantes que impone la ley 685 del 2001 es la de declarar como utilidad pública y de interés social cualquier proceso de producción en la que se encuentre la minería. Eso, no solo facilita argumentar que los procesos de desarrollo bajo los cuales se realiza la minería son totalmente necesarios para un “beneficio común” sino que también, permite que se establezca toda una ley minera bajo el presupuesto de buscar el interés general, a la par que se establece una ley destinada las grandes transnacionales y beneficios tributarios a quienes desarrollen dicha actividad.

En ese sentido, el Estado en ningún momento cede su propiedad dentro del territorio. Lo que en realidad realiza, es darle prerrogativas a un tercero para que por medio de un *contrato de concesión minera* tenga el derecho de expropiar y explotar los recursos mineros colombianos por un plazo no mayor a 30 años.

Uno de los cambios notables que aparecen dentro de la ley 685 del 2001 es que no distingue entre pequeña, mediana y gran minería, dejando de lado toda otra explotación minera que no tenga una gran cantidad de recursos económicos para su disfrute. De lo cual curiosamente, puede abstraerse que las áreas de las comunidades afrodescen-

dientes o indígenas son objeto de explotación, pero estableciendo en la ley, que ellos en dado caso de quererlo, tienen el derecho de prelación para su explotación. Esto quiere decir que, si alguna empresa quiere explorar y explorar un territorio indígena puede hacerlo, siempre y cuando la población originaria no lo esté haciendo, o tenga la posibilidad de hacerlo.

Otra de las novedades que trae la ley es la referente a quienes tienen la posibilidad de ejercer acciones judiciales para declarar la nulidad del contrato de concesión (Art. 289) estableciendo de esa manera que no cualquier persona puede hacerlo, sino, únicamente las que se encuentran asignadas dentro de aquel artículo.

En todo caso, un análisis abstracto de la ley, permite identificar la existencia de un marco para la extracción minera en Colombia que hace que todo el conjunto normativo gire en torno a volver ilegal a la pequeña y a la mediana minería, por supuesto, con el fin de favorecer la extracción minera en gran escala. Así mismo, con el perfeccionamiento legislativo, de a pocos, hace que las comunidades afrocolombianas e indígenas pierdan el control de su territorio a menos de que tengan el poder económico para explotarlo, pues sin importar donde se encuentre y a quien afecte, el Estado es el único dueño del suelo y el subsuelo. Eso, con la ayuda interpretativa del beneficio común, lleva al Estado a aparentar tener el deber de explotar los territorios para alcanzar el beneficio común del pueblo colombiano en términos económicos.

Ley 1382 del 2010 – Inexequible

La ley 1382 del 2010 es una ley que tiene una historia específica muy importante para la minería en Colombia. Por un lado, porque en su momento se presentó como la reforma más grande realizada al código de minas, pero también, porque es una ley que es declarada por parte de la Corte Constitucional como una ley que está en contra de los presupuestos constitucionales colombianos.

Esta ley fue la primera gran movida política por parte del gobierno de Juan Manuel Santos para convertir a la minería en la base de la economía de su gobierno. La intencionalidad de esta ley es la de modernizar la extracción minera en el país, al agilizar los trámites para la obtención de los títulos mineros, y promover la inversión de grandes transnacionales en el país.

Esta ley fue declarada inexecutable porque según al criterio de la Corte Constitucional la ley no cumplió con la respectiva consulta previa, pues es una ley que puede afectar a comunidades tradicionales al hablar sobre sus territorios. Lo interesante, es que la corte no la declaró inexecutable de plano, sino que al considerarla más beneficiosa que la existente, permitió que su cumplimiento se mantuviera por dos años más en el país.

El gobierno del presidente Juan Manuel Santos, al verse en esta situación lo que decidió hacer fue la de exceder su poder como cabeza del ejecutivo y por medio de decretos imponer las reformas que la Corte Constitucional ya había frenado con la ley 1382 del 2010. Todo el desarrollo jurídico a continuación es un impulso casi que exclusivo del poder ejecutivo para imponer de una u otra forma la visión de desenvolvimiento que tiene, estando por tanto en contra de los presupuestos del 169 de la OIT y del marco constitucional que garantiza la consulta previa en Colombia.

En conclusión, el gobierno de Juan Manuel Santos al no poder hacer realidad la ley 1382 por el activismo judicial de la Corte Constitucional, decidió llevar a cabo su política de gobierno por medio de decretos y resoluciones que falsean la democracia real, ya que la naturaleza de dichos actos hace que no estén sometidos a Consulta previa. Aquella serie de decretos se hace fácil de reconocer, pues tanto su contenido como su casi burlesco orden numérico, demuestran tanto una ruptura a la división de poderes como los alcances que puede tener el poder ejecutivo en el organigrama estatal.

Decreto 2235 del 30 de octubre del 2012

El decreto 2235 del 2012 es una respuesta a la política del actual presidente de la república Juan Manuel Santos. Todo esto debido a que en manos de su programa de gobierno se encuentran 5 pilares básicos a los cuales él denominó: “locomotoras”, estas son: innovación, minería, vivienda, infraestructura y agricultura. Frente al tema de minería es importante recalcar que aquella actividad económica es hoy la base por encima del petróleo del sistema económico colombiano.

Lo anterior, hace que el Estado se vea en la necesidad de enfocar todos sus esfuerzos en la criminalización de la minería ilegal (que puede ser inclusive sustento tradicional de las comunidades afrodescendientes). Este decreto es aquella respuesta que necesitaban las grandes transnacionales para asegurar el monopolio de explotación de recursos en Colombia y que claramente va de la mano con las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, en especial la decisión 774 del 2012 que define a la minería ilegal como “actividad ejercida por persona natural o jurídica, o grupo de personas, sin contar con las autorizaciones y exigencias establecidas en la norma” (Art. 3).

Ello, sumado a la conveniente interpretación del art 80 de la Carta Política que obliga al Estado proteger el medio ambiente, hace que nazca este decreto como una forma de la criminalización abierta a la explotación minera que no haya sido concedida según los parámetros de la ley 685 del 2001.

Entre los mandatos que dicta el decreto se encuentran tanto la destrucción de toda la maquinaria que se use para la utilización de explotación minera ilegal, así como la creación de una brigada especial de la policía nacional para perseguir a todo aquel que realice dentro del territorio explotación de recursos naturales sin su debido permiso.

Resolución 205 del 26 de marzo del 2013

Esta resolución busca el desarrollo legal del artículo 31 de la ley 685 del 2013 y proporciona una definición jurídica de lo que considera como “explotación tradicional” al definirla de la siguiente manera:

Para efectos de la presente resolución, se entiende por explotación tradicional de minerales aquella que se ha ejercido desde antes de la vigencia de la Ley 685 de 2001, en un área específica en forma continua o discontinua, por personas naturales o grupos de personas naturales o asociaciones sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional, en yacimientos minerales de propiedad del Estado y que, por las características socioeconómicas de estas y la ubicación del yacimiento, constituyen para dichas comunidades la principal fuente de manutención y generación de ingresos, además de considerarse una fuente de abastecimiento regional de los minerales extraídos. (Art. 1)

Aunque en principio pareciera que es una protección jurídica a la posibilidad de la explotación tradicional, en realidad no lo es, pues la cantidad de requisitos que impone para su reconocimiento requiere de tres o más profesionales especializados en diferentes áreas para poder acatarlos. Si bien la pretensión principal de la resolución está dirigida a la posibilidad de legalizar la minería ilegal, la cantidad de requisitos y obligaciones hacen de la legalización una epopeya, ya que las comunidades tradicionales no tienen como asumir los altos costos y la extensa burocracia que implicaría su legalización.

Decreto 933 del 2013

Como ya se mencionó, la legislación minera en Colombia cuenta con una existencia bastante reciente, pues no es sino hasta el año 2001 que se decide por parte del gobierno central, convertir a medida del tiempo a la minería en una de las actividades centrales para el aumento de los ingresos nacionales. Por tanto, con la profundización legal

que se hace en el primer gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2014) se establece todo el marco general de lo que se tiene como minería y la forma en la cual tiene que cumplirse.

El decreto 933 del 9 de mayo del 2013 es una profundización de la resolución 205 del 2013, pero buscando ahondar en la idea de que la minería tradicional es una minería ilegal al no tener los permisos y licencias que son establecidos bajo el marco de la ley 685 del 2001. Por ello, además de la definición que se citó sobre la minería tradicional en el artículo 1 de la resolución 205 —que es exactamente igual—, se agrega:

(...) Esta minería es también informal y puede ser objeto de procesos de formalización a los que hacen referencia los artículos 31 y 257 de la Ley 685 de 2001, así como los programas de que trata el Capítulo XXIV de la Ley 685 de 2001 - Código de Minas. Por lo anterior, se entiende que la minería tradicional es una especie de la minería informal. (Art. 1)

Y no siendo suficiente, imponiéndoles a las comunidades tradicionales una mayor cantidad de requisitos para lograr alcanzar la formalización de su minería tradicional. Curiosamente, el mencionado decreto también señala, que en dado caso que alguien que se encuentre realizando minería ilegal logre llevar a la autoridad los requisitos listos para su formalización, pero que, a su vez, por alguna razón la autoridad ambiental no los acepte, aquél que se encuentre en la ilegalidad, automáticamente será sancionado a realizar medidas de recuperación, rehabilitación y compensación por los posibles daños ambientales causados. Siendo absurdo el intentar promover políticas de formalización con castigos automáticos en dado caso de su rechazo, pero, además, sin tener en cuenta que, en muchas situaciones, la minería ilegal es la forma de supervivencia de comunidades que son empobrecidas económicamente por las acciones de grandes transnacionales y que a duras penas tienen lo suficiente para poder subsistir.

Decreto 934 del 2013

Este decreto desarrolla el art 685 del Código Minero y lo que busca es reafirmar que por ningún motivo una autoridad que no sea del poder central pueda declarar zonas excluidas de minería.

Decreto 935 del 2013

El decreto 935 al igual que el decreto 934 es bastante austero en términos legales. En realidad, su articulado no sobrepasa los diez artículos, y lo que se intenta es construir unos parámetros bien delimitados acerca de la presentación de propuestas para la concesión minera.

Decreto 943 del 2013

Este quizás sea el decreto más polémico de todos los decretos que fueron expedidos por el ejecutivo para subsanar los vacíos que había dejado la inexequibilidad de la ley 1382 del 2010. Es el más discutido, ya que además de ser abiertamente anti-democrático, representa una clara extralimitación del ejecutivo frente a sus funciones reglamentarias. Es un decreto que busca arrebatarse todo el poder con el que cuentan tanto las ciudades como departamentos frente a los temas mineros. Es en cierto sentido una lucha del poder central contra el poder descentralizado, al querer someterlo a su voluntad.

El Decreto 943 determinó que ninguna autoridad regional, seccional o local puede establecer zonas del territorio que queden excluidas de minería de manera permanente o transitoria. De acuerdo con la norma, esa decisión les compete exclusivamente a las autoridades mineras y ambientales, que deben tomarla con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales, bajo principios de desarrollo sostenible.

El problema de dejar aquellas decisiones solamente en manos de la autoridad ambiental, se basa en el silenciamiento progresivo de las regiones que soportan los efectos colaterales de la explotación de recursos. Eso hace que mientras los municipios y departamentos soportan el golpe ambiental, el Estado central es el único que recibe beneficios económicos y regalías sobre aquella exploración, y aun mejor, sin enfrentar el daño a la naturaleza que sí deberán asumir los pobladores de las ciudades afectadas.

Ley 1658 del 2013

Esta ley cuenta con un articulado que es bastante particular para los fines que en principio reglamenta la ley. Inicialmente, lo que quiere desarrollar legalmente la ley es el control sobre las cantidades y formas de uso del mercurio en el país, por la cantidad de enfermedades que trae para el ambiente y los seres humanos. Sin embargo, a partir del artículo 11 comienza a realizar un desarrollo legislativo sobre la actividad minera.

En ese orden de ideas, la ley 1658 del 2013 crea el subcontrato de formalización minera. Este subcontrato es la posibilidad que le da el Estado a las grandes transnacionales para que contrate a todos aquellos que realizan minería ilegal a los ojos del Estado, pero sin hacerlos partícipes dentro de los beneficios que para las transnacionales trae el contrato de concesión. Además de ello, crea el sello minero ambiental colombiano, que garantiza que aquellos productos que lo tengan, son productos que han sido explotados bajo una cantidad de mercurio responsable y sin graves impactos a la naturaleza.

Plan Nacional de Desarrollo (2014-2018)

En Colombia, constitucionalmente el Plan Nacional de Desarrollo (PND), es el instrumento formal y legal por medio del cual el Gobierno nacional traza unos objetivos específicos encaminados hacia unos propósitos puntuales de crecimiento a largo plazo para el país. Estos compromisos son definidos mediante estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental adoptadas por el gobierno. Todo este proceso permite una evaluación subsecuente de su gestión, compuesto por un plan de inversiones públicas de orden nacional.

