

MINAS — PETRÓLEO — ENERGIA HIDRÁULICA — PREFE-  
RÊNCIA DO PROPRIETÁRIO DO SOLO

— Não há direito de preferência para o aproveitamento de águas públicas.

— Interpretação do art. 153, § 1.º, da Constituição.

CONSELHO NACIONAL DE ÁGUAS E ENERGIA ELÉTRICA

PROCESSO N.º 154-52

Assunto: — Regulamentação do art. 153, § 1.º, da Constituição.

\*

RELATÓRIO

*Relatório e voto do Conselheiro A. Junqueira Aires:* — Pelo aviso de fls. 1, sob n.º GM-223, de 30 de janeiro do corrente ano, dirigiu-se, o Senhor Ministro da Agricultura à presidência deste Conselho dizendo que, com o propósito de regulamentar o art. 153, § 1.º, da Constituição, onde se dispõe sobre os direitos de preferência do proprietário do solo no aproveitamento das riquezas minerais do país, submetera à consideração do Senhor Presidente da República um anteprojeto de lei, acompanhado de exposição de motivos, e sobre êle sugerira a audiência do Consultor Geral da República e dos órgãos da Administração federal interessados. Houve por bem o Chefe da Nação de atribuir a elaboração do projeto definitivo a uma comissão constituída de vários representantes, entre êles o do Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica. Para cumprir tal determinação — conclui o Ministro — transmite aquêles traba-

lhos à apreciação dêste órgão e comunica que dentro de quinze dias convocará, para reunir-se, a comissão instituída pelo despacho presidencial.

O Presidente do Conselho, em data de 1.º de fevereiro, designou o Sr. Dr. Consultor Jurídico, José Martins Rodrigues, para integrar a comissão e, por officio de 11 do mesmo mês, apresentou-o ao titular da pasta.

Pelo aviso urgente sob n.º GM-1.116, de 8 do corrente, pede, entretanto, aquela autoridade, com a maior presteza, o parecer escrito do CNAEE sobre a matéria, a fim de habilitar o Ministério da Agricultura a sujeitá-la à consideração do Presidente da República, impreterivelmente, no despacho de 20 do mês em curso. Tão logo aqui chegado, foi ter o expediente ao Sr. Dr. Consultor Jurídico, que se manifestou pelo parecer n.º 758, de ante-ontem, cujo texto deve enviar-se à dita Secretaria de Estado, como interessante e valiosa contribuição ao estudo do assunto. Na sessão do mesmo dia 12 distribuiu-se o processo ao relator que êste subscreve. A premência de tempo, em capítulo de tal relevância, não permite senão um relance abreviado da questão.

A regulamentação do art. 153, § 1.º, no que tange a jazidas minerais e ri-

quezas do sub-solo, não pertence ao âmbito das cogitações e da competência do Conselho, é setor estranho e diverso, sem outro laço de ligação com águas e energia elétrica do que o dispositivo constitucional que subordina ambos os fenômenos ao regime legal de autorizações e concessões. A análise que aqui se fizer sobre minas há de manter-se, portanto, dentro de naturais reservas. Trata-se de problema especializado, peculiar e complexo, de grande repercussão e importância, máxime na conjuntura atual, quando se concentra sobre o petróleo a atenção pública, e o debate na tribuna e na imprensa assume agudeza cívica, política e emocional sem precedentes. A nação reclama de seus dirigentes e homens de Estado des-cortínio, sagacidade e clarividência. O subsídio que podemos oferecer nesse campo não familiar, é o trabalho do Sr. Dr. Consultor Jurídico, com algumas observações complementares e advertências que adiante se farão.

Quanto a águas e energia elétrica está o Conselho no círculo que conhece para pronunciar-se sobre a regulamentação do preceito constitucional e do direito de preferência, ali previsto, em favor do proprietário do solo.

\*

*Propriedades das quedas d'água e preferência para o aproveitamento industrial de sua energia no direito brasileiro* — Estatui o Código de Águas sobre a propriedade das quedas d'água e direito de preferência para o aproveitamento industrial de sua energia:

Art. 145. As quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica são bens imóveis e tidos como coisas distintas e não integrantes das terras em que se encontrem. Assim, a propriedade superficial não abrange a água, o álveo do curso no trecho em que se acha a queda d'água, nem a respectiva energia hidráulica para o efeito de seu aproveitamento industrial.