En la segunda elección de Juan Manuel Santos, una de las principales propuestas que se realizó en la campaña presidencial fue la de darle un impulso como nunca antes visto a la minería en el país. De esa manera, el Plan Nacional de Desarrollo, que en últimas es una ley de la república, determinó varios aspectos de gran importancia para la minería en Colombia.

Uno de los mecanismos mineros más importantes que creó el PND son las áreas de reserva para el desarrollo minero y las áreas minero-energéticas, en las cuales el país –según el PND- debe poner todo su esfuerzo para su correspondiente desarrollo. La diferencia legal entre unas y otras solamente se encuentra en que las zonas minero energéticas por su fuerte potencial energético no pueden ser objeto de explotación de carbón.

Una de las novedades más grandes PND está al realizar una clasificación por primera vez en Colombia de las clases de minerías existentes en el país. Así, dentro del mismo puede encontrarse que se distinguió entre la minería de subsistencia, la pequeña, la mediana y la gran minería, pero deja al arbitrio del poder judicial el reglamentarlas.

A su vez, permite la explotación parcial de humedales y paramos, siempre y cuando los títulos mineros con licencia ambiental hayan sido otorgados antes del 2010. Esto último, representado una clara destrucción a dos ecosistemas de vital importancia para la existencia del agua en Colombia.

Otra de las importantes, sino, la más importante reforma en temas de explotación de recursos naturales no renovables que trae el

PND es lo que popularmente se ha llamado: licencias ambientales *express*. Se les ha denominado de esa manera pues el PND ha disminuido considerablemente el tiempo que era necesario para tener una licencia ambiental de exploración o explotación en el país. Frente a este aspecto es importante recalcar que si se compara la diferencia de tiempos entre la norma original y la del PND solamente se le recortó tiempo a aquellos que se encontraban destinados para hacer estudios de impacto ambiental y de medidas tendiente a la protección de Socioambiental.

Esquemáticamente el recorrido total de las normas existente es el siguiente:



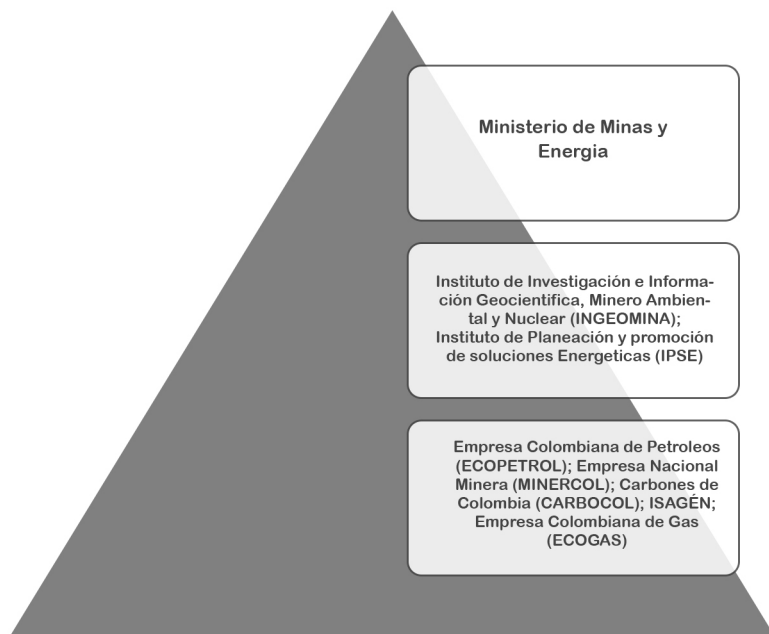
Marco Institucional

En Colombia la exploración y explotación de recursos naturales no renovables en el país es desarrollada mediante permisos, concesiones, y estudios que varias instituciones realizan en una sinergia en pro de la explotación. Es decir, no hay una sola institución que sea la encargada de hacer concesiones mineras, en realidad, es un trabajo conjunto que gira en torno a los principios teóricos constitucionales del “desenvolvimiento sostenible”.

• Ministerio de Minas y energía

El ministerio de minas y energía se crea en Colombia desde 1939 pero su forma actual se alcanza con el decreto 2119 de 1992 por medio de la cual se fusionan dos entidades del Estado colombiano: el Instituto de Asuntos Nucleares (IAN) y Minerales de Colombia (MINERALCO). Resultado de los mandatos que dictaminaba la reciente Carta Política frente a los nuevos presupuestos sociales y políticos en los que se estaba re-fundando Colombia.

El cambio más reciente que tuvo el Ministerio fue el Decreto 0070 del 2001 el cual modifica las estructuras del Ministerio y crea unas nuevas entidades que entran a trabajar de la mano con el Ministerio para el cumplimiento de las metas que por esencia tiene que cumplir. De esa manera el Ministerio está compuesto actualmente de la siguiente manera.



Esa estructura piramidal que crea la Constitución Política de 1991, en la cual la cabeza y principal responsable del sector minero en Colombia es el Ministerio de Minas y Energía, ya que hace que bajo su poder se creen instituciones que trabajan técnicamente para lograr la eficiencia técnica y política en temas mineros.

La cuestión minera en Colombia, de acuerdo a ese esquema se fundamenta en entidades que trabajan y apoyan exclusivamente el tema de la minería. Esas son:

- **Instituto de investigación e información geocientífica, minero ambiental y nuclear (INGEOMINAS)**

Tiene la función propia de servicio geológico del país, y funciones delegadas para la administración del recurso minero, las cuales incluyen: contratación y fiscalización en aquellas áreas en las que tiene gobernaciones delegadas y, para todo el territorio nacional, las funciones de recaudo

y distribución de regalías, administración del Catastro y Registro Minero Nacional, además de la implementación de los auditores mineros externos.

- **Unidad de Planeación minero-energético (UPME)**

La Unidad de Planeación Minero Energética es una entidad adscrita al Ministerio de Minas y Energía, y tiene como objetivo la planeación de los sectores minas y energía de forma integral, indicativa y permanente, para formular planes que incentiven el adecuado aprovechamiento de los recursos mineros y garantizar el abastecimiento óptimo y oportuno de los recursos energéticos. Tiene funciones delegadas de administración del Sistema de Información Minero Colombiano, SIMCO, y la fijación del precio base para liquidación de las regalías del sector.

6.2 LEGISLACIÓN MINERA EN BOLIVIA⁵⁹

Aníbal Alejandro Rojas Hernández

Introducción

Bolivia es una representación formal de la posibilidad de estructurar medidas de cambio desde las mismas instituciones del Estado moderno; es decir, que aun cuando la forma del Estado moderno represente ella misma una dificultad para hacer transformaciones reales en diversos aspectos, en algunas situaciones, siguiendo las reglas de juego de la política internacional, se puede ir más allá. Todo en virtud de la movilización popular, en la cooptación de la realidad social y económica del país desde e entendimiento y pensamiento de otra cosmovisión existente, pero por lo general, olvidada, la indígena.

⁵⁹ Decidimos manter o texto escrito originalmente em espanhol para que a sua riqueza e o seu sentido não fossem comprometidos com a tradução.

La Constitución de Bolivia ha representado en los últimos años dentro del Continente Americano una de las experiencias más importantes en términos legales hacia la superación de modelos económicos que estén basados únicamente en la explotación de los recursos naturales. En esa medida, el relato que presenta la Asamblea Constituyente del 2006 en Bolivia es una muestra de los importantes cambios que se pueden desplegar en términos de protección conjunta de la *pacha mama*, pero también de representar una alternativa a las formas de desarrollo que hoy en día se pueden considerar como imperantes dentro del sistema-mundo.

Aun cuando la realidad de la efectivización de todos aquellos presupuestos sea algo sumamente complejo, Bolivia, por lo menos de manera formal, encarna el recuperar todas aquellas relaciones con la naturaleza que han sido por la ideología antropocéntrica. Aunque es claro que esos mismos presupuestos representan importantes tensiones de ambos modelos, llevando a una compleja realidad respecto a su aplicación. Sea como fuere, lo que tiene Bolivia es algo más, y eso sin duda alguna hay que reconocerlo.

Marco Constitucional

Bolivia hoy en día cuenta con la Carta Política más reciente dentro de todo los países del sur del continente. Su nacimiento deviene del proceso político de la Asamblea Constituyente entre los años 2006 y 2007 y que dio como resultado a Constitución Política promulgada en el 2008. Es de la misma manera importante recalcar que el antecedente histórico más próximo a la Asamblea Constituyente del 2006 son las dos “guerras” por los recursos naturales que ha tenido Bolivia; la del agua en el 2002 y la del gas en el 2006; ambas con un solo presupuesto ideológico que podría resumirse en la consigna de la guerra del gas: ¡los recursos naturales de Bolivia para los bolivianos! En ese sentido, nada es casual, nada deviene de la espontaneidad, de la nada y aquello mismo acontece con el proceso constituyente que como se verá presta especial importancia a los presupuestos de la explotación de los recursos naturales.

Desde el preámbulo de la Constitución se pueden encontrar las siguientes afirmaciones:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonía, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. (...) Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.⁶⁰

Lo anterior muestra -recordando la importancia del preámbulo de las Cartas Políticas como aquel apartado en el cual se establecen los principios fundantes de aquella Carta Política- que los estrechos lazos en medio de los que conviven las naciones indígenas bolivianas, y en general, todos los bolivianos, definen particularmente todos y cada uno de los presupuestos coyunturales para lo que será las condiciones de posibilidad de la existencia del Estado como órgano político, y por ende, su supervivencia económica desde la explotación de los recursos naturales.

Teniendo en cuenta el carácter disímil que representa el Estado Plurinacional frente a otros tipos de Estado-Nación existentes, de forma *a priori* puede interpretarse que los presupuestos y construcciones legales existentes frente al tema de la minería son indiscutiblemente diferente, sino en la practica, por lo menos de manera formal.

Uno de los primeros postulados constitucionales que son aplicables a lo que sería la legislación minera en Bolivia, es el artículo 306 de la Constitución que establece las pautas mediante las cuales los presupuestos del modelo económico debe desenvolverse en el país. En ese sentido se erige:

⁶⁰ BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 7.

El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos.

II. La economía plural está constituida por las formas de organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa.

III. La economía plural articula las diferentes formas de organización económica sobre los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia. La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo.

IV. Las formas de organización económica reconocidas en esta Constitución podrán constituir empresas mixtas.

V. El Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo.⁶¹

De acuerdo con lo establecido por el artículo 306 de la Constitución Bolivia es un país que desenvuelve una idea de modelo económico que esta relacionada con la cosmovisión indígena del *vivir bien* –*sumak kawsay*–⁶² para comenzar a orientar políticas económicas que estén dirigidas a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. En esa medida, todo gira en torno al reconocimiento constitucional en el cual la “economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo”.

La primera y más importante consideración de la economía boliviana es que es plural, correspondiendo al modelo de Estado reconocido en el art. 1⁶³ de la Carta Política y que modifica muchas otras

⁶¹ BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 121.

⁶² El concepto del *vivir bien* aparece 7 veces dentro de la Carta Constitucional de Bolivia, pero referente a los presupuestos de la extracción de recursos naturales, o dentro de artículos que puedan afectar la lógica de aquellas formas de explotación aparece 5 veces. La primera en el preámbulo, la segunda en el art. 9 que refiere a los principios y valores que debe defender el Estado y las otras tres restantes dentro del gran capítulo de la economía del Estado, de donde el art. 306 hace parte.

⁶³ “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.” BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 11

categorías existentes dentro de la Constitución. Aquél ámbito en el cual germinó la Constituyente y la Constitución es lo que determina al final el papel de la economía plural como alternativa al modelo neoliberal extractivista, es decir, ambas “guerras” por los recursos naturales de las cuales se habló anteriormente.

Los artículos subsiguientes, el 307⁶⁴ y 308⁶⁵ del texto Constitucional departen sobre las dos formas de organización económica posible dentro del país y que por ende, tiene importantes repercusiones dentro del desarrollo legal de las políticas extractivistas en el país. El art. 307 estipulando que el Estado reconocerá, respetará, protegerá la organización económica comunitaria fundados en los principios y cosmovisiones propias de cada nación originaria. Contrario a ello, y como lógica contraposición está el art. 308 donde reconoce la iniciativa privada, garantizando seguidamente la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las iniciativas privadas dentro del Estado.

Esos dos artículos no solamente muestran una importante tensión constante dentro de los principios constitucionales en Bolivia, sino que también llegan a crear contradicciones mismas que redefinen constantemente los intereses últimos del pueblo boliviano. Esa es la dificultad invariable en la cual transita la Carta Política y el desarrollo de los presupuestos comunitarios que trae para la superación indiscriminada de la extracción minera en el país.

Dentro del apartado de la estructura y organización económica del Estado, el art. 311 hace una de las referencias más importantes en cuanto a los recursos naturales mencionando: “Los recursos naturales son de propiedad del pueblo boliviano y serán administrados por el Estado”⁶⁶ donde las actividades de su explotación por tanto, están en la

⁶⁴ El Estado reconocerá, respetará, protegerá y promoverá la organización económica comunitaria. Esta forma de organización económica comunitaria comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos. BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 121.

⁶⁵ El Estado reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico, social y fortalezca la independencia económica del país. II. Se garantiza la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales, que serán reguladas por la ley. *Ibid.*, p. 122.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 122.

concesión exclusiva a la cabeza del Estado. De ahí que el Estado sea el único capacitado por el poder popular para ejercer la dirección integral del desarrollo económico. Pero el mismo artículo continúa:

3. La industrialización de los recursos naturales para superar la dependencia de la exportación de materias primas y lograr una economía de base productiva, en el marco del desarrollo sostenible, en armonía con la naturaleza. 4. El Estado podrá intervenir en toda la cadena productiva de los sectores estratégicos, buscando garantizar su abastecimiento para preservar la calidad de vida de todas las bolivianas y todos los bolivianos.⁶⁷

Dicho esto se puede plantear que aún toda la actividad económica del país tenga como pretensión inicial una nacionalización de los recursos naturales, pues ello es uno de los principios fundantes de la Carta Política, pero también permite que dentro de las mismas reglas de juego, con un estricto control estatal.

De la misma forma continua la lógica del Constituyente primario respecto a la organización económica del Estado, pues el artículo 312 de la Carta en su párrafo segundo establece: “Todas las formas de organización económica tienen la obligación de respetar el medio ambiente”⁶⁸, siguiendo pues, con un método argumentativo expresado en toda la cuarta parte de la Constitución en su capítulo primero. Sin olvidar, que dentro de los presupuestos para reducir la pobreza en Bolivia, que es una finalidad del Estado atribuida vía norma constitucional, en el párrafo 5 del artículo 313 de la Constitución se obliga a que la organización económica tenga como propósito “el desarrollo productivo industrializador de los recursos naturales”.⁶⁹

Los elementos claves que se pueden rescatar en el primer capítulo de la cuarta parte de la Constitución son varios, pero en realidad, puede asegurarse que todo se resume en una sola meta a alcanzar en el

⁶⁷ *Ibid.*, p. 123.

⁶⁸ BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 123.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 124.

país: construir una forma económica alterna a la existente que si bien industrializa recursos naturales, lo realiza de una forma armónica con los presupuestos del *Sumak kawsay* y con la finalidad o propósito de mitigar las grandes desigualdad que ha abierto el modelo económico al cual se está debatiendo. Ya sea mediante la nacionalización de la industria de explotación de recursos naturales o mediante clausulas totalmente fuertes para su realización.

Dentro del segundo capitulo referente al direccionamiento del Estado boliviano conforme a la economía se encuentra en el artículo 316 en el parágrafo 6 la máxima de la Carta que ordena al Estado, como un todo la protección de los recursos naturales:

6. Promover prioritariamente la industrialización de los recursos naturales renovables y no renovables, en el marco del respeto y protección del medio ambiente, para garantizar la generación de empleo y de insumos económicos y sociales para la población⁷⁰

Y continúa en el capitulo 3 de la cuarta parte dentro del art. 319 de la Constitución en el mismo sentido argumentativo:

I. La industrialización de los recursos naturales será prioridad en las políticas económicas, en el marco del respeto y protección del medio ambiente y de los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y sus territorios. La articulación de la explotación de los recursos naturales con el aparato productivo interno será prioritaria en las políticas económicas del Estado. II. En la comercialización de los recursos naturales y energéticos estratégicos, el Estado considerará, para la definición del precio de su comercialización, los impuestos, regalías y participaciones correspondientes que deban pagarse a la hacienda pública.⁷¹

⁷⁰ *Ibid.*, p. 125.

⁷¹ *Ibid.*, p. 126.

Al adentrarse al título II de la cuarta parte de la Constitución y ya habiendo profundizado frente al cómo será el estudio de toda la política económica dentro del Estado, la Carta Política entra a definir el cómo deberá ser dirigida la política pública referente al medio ambiente, recursos naturales, tierra y territorio. Mostrando, por tanto, que la Carta Política de Bolivia tiene una especial atención por las protección y defensa de la naturaleza en temas tan álgidos como lo son la explotación de recursos naturales.

Como eje principal al título II, el artículo 342⁷² superpone como un deber del Estado, pero también de toda la población boliviana, el proteger y aprovechar los recursos naturales para conseguir mantener el equilibrio del medio ambiente. Eso, reforzado con las premisas de los artículos 343⁷³ y 347⁷⁴ escruta todo un sistema enfocado a la protección ambiental y al reconocimiento de la existencia de unos perjuicios ambientales, en especial por las practicas de explotación de recursos naturales que deben ser mitigadas con la mayor cantidad de mecanismos posibles y, por ende, con toda la fuerza estatal posible.

A partir de ese momento, el capítulo II del título segundo de la Constitución Plurinacional comenzará a referirse explícitamente respecto a lo que es el tratamiento a la explotación de los recursos naturales, o más específicamente, a la administración de los mismos. En ese sentido el artículo 348:

⁷² “Es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente.” *Ibid.*, p. 133.

⁷³ “La población tiene derecho a la participación en la gestión ambiental, a ser consultado e informado previamente sobre decisiones que pudieran afectar a la calidad del medio ambiente.” *Ibid.*, p. 134.

⁷⁴ “I. El Estado y la sociedad promoverán la mitigación de los efectos nocivos al medio ambiente, y de los pasivos ambientales que afectan al país. Se declara la responsabilidad por los daños ambientales históricos y la imprescriptibilidad de los delitos ambientales. II. Quienes realicen actividades de impacto sobre el medio ambiente deberán, en todas las etapas de la producción, evitar, minimizar, mitigar, remediar, reparar y resarcir los daños que se ocasionen al medio ambiente y a la salud de las personas, y establecerán las medidas de seguridad necesarias para neutralizar los efectos posibles de los pasivos ambientales” *Ibid.*, p. 134.

I. Son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento. II. Los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país.⁷⁵

Ya teniendo una definición respecto a lo que son los recursos naturales, la importancia, y el tratamiento constitucional que el Estado debe darle a ellos, el artículo 349 afirma:

Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo. II. El Estado reconocerá, respetará y otorgará derechos propietarios individuales y colectivos sobre la tierra, así como derechos de uso y aprovechamiento sobre otros recursos naturales (...) ⁷⁶

Desde ese momento comienza a notarse una importante implementación desde la Carta Política para la consumación de políticas públicas que giren en torno al manejo y control por parte de los órganos estatales en cuanto a la explotación de los recursos naturales. La cuestión que se plantea desde ese apartado, es la de tener una notoria nacionalización y manejo de todas las actividades de explotación de recursos naturales que puedan, deban y realicen dentro del territorio nacional. Es decir, ello impone algo más que una simple política dirigida a la cooptación de rendas fruto de las ganancias por explotación de recursos naturales, pues es una imagen por medio la cual se comienza a construir un ideal que se basa en que los recursos naturales son del grueso de la población, y su explotación debe sestar dirigida consecuentemente a él.

Prestando atención a lo dicho, cabe entender el porqué una gran parte de los presupuestos jurídicos para la explotación de recursos na-

⁷⁵ BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 134.

⁷⁶ *Ibid.*

turales se encuentre dentro de la Carta Constitucional. Es entendible que de acuerdo a lo vivido en gobiernos anteriores se usara aquél pacto político para tener presupuestos jurídicos de orden constitucional, tanto para garantizar que aquellos imaginarios colectivos existentes desde el preámbulo de la Constitución se hicieran realidad, así como todos aquellas premisas que emanan desde aquellos artículos que buscan construir modelos alternativos económicos, y por tanto, desafiando a la explotación de materias primas.

De todo ello se desprende todo un artículo de la Constitución que es al mismo tiempo, el pilar jurídico y político sobre el cómo debe realizarse la explotación de los recursos naturales en Bolivia. Es la materialización popular por medio de la Asamblea Constituyente respecto a las simpatías sociales frente a una de las practicas imperantes dentro de todo el sur del continente. En ese sentido, el artículo 351 dispone:

El Estado, asumirá el control y la dirección sobre la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales estratégicos a través de entidades públicas, cooperativas o comunitarias, las que podrán a su vez contratar a empresas privadas y constituir empresas mixtas. II. El Estado podrá suscribir contratos de asociación con personas jurídicas, bolivianas o extranjeras, para el aprovechamiento de los recursos naturales. Debiendo asegurarse la reinversión de las utilidades económicas en el país. III. La gestión y administración de los recursos naturales se realizará garantizando el control y la participación social en el diseño de las políticas sectoriales. En la gestión y administración podrán establecerse entidades mixtas, con representación estatal y de la sociedad, y se precautelará el bienestar colectivo. IV. Las empresas privadas, bolivianas o extranjeras, pagarán impuestos y regalías cuando intervengan en la explotación de los recursos naturales, y los cobros a que den lugar no serán reembolsables. Las regalías por el aprovechamiento de los recursos naturales son un derecho y una compensación por su explotación, y se regularán por la Constitución y la ley.⁷⁷

⁷⁷ BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 135S.

Este quizás sea después de la inclusión del *buen vivir* en la Constitución uno de los artículos de mayor importancia respecto a la explotación de los recursos naturales, pues además de establecer en cabeza del Estado la exclusividad para la explotación de los recursos naturales, instaura el régimen principiológico mínimo en cuanto a la gestión y administración de las explotaciones en Bolivia, y la posible participación que las empresas privadas podrían tener, siempre y cuando se cumpla el pago de regalías.

El punto anterior tiene un especial interés al definir las condicionantes para uno de los presupuestos más novedosos en temas de pueblos tradicionales y originarios en Bolivia, y es el construir explícitamente una suerte de artículo que se refiera a la consulta previa, en términos similares al que ya es bastante conocido pero en la Convención 169 de la OIT. En ese sentido el artículo 352 de la Constitución Plurinacional indica:

La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado, que será libre, previa e informada. Se garantiza la participación ciudadana en el proceso de gestión ambiental y se promoverá la conservación de los ecosistemas, de acuerdo con la Constitución y la ley. En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios⁷⁸

Es en ese marco que se reconoce fácilmente por donde se están moviendo constantemente los principios constitucionales. En esta perspectiva, el cambio imponente que implica la adecuación de la Carta Política a las necesidades populares se encuentra en lo referente a la explotación de los recursos naturales, y en especial, a los recursos naturales no-renovables. Sin duda, avances notables respecto a los países que se podrían considerar como los más avanzados en la materia.

⁷⁸ BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 135.

En ese orden de idea, y manteniendo una lógica determinada respecto a quiénes son los que asumen los impactos ambientales, y por ende, a quiénes están dirigidas las consultas previas, el artículo 353 reza: “El pueblo boliviano tendrá acceso equitativo a los beneficios provenientes del aprovechamiento de todos los recursos naturales. Se asignará una participación prioritaria a los territorios donde se encuentren estos recursos, y a las naciones y pueblos indígena originario campesinos”⁷⁹ Es por ello que la construcción argumentativa de todo el capítulo segundo gira en torno a reafirmar una y otra vez la importancia de la participación popular respecto a la apropiación y distribución de los impactos y regalías de la explotación de los recursos naturales.

Aunque lo mismo ocurre con los artículos finales del capítulo segundo, o en otras palabras, al mantenerse constantemente la premisa en la cual el Estado debe participar activamente en la explotación de los recursos naturales, redistribuyendo las regalías que aquella practica impone, como lo son el artículo 355⁸⁰, y 356⁸¹. Lo interesante, es como uno de los artículos de encerramiento del capítulo afirma:

Por ser propiedad social del pueblo boliviano, ninguna persona ni empresa extranjera, ni ninguna persona o empresa privada boliviana podrá inscribir la propiedad de los recursos naturales bolivianos en mercados de valores, ni los podrá utilizar como medios para operaciones financieras de titularización o seguridad. La anotación y registro de reservas es una atribución exclusiva del Estado.⁸²

⁷⁹ *Ibid.*, p. 135.

⁸⁰ “I. La industrialización y comercialización de los recursos naturales será prioridad del Estado. II. Las utilidades obtenidas por la explotación e industrialización de los recursos naturales serán distribuidas y reinvertidas para promover la diversificación económica en los diferentes niveles territoriales del Estado. La distribución porcentual de los beneficios será sancionada por la ley. III. Los procesos de industrialización se realizarán con preferencia en el lugar de origen de la producción y crearán condiciones que favorezcan la competitividad en el mercado interno e internacional.” *Ibid.*, p. 136.

⁸¹ “Las actividades de exploración, explotación, refinación, industrialización, transporte y comercialización de los recursos naturales no renovables tendrán el carácter de necesidad estatal y utilidad pública.” *Ibid.*, p. 136.

⁸² BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 136.