Art. 146. As quedas d'água existentes em cursos cujas águas sejam comuns ou particulares, pertencem aos

proprietários dos terrenos marginais, ou a quem fôr por título legítimo.

Art. 147. As quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica existentes em águas públicas de uso comum ou dominicais são incorporadas ao patrimônio da nação, como propriedade inalienável e imprescritível.

Art. 148. Ao proprietário da queda d'água é assegurada a preferência na autorização ou concessão para o aproveitamento industrial de sua energia ou coparticipação razoável, estabelecida neste Código, nos lucros da exploração que por outrem fôr feita.

Que proprietário é esse a quem se assegura preferência na autorização ou concessão para o aproveitamento industrial da energia hidráulica? Será o proprietário do solo? Tratar-se-á daquele que vinha realizando antes o aproveitamento da queda d'água e dela se apropriara como parte integrante da área de terra que lhe pertencia?

Reza o Código, nos arts. transcritos, que a propriedade superficial não abrange a água, o álveo do curso em que se acha a queda d'água, nem a respectiva energia hidráulica. Nada importa, portanto, no caso, a propriedade do solo. Estabelece êle, com ênfase, que as quedas d'água existentes em águas públicas, de uso comum ou dominicais, são incorporadas ao patrimônio da nação, como propriedade imprescritível e inalienável. A queda d'água que pode ser objeto de propriedade particular, pelo sistema do Código de Águas, é aquela situada em curso cujas águas sejam comuns ou particulares. Em águas públicas não existe propriedade privada. A queda, neste caso, é um bem público que jamais pode recair no domínio privado, incorporada que foi ao patrimônio da nação.

Observa, a propósito, Temístocles Cavalcânti:

“Quando essas quedas d'água estiverem em águas públicas de uso comum ou dominicais, nunca poderão passar para o domínio privado, porquanto, incorporadas ao patrimônio da nação, trazem consigo as qualidades inerentes

a esta categoria de bens, são inalienáveis e imprescritíveis”.

Estes, os princípios firmados na lei e que disciplinam a matéria.

Depois de definir, inicialmente, no Livro I, o que são águas públicas e águas particulares, declara o Código:

Art. 9.º Alveo é a superfície que as águas cobrem sem transbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto.

Art. 10. O alveo será público, de uso comum, ou dominical, conforme a propriedade das respectivas águas; e será particular no caso das águas comuns ou das águas particulares.

Do mesmo modo que a queda, o alveo segue o destino das águas. A propriedade das águas determina a propriedade do alveo. Será público se as águas forem públicas; e particular no caso das águas de uso comum ou particular.

Verifica-se do exposto que, relativamente às quedas d’água, só há um proprietário privado de quem é lícito falar: o proprietário da queda existente em águas particulares. Só esse detentor possui o direito de preferência para a concessão do aproveitamento e só a ele se aplica a regra do art. 148 do Código e do art. 153, § 1.º, da Constituição, uma vez que as águas públicas não podem ser objeto de domínio privado. Não há, pois, direito de preferência para o aproveitamento de águas públicas.

Este postulado deve ficar de pé seja qual fór a regulamentação que se venha a dar ao versículo constitucional. Tanto do ponto de vista da construção jurídica, quanto do aspecto prático e da conveniência pública, convém salvaguardá-lo.

Dir-se-á que insubsiste quase a propriedade de águas particulares susceptíveis de aproveitamento industrial.

Quando da elaboração da Carta de 1946, apresentou o deputado Oscar Carneiro, com outros congressistas, uma emenda nesse sentido, buscando estender ao proprietário ribeirinho o direito de preferência ou de coparticipação nos lucros da exploração. Salientava o autor da proposição que a propriedade das quedas d’água se convertera num eu-

femismo jurídico, tais as restrições traçadas pela legislação, a pretexto de definir a navegabilidade ou fluviabilidade dos cursos d’água, diluindo de tal modo aquêle direito que melhor fóra considerá-lo inexistente.

Aludia aos dispositivos tradicionais do direito brasileiro que amparavam, em relação às minas, o superficiário, e em relação, às quedas d’água, o ribeirinho. Conservando, — diz êle, — o domínio público das fontes de energia hidráulica, ressalva, todavia, a emenda de sua autoria, em determinados casos, aos proprietários dos imóveis atravessados pelos cursos d’água onde existam, o direito de preferência sobre o aproveitamento delas, ou coparticipação nos lucros, quando êsse aproveitamento não se destinar ao uso público. Trata-se, assim, de mera concorrência entre particulares, para aproveitamento particular. Essa, a antiga norma de nosso direito. O proprietário de um imóvel confinante com terreno de marinha tem preferência no seu aproveitamento. Por que, pois, negar êsse direito ao proprietário cujas terras confinam com um curso d’água aproveitável industrialmente? Quando, porém, a concessão se destinar ao uso do público, ao benefício geral, não haverá preferência, nem direito à coparticipação nos lucros, porque bem público, para uso público.

A iniciativa não vingou. O limitado aproveitamento, de interesse do ribeirinho, circunscrito à utilização do prédio marginal, já se beneficiara mais adequadamente com a prescrição constitucional que isenta de autorização ou concessão a instalação de potência reduzida (art. 153, § 2.º).

Como quer que seja, entretanto, o episódio focaliza alguns aspectos característicos e certos conceitos dignos de meditação.

Entre êles o de: bem público, para uso público; e nenhuma preferência quando a concessão se destinar ao uso do público e ao benefício geral. Tem perfeita razão, além disso, o deputado Oscar Carneiro quando afirma que já quase não há quedas em águas parti-

culares e, pois, a propriedade delas constitui eufemismo jurídico.

Na discussão havida sobre o parágrafo 2.º do art. 153 sugeriu Israel Pinheiro suprimir-se a locução: “para uso exclusivo do proprietário da fonte de energia”, a fim de que se permitisse a utilização das pequenas quedas d’água, não só pelo proprietário, como também pelos vizinhos.

\*

*A separação da queda d’água da propriedade* — Do solo — diz êle — teve justamente por finalidade impedir que ficasse como monopólio ou privilégio do possuidor do solo. Argumenta no mesmo sentido Nestor Duarte que, tendo a Constituição consagrado o *Sistema Jurídico* por força do qual *não exerce propriedade privada sobre riquezas do subsolo e fontes de energia*, claro é que constitui contradição dêsse sistema afirmar-se, no questionado parágrafo, possa alguém ser proprietário de fonte de energia.

Tanto a experiência como a doutrina, motivos e fatos já de aceitação geral e do consenso dos doutos, conforme se apontou, aconselham, por conseguinte, a manutenção do esquema vigente sobre propriedade das quedas d’água e preferência para aproveitamento industrial de sua energia.

E’ certo que a Constituição de 1946 retrocedeu de orientação, ressuscitou a figura retardatária do proprietário do solo, ao invés do proprietário da queda, cometeu um anacronismo, repondo no problema da exploração das minas e do potencial hidráulico, o desaparecido, atrasado e autoritário senhorio da terra.

De referência às quedas d’água, e não obstante o recuo cometido, a legislação ordinária, a prática do sistema, a jurisprudência administrativa e a evolução das circunstâncias neutralizaram os inconvenientes da disposição. Não há quase titulares do direito de preferência e, quando os haja, a preferência grava ínfimos aproveitamentos, a utilização inexpressiva de águas particula-

res, que são, como se viu, as únicas passíveis de propriedade privada.

A conclusão sustentada nesta parte pelo Sr. Dr. Consultor Jurídico merece, sem hesitação, o beneplácito do Conselho, *verbis*:

7. No que se refere, especialmente, à energia hidráulica, julgamos que, embora o art. 153 também a ela se reporte, não convém fazer-se, conjuntamente com as normas sobre os recursos minerais, a regulamentação do texto constitucional na parte que se lhe refere. O próprio legislador constituinte sentiu a necessidade de diferenciá-los, como se vê da segunda parte do § 1.º daquele artigo.