Haciendo notar en ese sentido, que las luchas constantes que se vivieron en más de 200 años desde la colonización siguen presentes, y en especial, todas aquellas luchas que sirvieron en aquel momento como la base para la lucha política para encarar una Asamblea Constituyente, y que comienzan a desafiar los presupuestos de la propiedad privada que imperan en occidente. En cierta medida, podría entenderse que es la recuperación de la naturaleza para los bolivianos y bolivianas; es la re-apropiación de algo inapropiable pues *per se* es de la totalidad de la población, como lo es la naturaleza.

A partir de ese momento, el avance de los presupuestos constitucionales comienza a manejarse en torno a la definición y consideración de cada uno de los recursos naturales que hoy en día son objeto de explotación. Bajo ese orden, la cuarta parte de la Constitución, en el capítulo III desenvuelve la temática de hidrocarburos; el cuarto la minería y la metalurgia; el quinto los recursos hídricos; y el sexto la energía. El punto a resaltar, es que la sistematización de la Constitución se realizó de manera tal en la cual los dos capítulos antecesores interpusieran toda una serie de principios y normas que son parte del pilar fundamental que justifica y da coherencia a aquellos capítulos que le son subsecuentes.

Ahora bien, el apartado respecto a la minería y metalurgia, apreciable en el capítulo IV de la cuarta parte de la Constitución referente a la organización económica del Estado, está compuesta por cuatro artículos, más específicamente, el artículo 369 al artículo 372. Esos tres artículos imponen lo que se podría llamar como la segunda fase de toda la reglamentación minera en Bolivia, pues la primera como ya se mencionó se encuentra dentro dentro de los fines y objetivos de la organización económica del Estado. En ese sentido:

El Estado será responsable de las riquezas mineralógicas que se encuentren en el suelo y subsuelo cualquiera sea su origen y su aplicación será regulada por la ley. Se reconoce como actores productivos a la industria minera estatal, industria minera privada y sociedades cooperativas. II. Los recursos naturales no metálicos existentes en los salares, salmueras, evaporíticos, azu-

fres y otros, son de carácter estratégico para el país. III. Será responsabilidad del Estado la dirección de la política minera y metalúrgica, así como el fomento, promoción y control de la actividad minera. IV. El Estado ejercerá control y fiscalización en toda la cadena productiva minera y sobre las actividades que desarrollen los titulares de derechos mineros, contratos mineros o derechos preconstituidos.⁸³

A ello viene lo que se mencionó anteriormente frente a la particularidad que representa que gran parte de los principios que suponen simplemente un desarrollo legislativo sean asegurados desde los presupuestos constitucionales. Lo anterior puede apreciarse aún con mayor intensidad en los dos artículos que son subsiguientes a la idea que existe dentro del artículo 370 al establecer:

El Estado otorgará derechos mineros en toda la cadena productiva, suscribirá contratos mineros con personas individuales y colectivas previo cumplimiento de las normas establecidas en la ley. II. El Estado promoverá y fortalecerá las cooperativas mineras para que contribuyan al desarrollo económico social del país. III. El derecho minero en toda la cadena productiva así como los contratos mineros tienen que cumplir una función económica social ejercida directamente por sus titulares. IV. El derecho minero que comprende las inversiones y trabajo en la prospección, exploración, explotación, concentración, industria o comercialización de los minerales o metales es de dominio de los titulares. La ley definirá los alcances de este derecho. V. El contrato minero obligará a los beneficiarios a desarrollar la actividad minera para satisfacer el interés económico social. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a su resolución inmediata. VI. El Estado, a través de sus entidades autárquicas, promoverá y desarrollará políticas de administración, prospección, exploración, explotación, industrialización, comercialización, evaluación e información técnica, geológica y científica de los recursos naturales no renovables para el desarrollo minero.⁸⁴

⁸³ BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 139.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 139.

En esa medida, el artículo 370 de la Constitución Plurinacional hace una defensa total hacia la prioridad de la minería nacional. Eso es palpable tanto en la obligación de fomentar la minería cooperativista, y claro está, teniendo expresiones de especial atención como “entidades autárquicas”, representando narrativas muy específicas frente a la explicación de los fenómenos que eclosionan en el continente como lo son hoy en día y con especial atención, la explotación indiscriminada de recursos naturales.

En ese mismo orden de ideas, el art. 371⁸⁵ impide que las áreas de explotación minera sean objeto de sucesión, además de transferibles e inembargables. Seguidamente, el artículo que da el cierre al capítulo 4 y en especial, a la cuestión sobre el trato de la minería en Bolivia es artículo 372, que habla sobre la existencia de empresas del Estado y como ellas deberán participar activamente en la explotación de los recursos naturales. Así, la Constitución explica:

Pertenecen al patrimonio del pueblo los grupos mineros nacionalizados, sus plantas industriales y sus fundiciones, los cuales no podrán ser transferidos o adjudicados en propiedad a empresas privadas por ningún título. II. La dirección y administración superiores de la industria minera estarán a cargo de una entidad autárquica con las atribuciones que determine la ley. III. El Estado deberá participar en la industrialización y comercialización de los recursos mineralógicos metálicos y no metálicos, regulado mediante la ley. IV. Las nuevas empresas autárquicas creadas por el Estado establecerán su domicilio legal en los departamentos de mayor producción minera, Potosí y Oruro.⁸⁶

A partir de todo lo anterior es visible que en el marco de la Constitución Plurinacional el Estado es tal vez el actor más preponderante dentro de toda la política minera en Bolivia, aun cuando se reconoce la

⁸⁵ “I. Las áreas de explotación minera otorgadas por contrato son intransferibles, inembargables e intransmisibles por sucesión hereditaria. II. El domicilio legal de las empresas mineras se establecerá en la jurisdicción local donde se realice la mayor explotación minera.” BOLIVIA, *Constitución Política del Estado Plurinacional*, 2009, p. 133

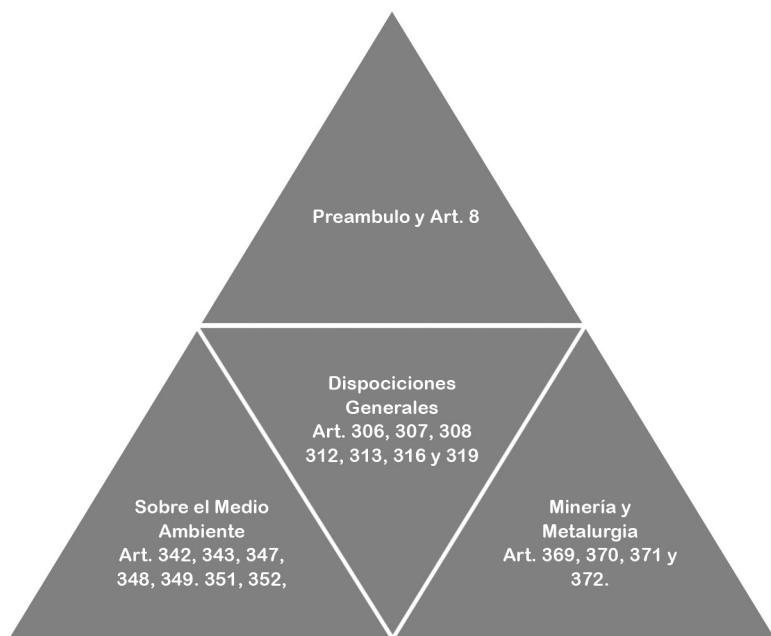
⁸⁶ *Ibid.*, p. 140.

existencia de los tres tipos de actores productivos existentes en Bolivia identificados como: minería privada, la estatal y la cooperativa. Pero en ese mismo sentido, también hay que tener en cuenta que uno de los fines a los que se ve condicionado al Estado al fomentar las cooperativas, siendo ellas, según el artículo 310 de la Constitución: “formas de trabajo solidario y de cooperación sin ánimo de lucro.”⁸⁷ Es decir, el Estado tiene un trabajo en doble sentido; por un lado realizar una nacionalización de los recursos naturales donde la explotación de ellos en la medida de lo posible se encuentre bajo su tutela, pero también, promover todas aquellas formas alternativas existentes en Bolivia y que sea como sea, intermedian en la búsqueda de alcanzar a trastocar a ese mismo modelo de desarrollo con el que el Constituyente primario está en lucha para ese momento.

Finalmente, aquel marco regulatorio, o mejor, aquel recuadro que establece principios, reglas de juego y normas abstractas para guiar el desarrollo económico del país, basado siempre en la industrialización de los recursos naturales, es claro que tiene importantes avances frente al resto de las Constituciones de la región. Ello es así, pues intenta abstraer la realidad mediante una regulación que permita asegurar que los presupuestos que fundaron la idea de la Asamblea Constituyente del 2006 se hagan realidad.

Si se quisiera hacer una imagen donde se exprese todos los artículos en orden de importancia respecto al marco regulatorio constitucional en el tema de explotación minera, de adentro hacía afuera, donde en el interior está el núcleo duro de los presupuestos Constitucionales y hacía afuera la reglamentación más general respecto al tema, sería el siguiente:

⁸⁷ “El Estado reconoce y protege las cooperativas como formas de trabajo solidario y de cooperación, sin fines de lucro. Se promoverá principalmente la organización de cooperativas en actividades de producción.” *Ibid.*, p. 122.



Marco Legal

Ley Marco de la Madre tierra y desarrollo integral para vivir bien (15/10/2012)

La primera ley que se puede encontrar dentro del marco legal que Bolivia establecer para la explotación de los recursos naturales es la ley marco de la madre tierra y desarrollo integral del buen vivir. **Es** una ley que desarrolla uno de los principios constitucionales más importantes que trae la Constitución Plurinacional pero que, además, afecta todo el entramado jurídico de forma paralela en todo lo referente a la protección y explotación de los recursos naturales dentro de Bolivia. De ahí que, dentro del artículo 1 de la ley, es decir, la que se refiere al objeto de la ley se misma exprese:

La presente Ley tiene por objeto establecer la visión y los fundamentos del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra para Vivir Bien, garantizando la continuidad de la capacidad de regeneración de los componentes y sistemas de

vida de la Madre Tierra, recuperando y fortaleciendo los saberes locales y conocimientos ancestrales, en el marco de la complementariedad de derechos, obligaciones y deberes; así como los objetivos del desarrollo integral como medio para lograr el Vivir Bien, las bases para la planificación, gestión pública e inversiones y el marco institucional estratégico para su implementación.⁸⁸

De esa forma, ésta ley es algo más que un simple combate hacia la protección de la naturaleza, pues supone toda una cantidad de presupuestos jurídicos que se encuentran articulados para que logren afectar transversalmente al Estado Plurinacional.

Partiendo del argumento anterior, es interesante observar dos de los fines de la ley, el primero, orientado a determinar los lineamientos y principios que: “orientan el acceso a los componentes, zonas y sistemas de vida de la Madre Tierra.”⁸⁹ Y de la misma forma, según el parágrafo 3 del art. 3: “Orientar las leyes específicas, políticas, normas, estrategias, planes, programa y proyectos del Estado Plurinacional de Bolivia para el Vivir Bien a través del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra.”⁹⁰

Es fundamental decir que la ley de la Madre Tierra hace un cortejo de la leyes existentes para ordenarlas de acuerdo con todos aquellos presupuestos que pueden aportar al *Sumak Kawsay*, pero además, comenzando a ordenar todo un sistema jurídico para que responda a todo aquello que exige la Carta Política.

En ese sentido dentro de la ley de la Madre Tierra, se pueden encontrar una serie de principios, que apuntan tanto a la no mercantilización de las funciones ambientales de la madre tierra, así como a las garantías que se le deben exigir a los seres humanos por la explotación indiscriminada de todo lo que ella brinda. Inclusive creando derechos para la madre tierra, como consta en su art. 9:

⁸⁸ BOLIVIA, *Ley Marco de la madre tierra y desarrollo integral para vivir bien*, 2012, p. 2.

⁸⁹ Ibid., p. 2.

⁹⁰ Ibid., p. 3.

Derechos de la Madre Tierra, como sujeto colectivo de interés público como la interacción armónica y en equilibrio entre los seres humanos y la naturaleza, en el marco del reconocimiento de que las relaciones económicas, sociales, ecológicas y espirituales de las personas y sociedad con la Madre Tierra están limitadas por la capacidad de regeneración que tienen los componentes, las zonas y sistemas de vida de la madre Tierra en el marco de la Ley N° 071 de Derechos de la Madre Tierra.⁹¹

En medio de todo, hay que tener en cuenta que en menor o mayor grado la ley marco de la madre tierra establece un marco construido con base en principios que tienen como finalidad constituir una perspectiva de alternativa a la planeación estratégica de la humanidad y claro, específicamente en Bolivia. Principalmente, democratizando lo existente, y además disminuyendo las condiciones de riesgo y vulnerabilidad de la naturaleza y del pueblo boliviano.

Otro de los aspectos novedosos que trae la ley de la madre tierra es quienes son los sujetos por activa (art. 39)⁹² para aquellos derechos de los cuales la madre tierra tiene tutelados a su favor, mostrando así que prácticamente cualquier persona, sin importar su calidad jurídica pueden ser los peticionarios a favor de la protección de sus derechos, claro esta, teniendo la principal obligación los órganos y las autoridades del Estado Plurinacional.

Ley 535 de Minería y Metalurgia (28/05/2015)

Esta ley, que es la heredera de la ley N° 1.777 del 17 de marzo de 1997, es la idea de actualizar la legislación nacional de explotación minera a los presupuestos Constitucionales de la Carta Plurinacional. A su vez, ésta ley es fruto de una gran polémica respecto a dos artículos en específico, y en especial a la Constitucionalidad de la misma ley,

⁹¹ BOLIVIA, *Ley Marco de la madre tierra y desarrollo integral para vivir bien*, 2012, p. 12.

⁹² *Ibid.*, p. 31.

sin contar, las contradicciones que causa con las leyes paralelas para la protección de la naturaleza.

Inicialmente, la ley continua aparentemente con la preocupación de la nacionalización de los recursos naturales, pero aunque ello solamente puede suponerse de un los ideales de la misma, pues en muchos sentidos está plagada de un amplio articulado que lo que hace es limitar las posibilidades que abre la Constitución Plurinacional, y consecuentemente, dando piso jurídico a la posibilidad de preferencia para la privatización de la explotación de los recursos naturales en Bolivia.

Según esta ley, en su art. 10 se reconoce como actividades mineras: cateo, prospección, prospección aérea, exploración, explotación, beneficio o concentración, fundición y refinación, comercialización de minerales y metales y la industrialización. Las cuales, deberán ser promovidas e incentivadas para la diversificación de las actividades mineras por todo el país.

Frente al tema de las áreas mineras, la ley considera:

Todas las áreas mineras que a la fecha de promulgación de la presente Ley no sean objeto de derechos pre-constituidos o derechos adquiridos, derechos de uso exclusivo, áreas y minerales reservados para el Estado, forman parte de las áreas mineras libres, para el otorgamiento de derechos a actores productivos mineros que las soliciten.⁹³

En ese mismo recorrido, el capítulo IV establece los derechos preferentes sobre las reservas fiscales mineras, y los derechos preferentes que se encuentran en cabeza de las empresas estatales para la industrialización de los recursos naturales, identificando de la misma forma que se puede explotar y que no por parte de los actores privados que participan dentro de la explotación; o en otras palabras, hay elementos privativos del Estado boliviano para su explotación, como lo que la misma ley denomina “minerales radioactivos y tierras raras”⁹⁴.

⁹³ BOLIVIA, *Ley minería y metalurgia*, 2014, p. 7.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 12.

Respecto a la individualización de los actores que pueden considerarse actores productivos para la explotación de los recursos naturales, y a su vez, siguiendo con los parámetros que ya ha establecido la Carta Política para ese momento, el artículo 29, en su párrafo primero establece:

Podrán ser sujetos de derechos mineros las personas individuales, colectivas, nacionales o extranjeras, con capacidad jurídica, y en su caso personalidad jurídica propia, que les habilite para ser titulares de derechos y obligaciones, a cuyo fin cumplirán con las normas y procedimientos establecidos en la presente Ley y otras normas jurídicas aplicables. Para ello deberán organizarse bajo cualesquiera de las modalidades de actores productivos mineros reconocidas por la Constitución Política del Estado y la presente Ley, quedando sujetos a los derechos y obligaciones que correspondan.⁹⁵

Esos instrumentos e individualizaciones que realiza la ley minera es lo que permite en los artículos posteriores establecer y blindar aspectos particulares para lo que sería la obtención de derechos mineros en Bolivia. De acuerdo con la ley, son reconocidos cuatro tipos de actores que pueden participar dentro del panorama de la explotación minera en Bolivia: la industria minera estatal por medio de la Corporación minera de Bolivia –COMIBOL- y las empresas que sean creadas por parte del Estado para fines mineros; de la misma forma se encuentra la industria minera privada; las cooperativas mineras y las empresas mixtas.

El contenido siguiente de la ley se enfoca a construir y atribuir una esquematización de funciones respecto a las diferentes autoridades mineras, pues como lo reconoce la Constitución del Estado Plurinacional, el Estado tiene en su cabeza la dirección de todas las políticas mineras del país. Así, determina las atribuciones de la autoridad jurisdiccional administrativa minera –AJAM- y de la CONMIBOL.

⁹⁵ BOLIVIA, *Ley minería y metalurgia*, 2014, p. 12.

A partir del título III referente a los derechos mineros y extinción se ordena todo el entramado jurídico para empezar a entrar en la parte sustancial de la ley. Así, el art. 92 define el alcance de lo que es un derecho minero de la siguiente forma:

Los derechos mineros otorgan a los titulares, la potestad de prospectar, explorar, explotar, concentrar, fundir, refinar, industrializar y comercializar los recursos minerales, mediante actividades mineras propias y complementarias en toda o parte de la cadena productiva minera.⁹⁶

Es de esa manera como la ley se refiere y comienza a fijar y a establecer las pautas respecto al manejo de la titularidad de aquellos territorios que cuentan con derechos adquiridos o pre-constituidos, pero también de derechos que los titulares de aquellas concesiones tienen de recibir las utilidades y excedentes que generan la explotación de recursos naturales. Pero de la misma forma, estableciendo cuales son las consecuencias administrativas y jurídicas de realizar explotaciones ilegales sin la autorización que exige la ley.

Referente al tema de la contratación, la ley 535 en su artículo 132 establece que todos los contratos de explotación minera que se realice, aún cuando sean realizados mediante la intervención de la AJAM, deben pasar por una aprobación legislativa, exceptuando los que contengan derechos ya adquiridos. En ese mismo sentido, la ley tipifica aquellos contratos que las empresas mineras del estado pueden desarrollar mediante una asociación con las cooperativas mineras y también, con empresas privadas. En ese mismo sentido, todo el título III es ordenado en torno a establecer las características y parámetros técnicos que deben ser demostrados y comprobados para la suscripción de los contratos mineros, así como las diferentes formas y posibilidades de asociación que la ley reconoce.

El título VI de la ley, a partir del Art. 207 aborda los derechos y alcances que genera la Consulta Previa, claro está, en desarrollo al Art. 403 de la Constitución que consagra explícitamente la Consulta Previa

⁹⁶ Ibid., p. 39.

como un derecho que tienen los pueblos originarios y las comunidades interculturales. En ese sentido la ley dispone:

De acuerdo con el numeral 15 del Artículo 30 y Artículo 403 de la Constitución Política del Estado, se garantiza el derecho de consulta previa, libre e informada realizada por el Estado a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, comunidades interculturales y pueblo afroboliviano, como derecho colectivo y fundamental de carácter obligatorio, a realizarse respecto de toda solicitud bajo la presente Ley, para la suscripción de un contrato administrativo minero susceptible de afectar directamente sus derechos colectivos. II. Las operaciones mineras que comprendan sólo por prospección y exploración no requieren de la consulta previa prevista en el Parágrafo I del presente Artículo. III. La consulta prevista en el Parágrafo I precedente, se aplicará para las solicitudes de nuevos contratos administrativos mineros en áreas libres que se presenten a partir de la publicación de la presente Ley. IV. No están sujetos al procedimiento de la consulta prevista en el Parágrafo I del presente Artículo por tratarse de derechos pre-constituidos o derechos adquiridos, según corresponda: a) Los contratos administrativos mineros por adecuación. b) Los contratos de arrendamiento o riesgo compartido, conforme disponen los Artículos 62 y 190. V. La consulta en curso del tipo previsto en el Parágrafo I que no hubieran concluido a la fecha de publicación de la presente Ley, continuarán y concluirán de acuerdo a lo previsto en el presente Capítulo en función en el estado en que se encuentren de acuerdo a la presente Ley.⁹⁷

Pero también comienza a realizar una definición exacta de lo que entiende por Consulta Previa analizando y desenvolviendo cuál es la finalidad de la Consulta Previa en los temas de minería y metalurgia, pero agregándole cómo y en que sentido se debe desarrollar el papel del Estado dentro del proceso:

⁹⁷ BOLIVIA, *Ley minería y metalurgia*, 2014, p. 80, 81.

A los fines de la presente Ley se entiende como la consulta previa prevista en el Parágrafo I del Artículo precedente, al proceso de diálogo intracultural e intercultural, concertado, de buena fe, libre e informado que contempla el desarrollo de etapas sucesivas de un procedimiento, entre el Estado, con la participación del actor productivo minero solicitante y el sujeto de la consulta respetando su cultura, idioma, instituciones, normas y procedimientos propios, con la finalidad de alcanzar acuerdos para dar curso a la solicitud de suscripción del correspondiente contrato administrativo minero y coadyuvar así al Vivir Bien del pueblo boliviano, en el marco de un desarrollo sustentable de las actividades mineras. La Autoridad Jurisdiccional Administrativa Minera - AJAM es la autoridad competente para la realización de la consulta previa prevista en el Parágrafo I del Artículo 207 de la presente Ley. II. Los acuerdos entre la autoridad competente, el actor productivo minero solicitante y los sujetos de la consulta previa, tendrán carácter vinculante y son de cumplimiento obligatorio para el Estado, los sujetos de la consulta previa y el solicitante. III. Conforme al numeral 3 del Artículo 316, Parágrafo II del Artículo 348, Parágrafo I del Artículo 349 y Artículo 311, de la Constitución Política del Estado, los recursos naturales minerales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país y su administración, dirección y control, en función del interés colectivo, corresponde al Estado a nombre de todo el pueblo boliviano, asimismo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no otorgan a los sujetos de la consulta previa el derecho a veto a la ejecución de las actividades de la explotación minera.⁹⁸

Lo anterior, muestra entonces la relevancia que significa dentro de Bolivia la Consulta Previa, pero tampoco hay que olvidar, que la ultima consideración del artículo limita la posible importancia que pudo haber tenido la Consulta Previa dentro de la industrialización de los recursos naturales en Bolivia, pues afirma explícitamente “(...) no

⁹⁸*Ibid.*, p. 81.

otorgan a los sujetos de la consulta previa el derecho a veto a la ejecución de las actividades de la explotación minera. Se mantiene dentro de la línea de la reparación compensatoria por la afectación de los derechos colectivos, pues al final reconoce manifestamente la ley, que los recursos naturales de Bolivia son de carácter estratégico para el desarrollo y el desenvolvimiento del Estado y de las políticas públicas que el gobierno debe desarrollar.

Partiendo de lo anterior, la ley desenvuelve el procedimiento para la consulta previa, estableciendo tanto los tiempos en los que se debe desarrollar como el contenido y alcance de las resoluciones finales que se adopten de acuerdo a las conversaciones mantenidas con las comunidades, en especial, para mitigar la afectación.

Los actores productivos mineros podrán realizar actividades mineras en áreas protegidas y forestales previo cumplimiento de la normativa ambiental y conexas específicas, y cuando dichas actividades no afecten el cumplimiento de los objetivos de protección del área. II. Las actividades mineras con inicio anterior a la declaración de área protegida, deberán adecuarse a la normativa ambiental respectiva.⁹⁹

Desde ese momento, el capítulo III que aborda el tema sobre el medio ambiente, remite la definición y el marco normativo a la ley N° 1333, de medio ambiente, que es al final la ley que establece el procedimiento y la autoridad que debe conceder las licencias ambientales dentro de Bolivia. No dejando de tener un artículo bastante polémico, que es el Art. 220 que permite explícitamente realizar actividades mineras en áreas protegidas, y que al final es a lo que al día de hoy se haya comenzado el cateo en 8 de los 22 parques naturales con los que cuenta Bolivia.

⁹⁹ BOLIVIA, *Ley minería y metalurgia*, 2014, p. 86.

Ley N° 1333 de 1992

Está es la ley que establece toda la protección y normas para la conservación del medio ambiente y de los recursos naturales en Bolivia. La diferencia que presenta con la ley de la madre tierra es que esta lo que busca es establecer parámetros técnicos específicos frente a temas relativos a la explotación de recursos naturales que busca garantizar un mínimo de preservación ambiental respecto al desarrollo de dichas actividades.

Es por ello que a partir del artículo 5 desenvuelve toda una suerte y presupuesto de lo que es una política ambiental y del cómo debe ser el accionar toda la maquinaria del Estado por la búsqueda de la protección de los recursos naturales. En ese sentido crea el SENMA –Secretaría Nacional del medio ambiente- que es a partir de ese momento la entidad dependiente del poder ejecutivo encargada de realizar la gestión del medio ambiente.

Esta ley también prevé toda la normatividad de las licencias ambientales y el procedimiento que se tiene que realizar para conseguir una dentro de Bolivia, y al final es la norma a la cual hace referencia la ley de minería y metalurgia para todo el tema relacionado con tiempos y requisitos para adquirir las licencias ambientales.