Já existe a respeito, no Código de Águas, a regra do art. 148, que resguarda o direito de preferência do proprietário, na autorização ou concessão para o aproveitamento industrial da energia de quedas d’água situadas em rios particulares, única hipótese de domínio privado das mesmas. E, parece, a aplicação das normas do Código não tem oferecido maiores dificuldades. Aquela disposição do art. 148 se amplia e esclarece também com as do art. 152 e respectivos parágrafos; e bastará talvez regulamentá-las para acorrer a possíveis embaraços de ordem prática.

Aliás, como já salientamos, a hipótese de propriedade privada da queda d’água, na exploração de energia hidráulica, é pouco comum, pois os desníveis aproveitáveis — visando o serviço público e grandes usinas de energia — situam-se, geralmente, nos rios públicos, sendo públicos também.

Nem só a novidade de restaurar o superficiário contém a Lei Magna de 1946 no tocante à propriedade das águas e das minas. Assim é que o art. 35 institui direito novo quando consigna que se incluem entre os bens do Estado os lagos e rios em terrenos de seu domínio e os que têm nascente e foz no território estadual. Diante dessa regra, que não constava dos estatutos básicos anteriores, é lícito indagar se subsiste a possibilidade da existência de rios particulares e de cursos cujas

águas não sejam públicas. Se entender-se que o art. 35 operou a transferência dos rios particulares para o domínio dos Estados, terá o Código de ser revisado e ajustado àquele preceito.

Também carente de revisão é o capítulo que classifica as águas públicas em relação a seus proprietários (Título II — Capítulo único), com o objetivo de eliminar da classificação o município e os rios municipais, discriminação que já era anômala antes e que se não coaduna presentemente com a Constituição de 1946.

Tais são as ponderações que se afiguram oportunas e cabíveis quanto à propriedade das quedas d'água e preferência para o aproveitamento industrial de sua energia, tendo em vista o projeto de regulamentação do art. 153, § 1.º, da Constituição.

\*

*Propriedade do solo e propriedade das minas. Preferência em favor do proprietário* — No período colonial as minas eram de propriedade da Corôa que procurava incentivar por todos os meios a mineração, principal fonte das receitas hauridas pela metrópole e pelo imperante.

Do regime regaliano da colônia passou-se, no Império, ao regime domínial consagrado no art. 179, § 22, da Constituição de 1824.

Atilio Vivacqua, em seu magnífico livro "*A Nova Política do sub-solo e o regime legal das Minas*", comenta:

"A antiga *data mineral*, permaneceu no Império com a sua estrutura jurídica e econômica de propriedade particular, distinta do solo, perpétua e transmissível, quer estivesse ou não aproveitada, conceituada como prédio rústico para efeito da transmissão e hipotéca.

.....  
"Aliás, a estrutura dessa propriedade *sui generis*, individualizada, independente da propriedade da superfície, tem a sua matriz no próprio direito português — a Ord. II, Tit. 34, n.º 9, que erigiu a mina concedida e demarcada, em propriedade privada,

como desmembramento do antigo domínio magestático.

"O regime mineiro deixado pela monarquia permaneceu até a promulgação da primeira Constituição republicana.

Esta, retirando do patrimônio do Estado as minas para incorporá-las ao domínio do superficiário, *quebrou uma tradição jurídica*, cujas raízes mergulhavam no sub-solo da nacionalidade".

Foi a Constituição de 1891, ainda abeberada nos princípios da Revolução Francesa, que erigira contra o absolutismo e o privilégio, — a família e a propriedade, — fortalecendo-as até as mais extremas consequências e preparando o advento industrial do século XIX, a burguesia e o capitalismo, — foi a ênfase liberal, algo, tardia, mas nem por isso menos crédula e veemente, da primeira Carta republicana, que instaurou o rígido regime de acesso estipulado no art. 72, § 17:

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

As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

Lembra um estudioso (Aleides Pinaheiro *Direito das Minas*, que o duro texto constitucional havia eliminado a possibilidade de qualquer lei controladora e daí o declínio assustador da indústria extrativa. Tentativas diversas de contornar o embaraço não lograram êxito. O primeiro projeto de lei apresentado, da autoria de Antônio Olinto, estipulava: "a mina é reputada um imóvel e constitui propriedade distinta da propriedade superficial." Caiu do mesmo modo em seguida, rejeitada por esmagadora maioria, proposição semelhante, formulada pela Comissão de Fazenda. Dois outros projetos resultaram infrutíferos. Mais tarde a Lei n.º 2.933, de 1915, da iniciativa de Calógeras, não teve execução por falta de regulamentação. Sobreveio então, em

1921, o Decreto Legislativo n.º 4.265, cujos artigos 5.º e 6.º provêm:

Art. 5.º A mina constitui propriedade imóvel, acessória do solo, mas distinta dêle.

Art. 6.º É permitido ao proprietário separar a mina do solo para o fim de arrendar, hipotecar ou alienar, e pode fazê-lo com relação à propriedade do solo reservando para si a da mina.

A todo indivíduo, nacional ou estrangeiro, era facultado manifestar a descoberta de u'a mina, que o manifestante se obrigava a pesquisar no prazo de um ano, garantida, porém, a preferência do proprietário se, no têrmo de sessenta dias, concorresse à inscrição do manifesto. Ao descobridor era assegurado o direito de lavrar, com opção do proprietário, ou mediante indenização dêste.

Jungida embora ao grilhão constitucional da propriedade do solo, busca a legislação ordinária, durante a Primeira República, minorar a severidade do mandamento, sua prepotência obscurantista e estreiteza fechada que asfixiavam uma das atividades tradicionais do país.

Com a Revolução de 1930 e a renovação das instituições que então se operou, advém afinal o Código de Minas.

A exposição de motivos, de 28 de junho de 1934, com que o Ministro Juarez Távora submeteu o novo diploma ao exame e assinatura do Presidente da República, merece a rememoração e o destaque de alguns tópicos:

“As jazidas de substâncias minerais úteis à indústria passaram, bem como as minas, a constituir propriedade distinta da do solo e não parte integrante dêste ou do sub-solo em que estiverem encravadas, e seu aproveitamento, quer sejam do domínio público, quer do domínio privado, tornou-se dependente de autorização ou concessão prévia do Governô da União, segundo o regime instituído no presente Código.

Ficou assim consagrada na nova legislação a tendência moderna de transformar-se a propriedade em geral, de um simples direito subjetivo do pro-

prietário em uma função social do detentor da riqueza, opondo-se à *propriedade-direito* do passado, à *propriedade-função*, reconhecida pela cultura econômica dos povos como uma das condições existenciais da sociedade contemporânea.

As jazidas e minas, conhecidas na data da publicação dêste Código, pertencerão aos proprietários do solo, onde se encontrem, ou a quem fôr por legítimo título, mas êsse direito de propriedade limita-se à preferência na concessão da lavra ou à coparticipação nos resultados da exploração que por outrem fôr feita. Elimina-se destarte a feição individualista ou de amplas facultades subjetivas dessa propriedade. O possuidor da riqueza é obrigado a empregá-la conforme seu destino social, fazendo valer o capital que detém.

As riquezas do sub-solo, desconhecidas na data da publicação dêste Código, de acôrdo com o espirito dos novos preceitos, já aprovados, da Constituição a promulgar-se, *deixaram de pertencer ao proprietário do solo onde acaso existirem*, pois que a garantia constitucional dos direitos adquiridos não pode aplicar-se senão aos direitos que tenham uma existência real no patrimônio de quem os possua e *não se poderia logicamente atribuir aos proprietários da superfície um direito dessa natureza sobre uma azida hipotética, cuja existência êle ignora*, porque ainda não a descobriu. Tais jazidas não podem ser objeto de direitos adquiridos por parte dos senhores do solo, quando muito se lhes poderia reconhecer mera expectativa de direito, bem diverso de um direito em cujo uso e gozo já está o possuidor.