6.3 Legislação mineira no Peru

Clarissa Bueno Wandscheer
Elisa Alberini Roters

6.3.1 Constituição e leis relacionadas à mineração

Em 1990 foi aprovado o Decreto Legislativo nº 613 (Código do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais), que foi um marco na gestão ambiental. Em 1991 foi modificada e, atualmente, está completamente derrogada. No mesmo ano, para incentivar o investimento privado e estrangeiro

foram promulgados os Decretos Legislativos nº 757 e nº 662. O primeiro decreto garante a livre iniciativa privada e estabelece garantias, direitos e obrigações aplicáveis a todas as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras que sejam titulares de investimentos no país (OCMAL et al, s.d. p.58). E o segundo decreto estabelece um regime jurídico de estabilidade para os investimentos estrangeiros, a obrigação de registrar o investimento estrangeiro e um regime de incentivos que envolvem estabilidade nos regimes de contratação de trabalhadores, livre acesso ao crédito interno e liberdade na contratação de seguros (OCMAL et al., s.d. p.58 e 59).

A Lei Geral de Mineração, que foi modificada parcialmente pela Lei de incentivo a investimentos no setor minero, garante aos titulares da atividade de mineração algumas vantagens. Dentre elas: estabilidade tributária e cambial; o Estado reconhecerá ao titular da atividade uma dedução de tributos internos que incidem sobre a produção mineral; os investimentos em infraestrutura de serviço público aprovados pelo órgão competente não serão tributados; liberdade de negociar a produção interna ou externamente; dentre outras. (OCMAL et al., s.d. p.59).

Em 1993 entra em vigor a nova Constituição peruana que determina em seu artigo 66 que os recursos naturais, renováveis ou não, são patrimônio da nação (OCMAL et al., s.d. p.60). Assim dispõe:

Os recursos naturais, renováveis ou não, são patrimônio da Nação. O Estado é soberano em seu aproveitamento. Por lei orgânica se fixarão as condições para sua utilização e as formas de outorga (concessão) a particulares. A concessão de outorga a seu titular é um direito real, sujeito a respectiva norma legal. (PERU, 1993. p.14).

Outra alteração importante ocorreu no tocante à condição das terras de comunidades nativas e camponesas, pois:

(...) para confirmar as mudanças Alberto Fujimori promove uma nova Constituição Política que entrou em vigor em 1993, substituindo a Constituição Política de 1979. Nesse novo texto as terras ou territórios das comunidades nativas e camponesas

deixam de ser inalienáveis e inembargáveis e, portanto, entram no mercado de terras. Além disso, em caso de abandono perdem sua condição de imprescritíveis. (OCMAL et al., s.d. p.56).

É possível depreender essa afirmação do próprio texto constitucional que em seu capítulo VI, sobre o regime agrário e sobre as comunidades camponesas e nativas, estabelece em seu artigo 88 que:

O Estado apoia preferencialmente o desenvolvimento agrário. Garante o direito de propriedade sobre a terra, na forma privada ou comunitária ou em qualquer outra forma associativa. A lei pode fixar os limites e a extensão da terra segundo as peculiaridades de cada área. As terras abandonadas, segundo a previsão legal, passarão ao domínio do Estado para sua **regularização e venda**. (PERU, 1991.p.18) (grifado)

E a venda das terras, sem sombra de dúvidas, é a incorporação final ao mercado, ou seja, a inclusão de “novas mercadorias” ao sistema capitalista de produção que precisa se expandir para se manter.

O aproveitamento dos recursos minerais, também, depende do cumprimento das exigências da lei orgânica de aproveitamento sustentável dos recursos naturais. Por essa lei é possível que para cada tipo de recurso mineral sejam feitas exigências diferentes conforme as peculiaridades de cada caso.

Além disso, no Texto Único Ordenado da lei de Mineração está previsto que qualquer aproveitamento de recurso natural realizado pelo Estado ou pelos particulares, só podem ocorrer se forem mediante o regime de concessão que o próprio Estado deve conceder à todas as atividades na indústria mineira.

A Constituição estabelece, ainda, que os bens públicos são inalienáveis e imprescritíveis. Contudo, o Estado, poderá autorizar a sua utilização econômica. Como se observa no artigo 73 do texto constitucional: “Os bens de domínio público são inalienáveis e imprescritíveis. Os bens de uso público podem ser concedidos a particulares conforme a lei, para seu aproveitamento econômico.” (PERU, 1993. P.14).

O mesmo ocorre com os bens móveis ou imóveis reconhecidos pelo Decreto Supremo nº 16-85 de 22/02/1985, que declara são intangíveis, inalienáveis e imprescritíveis os bens da época pré-hispânica integrante do conjunto de bens do patrimônio Cultura da Nação.

O Decreto Supremo nº 16-85 DE (22-2-85) declara que são intangíveis, inalienáveis e imprescritíveis os bens móveis e imóveis da época pré-hispânica pertencentes ao Patrimônio Cultura da Nação. O regulamento de investigações arqueológicas, RS 0042000, ED, no seu artigo 3, determina que todos os sítios definidos como Monumentos Arqueológicos pré-hispânicos são Patrimônio Cultural da Nação, são intangíveis e estão protegidos pelo Estado. O regulamento ambiental para as atividades de exploração mineral proíbe tais atividades nessas áreas, salvo com autorização do Instituto Nacional de Cultura. (OCMAL et al., s.d. p.61).

Portanto, observa-se que há aberturas na legislação para um eventual aproveitamento econômico das áreas protegidas culturalmente. O mesmo se dá em áreas ambientalmente protegidas consideradas de uso direto, uma vez que a exploração será admitida com a autorização do Serviço Nacional de Áreas Protegidas.

Não se permite a outorga para exploração em áreas naturais protegidas que tem a condição reconhecida de intangíveis, segundo estabelecido pela Lei de áreas Naturais Protegidas, Lei nº 26834. Esta lei classifica as áreas naturais protegidas em áreas de uso indireto e áreas de uso direto. Nas primeiras não se permite o aproveitamento ou extração de recursos, nem tampouco modificações ou transformações do ambiental natural. (...). Nas áreas de uso direto é possível o aproveitamento e a exploração dos recursos naturais, naquelas zonas e para aqueles recursos definidos pelo plano de manejo de área natural protegida. (OCMAL et al., s.d. p.61).

6.3.2 Concessão mineral e exigência legais

No Peru a concessão para exploração, extração é chamada de concessão mineral. Mas existe, também, a possibilidade de outorga para o beneficiamento, o transporte e outros trabalhos. Todas com obrigações e exigências específicas. (OCMAL et al., s.d. p.664). Os concessionários mineiros têm direitos e obrigações as quais se encontram no artigo 37 e 48 da lei de mineração.

O órgão responsável pela concessão mineral é o Instituto Geológico, Minero e Metalúrgico – INGEMMET. A autorização para a realização de atividades mineiras requer licença especial para o uso da água, com a opinião favorável da Autoridade Nacional da Água (ANA) (OCMAL et al., s.d. p.63.) e, também, a emissão de Compatibilidade e de Opinião Técnica Prévia Favorável. Por fim, toda pessoa, física ou jurídica, que queira fazer intervenção na natureza, que possa gerar impactos ambientais, necessita de uma Certificação Ambiental.

Como se observa no trecho que segue:

Segundo a lei do sistema nacional de impacto ambiental toda pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, nacional ou estrangeira, que pretenda desenvolver um projeto de investimento suscetível de causar significativos impactos ambientais negativos, deve obter um certificado ambiental perante a autoridade competente. O regulamento de proteção ambiental do setor mineral e metalúrgico também o exige.

Se requer a licença correspondente para o uso da água, dada pela autoridade nacional da água, conforme dispõe a lei de recursos hídricos.

A emissão de compatibilidade e de opinião técnica prévia favorável sobre uma atividade a ser realizada em uma ANP, segundo determina o artigo 116 do Decreto Supremo nº 038-2001-AG, norma que aprova o regulamento da lei de áreas naturais protegidas, modificado por D.S. 015-2007-AG e 003-2011-MI-NAM. (OCMAL et al., s.d. p.67.)

O proprietário precisa de um regulamento para fazer a exploração (Lei de Terras, art.7) e caso abandone seu território, esse pasará a ser do Estado, conforme já destacado no texto constitucional supracitado.

Cumpre destacar que quando o interesse de mineração ocorrer sobre terras particulares ou comunitárias será exigido a manifestação do proprietário e da assembleia geral com a participação, de pelo menos, 2/3 dos membros da comunidade. (OCMAL et al., s.d. p.67.). A lei 26505 determina em seu artigo 7º que:

Artículo 7º.- Sin acuerdo previo con el propietario de las tierras, no procede establecer derechos de explotación minera. En caso que el yacimiento sea considerado por acuerdo del Consejo de Ministros de interés nacional, previo informe del Ministerio de Energía y Minas, el propietario será compensado previamente, por el titular del derecho minero con el justiprecio y la indemnización correspondiente. (PERU, 1995. p. 01)

Além disso, segundo a mesma lei é possível identificar a garantia do direito de permanência das populações camponesas ou nativas em seus territórios, desde que organizadas. E o direito de manifestação dessas comunidades nos casos de utilização de suas áreas para fins não comunais. A lei 26505 dispõe que:

Artículo 10º.- Las Comunidades Campesinas y las Comunidades Nativas deberán regularizar su organización comunal de acuerdo con los preceptos Constitucionales y la presente Ley. Tratándose de tierras de propiedad de las Comunidades Campesinas de la Costa, la regularización del derecho de propiedad se regirá por las siguientes normas:

a) Para la adquisición en propiedad por parte de poseionarios comuneros sobre la tierra que poseen por más de un año, el acuerdo de Asamblea General de la Comunidad requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los comuneros poseionarios con más de un año. Para los efectos de la adquisición por el actual poseionario, la entrega de las parcelas se acredita con el documento extendido por la Comunidad a su favor.

b) Para la adquisición en propiedad por parte de miembros de la comunidad no poseionarios o de terceros así como para gravar, arrendar o ejercer cualquier otro acto de disposición sobre las tierras comunales de la Costa se requerirá el voto a favor de no menos del cincuenta por ciento de los miembros asistentes a Asamblea instalada con el quórum correspondiente. (PERU, 1995. p.02)

De outro lado, a lei de aproveitamento de recursos naturais, lei nº 26821/1997, permite que as próprias comunidades camponesas ou nativas explorem seus recursos naturais, isso quer dizer minerais ou não, localizados no entorno de suas terras para que possam diversificar suas fontes de rendas e, assim, manter seus usos e costumes tradicionais. A respectiva lei determina que:

Artículo 17o.- Los habitantes de una zona geográfica, especialmente los miembros de las comunidades campesinas y nativas, pueden beneficiarse, gratuitamente y sin exclusividad, de los recursos naturales de libre acceso del entorno adyacente a sus tierras, para satisfacer sus necesidades de subsistencia y usos rituales, siempre que no existan derechos exclusivos o excluyentes de terceros o reserva del Estado. Las modalidades ancestrales de uso de los recursos naturales son reconocidas, siempre que no contravengan las normas sobre protección del ambiente.

El beneficio sin exclusividad no puede ser opuesto a terceros, inscrito, ni reivindicado. Termina cuando el Estado otorga los recursos naturales materia del beneficio. El entorno a que se refiere el párrafo precedente abarca los recursos naturales que puedan encontrarse en el suelo y subsuelo y los demás necesarios para la subsistencia o usos rituales. Recursos en tierras de las comunidades campesinas y nativas, debidamente tituladas.

Artículo 18o.- Las comunidades campesinas y nativas tienen preferencia en el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales de sus tierras, debidamente tituladas, salvo expresa reserva del Estado o derechos exclusivos o excluyentes de terceros. (PERU, 1997. P.03)

Os estudos de impacto ambiental (EIA) são obrigatórios segundo a Lei 27446, pois a mesma dispõe de um Sistema (único) de Avaliação

ção de Impacto Ambiental, o qual controla, supervisiona e previne os impactos ambientais¹⁰⁰. A população poderá participar dos estudos de impacto ambiental. A lei determina que no processo de classificação das atividades, ou seja, de identificação das atividades permitidas na área, a comunidade poderá se manifestar sobre as propostas apresentadas. O Ministério do Meio Ambiente deverá realizar a consulta formal da comunidade nos casos e estudos ambientais detalhados e a convocação deverá ser feita pelos meios de imprensa com maior penetração.

A lei 27446/2001 assim dispõe:

Artículo 14º.- De la participación ciudadana

El SEIA contempla para la participación de la comunidad, lo siguiente:

- a) Que la autoridad competente, durante la etapa de clasificación, tiene la facultad de solicitar a la comunidad o representantes o informantes calificados, los antecedentes o las observaciones sobre la acción propuesta.
- b) Que el proponente y su equipo técnico presente un plan de participación ciudadana y su ejecución.
- c) Que la autoridad competente efectúe la consulta formal durante la etapa de revisión, sólo en los casos de los estudios de impacto ambiental detallados y semidetallados. Estos estudios se pondrán a disposición del público, para observaciones y comentarios, en la sede regional del sector respectivo. La convocatoria se hará por los medios de prensa de mayor difusión, mediante la publicación de un aviso de acuerdo con el formato aprobado en el Reglamento de la presente Ley, cuyo costo será asumido por el proponente. Asimismo, la difusión se realizará por medios electrónicos de comunicación.

¹⁰⁰ Artículo 1º.- Objeto de la ley

La presente Ley tiene por finalidad:

- a) La creación del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental (SEIA), como un sistema único y coordinado de identificación, prevención, supervisión, control y corrección anticipada de los impactos ambientales negativos derivados de las acciones humanas expresadas por medio del proyecto de inversión.
- b) El establecimiento de un proceso uniforme que comprenda los requerimientos, etapas, y alcances de las evaluaciones del impacto ambiental de proyectos de inversión.
- c) El establecimiento de los mecanismos que aseguren la participación ciudadana en el proceso de evaluación de impacto ambiental.

d) La audiencia pública, como parte de la revisión del estudio de impacto ambiental detallado, se deberá realizar a más tardar 5 (cinco) días antes del vencimiento del período de consulta formal. La autoridad competente podrá disponer la presentación en audiencia pública de los estudios de impacto ambiental semidetallados. (PERU, 2001. p.06)

As formas de participação dos cidadãos poderão ser por meio de: audiências públicas, oficinas participativas, pesquisas de opinião, caixas de sugestões, comissões ambientais regionais e locais, grupos técnicos de trabalho e comitês de gestão. (OCMAL et al., s.d. p.71.). E, mesmo com a aprovação da lei que trata especificamente da consulta prévia, lei 29785/2011, não está sendo aplicada for falta de regulamentação. (OCMAL et al., s.d. p.73.)

Desse modo, a consulta objetiva apresentar informações adequadas e suficientes para que o público e, em particular, os potenciais afetados pela medida ou a decisão possam formular uma opinião fundamentada; assegurar a participação, pelo menos, na etapa prévia a tomada de decisão ou execução da medida; eliminar as exigências e requisitos de forma que criem obstáculos, limitem ou impeçam a eficaz participação de pessoas físicas ou jurídicas na gestão ambiental; e, desenvolver, de acordo com sua disponibilidade de recursos, programas de informação ao público, educação e identificação do alcance e benefício da participação. (OCMAL et al., s.d. p.71.).

Por fim, é preciso destacar a previsão da fiscalização pelo Órgão de Avaliação e Fiscalização ambiental (OEFA, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente. A lei nº 28611 determina que a fiscalização compreenda as ações de: vigilância, controle, acompanhamento e verificação do cumprimento das regras e obrigações já estabelecidas sobre as terras destinadas à mineração. (OCMAL et al., s.d. p.73.).

A mesma lei, seu artigo 130.3 “determina que o Estado deverá promover a participação cidadã nas ações de fiscalização ambiental. ” (PERU, 2005. p.66)

Ou seja, prevê a possibilidade da fiscalização popular. Essa fiscalização ocorrerá na modalidade de denúncia de irregularidades aos órgãos ambientais, desde que com a apresentação de provas.

Assim, o regulamento sobre transparência, acesso à informação pública ambiental, participação e consulta cidadã em temas ambientais, aprovado pelo Ministério do Meio Ambiente (DS 0022009 MINAM), determina que qualquer pessoa pode denunciar perante as instâncias correspondentes o descumprimento de alguma norma ambiental, acompanhado das provas do caso. (OCMAL et al., s.d. p.75.).

Infelizmente, em que pese algumas boas previsões de garantia de direitos no estudo comparado realizado pela OCMAL constatou-se uma série de fragilidades na aplicação da legislação peruana e, com isso, uma série de riscos ambientais.

No Peru existe o sistema de avaliação de impacto ambiental e o sistema de avaliação e fiscalização ambiental, ambos deveriam ser um só, mas funcionam em separado. Além disso, a estrutura organizacional de cada uma é muito ineficiente. (...). Isso se deve, principalmente, a ambiguidade no estabelecimento dessas funções alcances.

(...)

De outro lado, não se encontram padronizados os processos de avaliação dos estudos de impacto ambiental. O escritório das nações unidas para o serviço de projetos (UNOPS) identificou em uma consultoria, que fez para o Estado Peruano, que os procedimentos são arbitrários e não estão orientados para realizar uma valoração técnica a partir do interesse público e com seriedade. (OCMAL et al., s.d. p.80.)

6.4 Legislação mineira no Equador

Camila Lemos
Ener Vaneski Filho
Fábio Rezende Braga

6.4.1. Introdução

A Constituição do Equador é uma das mais desenvolvidas na América Latina em relação à inserção da natureza como sujeito de direitos.

Cumprir destacar que a constituição do equador de 2008, em sua busca pelo biocentrismo, admitiu direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento de “*buenvivir*”. Nesta toada, foi dedicada o capítulo quarto para tratar especialmente sobre os direitos das comunidades, povos e nacionalidades, descrevendo de forma clara e concisa a ideia de “Pacha Mama” e a relação homem x natureza.

O Artigo 71¹⁰¹ da constituição equatoriana assegura a todos os indivíduos o direito de exigir o cumprimento dos direitos da natureza.

Nesta linha, a constituição também prevê a restauração aos danos causados à natureza, que não se confunde com a obrigação que têm o estado, as pessoas físicas e jurídicas de indenizar os indivíduos ou coletivos de dependam da natureza que foi afetada.

Corroborar a este entendimento que os povos indígenas afetados pelos danos causados pela mineração terão assegurados seus di-

¹⁰¹ Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema

reitos, eis que diretamente correlacionados à natureza. Desta forma, tanto a natureza quanto os povos indígenas que forem afetados por danos causados pela mineração estão protegidos pela constituição equatoriana, que obriga a indenização e a restauração.

Além de assegurar a indenização e restauração de danos, tem como escopo, por meio de políticas públicas, incentivar as pessoas físicas ou jurídicas que protejam a natureza.

Verifica-se que tanto a constituição, como dito alhures, quanto à lei específica que trata sobre a mineração, “*ley de minería*”, ambas regem a obrigatoriedade do cuidado com a natureza, bem como a consulta prévia, livre e informada dos povos e comunidades tradicionais possivelmente afetados.

6.4.2. Regulação da Mineração no Equador

O estado central tem competências exclusivas sobre os recursos minerais¹⁰².

A Constituição do Equador de 2008 prevê uma série de direitos e deveres em relação a áreas afetadas pela mineração, principalmente em relação aos povos e comunidades indígenas que sofrerem danos.

Fora publicada a “*ley de minería*”¹⁰³, que trata especificamente sobre a temática, abarcando em porcentagens valores devidos sobre a arrecadação.

A lei de mineração prevê a destinação dos recursos econômicos correspondente a 3% das vendas dos minerais explorados em projetos de desenvolvimento local sustentável através das instâncias de governo das comunidades indígenas¹⁰⁴, bem como a repartição

¹⁰² Constituição do Equador de 2008, Art. 261.- El Estado central tendrá competencias exclusivas sobre: (...) 11. Los recursos energéticos; minerales, hidrocarburos, hídricos, biodiversidad y recursos forestales.

¹⁰³ Ley de Minería Norma, Ley 45 Publicación, Registro Oficial Suplemento 517

¹⁰⁴ Art. 40.- Contrato de Prestación de Servicios.- El Estado, a través del Ministerio Sectorial,

de benefícios nos casos de afetação da área indígena¹⁰⁵.

Desta forma, a constituição e a lei de mineração se complementam ao tratar expressamente dos direitos dos povos indígenas que tem suas áreas afetadas pela mineração.

podrá suscribir un Contrato de Prestación de Servicios en los términos y condiciones establecidas por el Ministerio Sectorial y las ofrecidas por el prestatario al momento de la adjudicación. El Contrato de Prestación de Servicios contendrá tanto la remuneración del prestatario minero como sus obligaciones en materias de gestión ambiental, presentación de garantías, relación con las comunidades y actividades de cierre parcial o total de la mina. El modelo de este contrato será aprobado por el Ministerio Sectorial mediante acuerdo ministerial. En este caso, el prestatario no estará obligado a pagar las regalías establecidas en la presente Ley ni los impuestos que deriven de ganancias extraordinarias. **No obstante lo anterior, el Gobierno destinará los recursos económicos correspondientes al 3% de las ventas de los minerales explotados, a proyectos de desarrollo local sustentable, a través de los gobiernos municipales y juntas parroquiales y, de ser el caso, a las instancias de gobierno de las comunidades indígenas, para lo cual se establecerá la normativa respectiva.** En lo demás, el prestatario tendrá los mismos derechos y obligaciones establecidos en el caso de los contratos de explotación minera individualizados en el artículo siguiente.

¹⁰⁵ Art. 93.- Regalías a la explotación de minerales.- Los beneficios económicos para el Estado estarán sujetos a lo establecido en el artículo 408 de la Constitución de la República; es decir, que el Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos en un monto no menor a los del concesionario que los explota. Para este efecto el concesionario minero deberá pagar una regalía equivalente a un porcentaje sobre la venta del mineral principal y los minerales secundarios, no menor al 5% sobre las ventas, adicional al pago correspondiente del 25% del impuesto a la renta, del 12% de las utilidades determinadas en esta Ley, del 70% del impuesto sobre los ingresos extraordinarios y del 12% del impuesto al valor agregado determinado en la normativa tributaria vigente. La evasión del pago de regalías, será causal de caducidad, sin perjuicio de los efectos civiles y penales a que diere lugar. El 60% de la regalía será destinado para proyectos productivos y de desarrollo local sustentable a través de los gobiernos municipales, juntas parroquiales y, cuando el caso amerite, el 50% de este porcentaje a las instancias de gobierno de las comunidades indígenas y/o circunscripciones territoriales. Estos recursos serán distribuidos priorizando las necesidades de las comunidades que se encuentran en áreas de influencia afectadas directamente por la actividad minera. Los titulares de derechos mineros de pequeña minería, pagarán por concepto de regalías, el 3% de las ventas del mineral principal y los minerales secundarios, tomando como referencia los estándares del mercado internacional. El porcentaje de regalía para la explotación de minerales no metálicos se calculará con base a los costos de producción. El Reglamento de esta ley y el Contrato de Explotación Minera establecerán los parámetros para la aplicación del pago de regalías, así como también los requisitos para su distribución.

6.4.3. Regulamentação para consulta prévia dos povos indígenas

O artigo 57, 7¹⁰⁶ da Constituição prevê a consulta prévia, livre e informada. Diversos outros artigos da Constituição expressam e complementam a necessidade da participação ativa dos povos indígenas quando forem afetados de alguma forma.

A “*ley de minería*” também deixa entender a necessidade de consulta prévia, livre e informada em todas as decisões que possam afetá-los. Contudo, a própria constituição determina que os povos e comunidades tradicionais tenham direitos de usufruto e administração de suas terras em questões de recursos naturais renováveis¹⁰⁷, bem como dispõe sobre repartição de benefícios e a consulta prévia, livre e informada sobre os planos e programas de prospecção, exploração e comercialização dos recursos naturais não renováveis que se encontrem em suas terras¹⁰⁸.

A lei supracitada foi outorgada e publicada recentemente, em 2009, sofreu a última modificação em 2011. Portanto, ainda é alvo de muitas críticas e discussões, e não há projetos de leis que discutam a mineração relacionados com povos indígenas em destaque.

¹⁰⁶ Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:
(...)

7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

¹⁰⁷ Art. 57. – (...) 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

¹⁰⁸ 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

7 OMISSÕES E INSUFICIÊNCIAS LEGAIS NO BRASIL

- O art. 176, §1º, da CF/BR prevê a necessidade de lei que estabeleça os critérios para exploração mineral em terras indígenas. Todavia, passados 27 anos da promulgação da norma constitucional não houve regulamentação da situação.

- Falta também a regulamentação do exercício da participação indígena na decisão do aproveitamento de recursos que se der sobre suas terras. O art. 231, §6º, da CF diz que a lavra em terras indígenas só pode ser efetivada com autorização do Congresso (1), depois de ouvida a comunidade (2), além de assegurar a participação desta no produto da lavra (3).

- O PL 5.807/2013 pretende regular o setor da mineração, mas seu objeto é definido por exclusão, de modo que seu texto é expresso (art. 57, PL) no sentido de que **não serão regidos por ele**: os recursos minerais que são monopólio da União (art. 177, CF); os fósseis que comprovadamente sejam de interesse científico e raro; a **mineração em terras indígenas**; e a lavra garimpeira.

- A partir dos impactos constatados na pesquisa conclui-se que o processo de licenciamento para a concessão da exploração mineral não é suficiente ou não está sendo analisado na profundidade que deveria. Isto porque muitos impactos sociais e econômicos, que perduram nas comunidades ou municípios afetados pela atividade de mineração, não são prevenidos, nem mitigados por programas das empresas mineradoras. Enquanto a questão da recuperação ambiental da área degradada não deixa dúvida, por estar expressa no texto constitucional (art. 225, §2º), não significa que a recuperação realmente ocorra, as questões social, econômica e de saúde pública ainda precisam ser mais bem tratadas pela administração pública federal responsável pelas concessões de exploração mineral e pelas licenças de operação dos empreendimentos de minérios no país.