A nova legislação mineira, colocando a indústria mineral sob o contrôle direto do poder público federal, que poderá delegar, em determinados casos, tal atribuição aos governos estaduais, nada mais representa do que uma evolução natural do direito das minas, já processada nos povos mais cultos e adelantados e consagrada em suas cartas políticas. Resulta precipuamente do tá-

cito reconhecimento do estado de apatia e estagnação em que se encontra a mineração do país e da nenhuma influência que sobre seu desenvolvimento conseguiram exercer a lei e o regulamento de 1921, ainda em vigor, não obstante os evidentes esforços que com êsse propósito e mesmo sem amparo de uma legislação adequada, vinha de longa data envidando a Administração federal.”

Lança êsse documento as perspectivas do problema, ao mesmo tempo que arrazoa as decisões do poder público concretizadas no novo instrumento. O aproveitamento das jazidas passa a depender de autorização ou concessão do Govêrno, e a indústria mineral fica sob o contrôle direto da Administração federal. As riquezas do sub-solo, desconhecidas na data da publicação do Código, deixaram de pertencer ao proprietário do solo, nem se poderia atribuir ao superficiário um direito dessa natureza sobre uma jazida hipotética, cuja existência êle ignorava. Orientado por êsses rumos e propósitos, estabeleceu o Código no art. 5.º:

Art. 5.º As jazidas conhecidas pertencem aos proprietários do solo onde se encontrem, ou a quem fôr por legítimo título.

§ 1.º As jazidas desconhecidas, quando descobertas serão incorporadas ao patrimônio da Nação, como propriedade imprescritível e inalienável.

§ 2.º Só serão consideradas conhecidas, para os efeitos dêste Código, as jazidas que forem manifestadas ao poder público na forma e prazo prescrito no art. 10.

Art. 6.º O direito do proprietário sobre a jazida limita-se à preferência na concessão ou a coparticipação, que a lei estipula, nos resultados da exploração.

A Constituição de 1934 ratificou logo depois o provimento do Código, cobrindo a mesma linha:

Art. 119. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade pri-

vada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.

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

§ 6.º Não dependem de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob essa mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitòriamente suspensa.

O mesmo pensamento, que parecia definitivo e pacífico, inspirou a Constituição de 1937:

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

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

Novo Código de Minas promulga o Decreto-lei n.º 1.945, de 29 de janeiro de 1940. Assevera-se aí, mais uma vez, (art. 4.º) que a jazida é bem imóvel, distinto e não integrante do solo. As jazidas manifestadas e registradas, na forma do antigo Código, estavam oneradas (art. 7.º), em benefício dos manifestantes, pelo prazo de cinco anos, com a preferência para autorização de lavra ou, quando a outrem autorizada, com uma percentagem nunca superior a 5% da produção efetiva.

A Lei Constitucional n.º 6, de 13 de maio de 1942, deu nova redação ao § 1.º do art. 143 do texto de 10 de novembro de 1937:

§ 1.º A autorização só será concedida a brasileiros ou emprêsas cons-

tuidas por acionistas brasileiros, podendo o Governo, em cada caso, por medida de conveniência pública, permitir o aproveitamento de quedas d'água e outras fontes de energia hidráulica e emprêsas que já exercitem utilizações amparadas pelo § 4.º, ou às que se organizem como sociedades nacionais, reservada sempre ao *proprietário* preferência na exploração ou participação nos lucros.

A preferência para exploração da jazida ou da queda d'água, na seriação invariável dos enunciados transcritos, é sempre atribuída ao *proprietário*, sem mais evocação ou lembrança da figura superada do *proprietário do solo*, o velho senhor da terra, de que a propriedade da mina se desvinculou, destacou-se, desmembrada e autônoma.

Eis que, porém, na Constituição de 1946, ressurge o retardatário fantasma:

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

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

O regime da acessão, estatuído na Lei Magna de 91, contraveio, segundo se mostrou, à tradição do direito brasileiro. O Código de Minas e a Carta de 34 restabeleceram, porém, a política indispensável ao desenvolvimento do país e ao estímulo da atividade mineira, que ajudou a povoá-lo e colonizá-lo.

Nas *razões do veto*, oposto, em 27 de abril de 1937, ao projeto de lei que prorrogava por um ano o prazo para manifesto de jazidas conhecidas, frisara o