8 AMEAÇAS NO CASO BRASILEIRO

- A demarcação de terras indígenas foi uma grande conquista desses povos, quaisquer mudanças sem o consentimento e a consulta prévia dos povos indígenas de forma correta seria um retrocesso à sociedade brasileira.

- Deve haver um controle rígido das mineradoras, principalmente fiscalização das mineradoras ilegais, para que haja o correto manejo da área a ser pesquisada e utilizar o método menos impactante, tendo em vista que a atividade de mineração por si só causa um impacto enorme no meio ambiente.

- A omissão do DNPM em indeferir os pedidos de pesquisa e lavra em terras indígenas, pois ao interromper os processos de análise para pesquisa ou lavra em áreas indígenas cria uma situação não permitida em lei, pois não há normas regulamentando a mineração em terras indígenas conforme exige a Constituição Federal.

- Outorga de títulos minerários em terras indígenas em descumprimento das exigências constitucionais, pois a falta da autorização dos povos indígenas afetados é pressuposto de validade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade de mineração no Brasil é desenvolvida em regiões ambientalmente vulneráveis e os instrumentos normativos nacionais são insuficientes para garantir a integridade ambiental e social. Mesmo com a previsão constitucional de recuperação de áreas degradadas pela mineração o Estado brasileiro não consegue efetivar essa medida.

A Constituição brasileira prevê a necessidade de autorização do Congresso Nacional para exploração de recursos minerais em Terras Indígenas e regulamentação por lei. As duas exigências não foram verificadas na pesquisa, ou seja, constatou-se pedidos de exploração mineral em Terras Indígenas com o provisionamento de autorização pelo Departamento Nacional de Produção Mineral à espera de regulamentação. Essa regulamentação deveria prever o direito a consulta prévia, de participação dos resultados da lavra e o direito da própria exploração pelos indígenas, caso desejarem.

Dessa forma, o interesse minerário constitui um obstáculo para a regularização de Terras Indígenas em processo de reconhecimento ou homologação. Mesmo a análise a partir do Código de Mineração não auxilia a preservação da sócio e da biodiversidade, pois regula os regimes de aproveitamento das substâncias minerais, em que a exploração pode se dar por meio de concessão, autorização, licenciamento, permissão de lavra garimpeira e monopolização, todas devem ter licença ambiental para início, implementação e desenvolvimento do empreendimento. Contudo as possibilidades previstas são conflitantes com as definições dos institutos e só tornam a atividade de mineração mais incerta e insegura para o meio ambiente e para os povos indígenas, principalmente, pela incompatibilidade entre a exploração mineral e a conservação e preservação de áreas protegidas e povos indígenas.

A atividade de mineração deveria respeitar a previsão da Política Nacional do Meio ambiente e da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais o que não ocorre

na prática. E, ainda, constatou-se que no projeto de lei em discussão para a substituição do atual Código de Minas predomina o mesmo pensamento extrativista com objetivos econômicos em detrimento da proteção da sócio e da biodiversidade nacionais.

A situação não é diferente em comparação com outros países latino-americanos. Verificou-se uma flexibilização da legislação ou das exigências ambientais em prol da exploração mineral na Bolívia, Colômbia, Equador e Peru. As justificativas que permitiram o avanço da atividade nos respectivos territórios variam desde os interesses nacionais em uma maior arrecadação tributária ou outros benefícios decorrentes até justificadas como bens nacionais para a promoção do bem viver.

Até mesmo com a previsão explícita da consulta prévia aos povos indígenas e originários na legislação boliviana não há um avanço significativo na participação desses povos porque não se lhes reconhece o direito de veto. De modo, que a única alternativa será anuir e exigir compensações econômicas pela exploração mineral.

Por fim, se observou nos casos analisados a existência de exigências ambientais, condicionantes para o empreendimento de exploração mineral, geralmente, representado por meio dos procedimentos de licenciamento ambiental, mas insuficientes para garantir a regeneração da área e mitigação dos efeitos da mineração na sócio e na biodiversidade brasileira e latino-americana.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Comentários ao Novo Código Florestal**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BAILEY, R. G. *Identifying ecoregions boundaries*. *Environmental management*, v. 34, supl. 1, p. S14-S26, 2005.

BOSSI, Dário; CHAMMAS, Danilo; MILANEZ, Bruno; CARNEIRO, Marcelo Sampaio. Refêns da riqueza de nossa terra: os impactos da mineração sobre as comunidades. In: **I Encontro Internacional dos Atingidos pela Vale. Dossiê dos Impactos e Violações da Vale no Mundo**. Rio de Janeiro. Abril de 2010.

BARRETO, Maria Laura. Mineração e Desenvolvimento sustentável: desafios para o Brasil. Rio de Janeiro: Cetem/MCT, 2001. Disponível em: <http://www.cetem.gov.br/files/docs/livros/2001/desenv_sustentavel.pdf>.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues. **Dicionário de Direitos Humanos. Escola Superior do Ministério Público da União**. 2010. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki_index.php?page=Partrim%C3%B4nio%20cultural%20imaterial>.

BOLIVIA, **Ley minería y metalurgia**, 2014.

BOLIVIA, **Ley Marco de la madre tierra y desarrollo integral para vivir bien**, 2012.

BOLIVIA, **Constitución Política del Estado Plurinacional**, 2009.

BOSSI, Dário; CHAMMAS, Danilo; MILANEZ, Bruno; CARNEIRO, Marcelo Sampaio. Refêns da riqueza de nossa terra: os impactos da mineração sobre as comunidades. In: **I Encontro Internacional dos**

Atingidos pela Vale. Dossiê dos Impactos e Violações da Vale no Mundo. Rio de Janeiro. Abril de 2010.

BRAGA, F. R.; BERTOLDI, M. R. . “Saberes Costumeiros Associados à biodiversidade e comunidades tradicionais enquanto indicadores de desenvolvimento sustentável”. In: **CONPEDI, Belo Horizonte. Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI - Tema: Democracia e reordenação do pensamento jurídico: compatibilidade entre a autonomia e a intervenção estatal.** Florianópolis :FundaçãoBoiteux. 2011. p. 2384-2399.

BRASIL. **Constituição Federal de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1967.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm>.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 24. 642, de 10 de julho de 1934.** Decreta o Código de Minas. Lei federal (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24642.htm>.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.985, de 29 de março de 1940.** Código de Minas. Lei federal (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1985.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 227, de 28 de fevereiro de 1967.** Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 (Código de Minas). Lei federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934.** Decreta o Código de Águas. Lei federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934.** Aprova o código florestal. Lei federal (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm>.

BRASIL. **Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.** Institui o novo Código Florestal. Lei federal (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm>.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012.** Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Lei federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007.** Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Lei federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Lei federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5807, apresentado em 19 de junho de 2013.** Dispõe sobre a atividade de mineração, cria o Conselho Nacional de Política Mineral e a Agência Nacional de Mineração - ANM, e dá outras providências. Projeto de lei federal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1101841.pdf>>.

BUSTAMANTE, L. A. C.; CAVALCANTE FILHO, J. T.; BIATO, M. F.; GOMES, C. J. V. **Análise do Projeto de Lei de Marco Regulatório da Mineração do Brasil.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, set./2013 (Texto para Discussão nº 137). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 23 jul. 2015.

CANAL MEIO AMBIENTE. Youtube. **Meio ambiente por inteiro: mineração e suas consequências.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iWx3fOPKsjY>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

COMITE EM DEFESA DOS TERRITÓRIOS. Youtube. Debate TV Câmara sobre a mineração. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3b7RuTjJuHA>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

COSTA, Domingos T. Youtube. Panorama mostra impactos da mineração no interior do País – Reportagem da TV Câmara. Disponível em: <https://youtu.be/2gu0yZOW2oc>. Acesso em 26 de julho de 2015.

DINNERSTEIN, E., OLSON, D.M., GRAHAM, D.J., WEBSTER, A.L., PRIMM, S.A., BOOK BINDER, M.P. *Conservation assessment of the terrestrial ecoregions of Latin America and the Caribbean.* Washington: World Bank. 1995, 237 p.

EQUADOR. **Ley de Minería Norma**, Ley 45 Publicación, Registro Oficial Suplemento 517. 2009.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. 2008.

FERNANDES, F.R.C; LIMA, M.H M.R.; TEIXEIRA, N.S. As grandes minas e o desenvolvimento humano das comunidades de baixa renda do semi-árido brasileiro. **Revista do Centro de Ciências Administrativas (UNIFOR)** Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 105-132, jan./jun. 2009.

FREIRE, William. **Comentários ao Código de Mineração**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **Mineração em terras indígenas na Amazônia Brasileira**, 2013. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=QE83l9sR1UwC&lpq=PA1&hl=p-t-BR&pg=PA1#v=onepage&q&f=false>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

LIMA, Liana. Youtube. **Mineração na terra indígena Alto Rio Negro**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MjqS7ln4O7o>. Acesso em: 27 jul. 2015.

LOVELAND, T. R.; MERCHANT, J. W. *Ecoregions and ecoregionalization: geographical and ecological perspectives*. *Environmental management*, v. 34, supp. 1, p. S1-S13, 2004.

MILANEZ, B.; SANTOS, R. S. P. Minería en Brasil: problemas, perspectivas y desafíos. In: Marco Antonio Gandarillas. (Org.). **Extractivismo: nuevos contextos de dominación y resistencias**. 1ed. Cochabamba: CEDIB, 2014, p. 133-154.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. **Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais**. 2006. Brasília–DF. p. 3. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/backup/arquivos/oficinas-de-construcao-da-politica-de-desenvolvimento-sustentavel-para-os-povos-e-comunidades-tradicionais-de-14-a-23-09/texto-contextualizacao-e-texto-base-da-politica.pdf>>.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Governo Federal do Brasil. **Manual de Mineração**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/MANUAL_mineracao.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2015.

NUNES, Paulo Henrique Faria. Meio Ambiente e Mineração: o desenvolvimento sustentável. Curitiba: Juruá, 2006.

OMERNIK, J. M. *Ecoregions of the Conterminous United States. Annals of the Association of American Geographers*, v. 77, n. 1, p. 118-125, 1987.

Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. 2006. Brasília–DF. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/backup/arquivos/oficinas-de-construcao-da-politica-de-desenvolvimento-sustentavel-para-os-povos-e-comunidades-tradicionais-de-14-a-23-09/texto-contextualizacao-e-texto-base-da-politica.pdf>>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 169 da organização internacional do trabalho** – sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 29 jul. 2015.

PERU. **Ley Nº 29785**. Ley de la Consulta Previa a Pueblos Indígenas y este año su Reglamento. 2011.

PERU. **Ley nº 28611**. Ley General del Ambiente. 15 de octubre de 2005.

PERU. **Ley nº 27446**. Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental. 23 de Abril de 2001

PERU. **Ley Nº 26821**. Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. (26/06/1997).

PERU. **Ley Nº 26505**: Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. 1995.

PRADO JUNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: brasiliense, 2006.

SBARDELOTTO, Moisés. SumakKawsay: uma forma alternativa de resistência e mobilização. In.: **Revista do Instituto HumanitasUnisinos** (Revista IHU On-Line). Tradução de Moisés Sbardelotto. Ano X. Edição 340. Agosto de 2010.

SANTOS, Macus Tullius Leite Fernandes dos. A Responsabilidade do Minerador pelos danos ambientais. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_macus_tullius_dos_santos.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2015.

VERDUM, Ricardo. Mineração em terras indígenas. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=0CFUQFjAJahUKEwiIuu_V54zHAhXBVh4KHVA0Ayk&url=http%3A%2F%2Fwww.abant.org.br%2Fconteudo%2F005COMISSOESGTS%2FDocumentos%2520da%2520CAI%2FMineracao.doc&ei=ilC_VYjNOMGte-dDojMgC&usg=AFQjCNE5ruDvImXNleKU0Ggf-tuTI94AKg&sig2=VTVJgcLGNGGiE3g9Tm_usQ&bvm=bv.99261572,d.dmo>. Acesso em: 02 Ago. 2015.

ZHOU, Y.; NARUMALANI, S.; WALTMAN, W. J.; WALTMAN, S. W.; PALECKI, M. A. *A GIS-based spatial pattern analysis model for ecoregion mapping and characterization. International Journal of Geographic Information Science*, v. 17, p. 445–462, 2003.

"A questão da mineração na América Latina e sua geração e destruição de riqueza traz muito mais controvérsias do que concordâncias, criando a sensação de que a vida econômica do continente é impossível sem a extração cada vez mais agressiva das riquezas minerais da terra, mesmo ao preço da destruição das gentes, da flora e da fauna. Isso fica claro nos relatórios apresentados, assim como fica claro o muito de pesquisa que falta para termos, pelo menos, ensaios de caminhos de superação. O futuro dirá."



ISBN 978-85-61651-20-6

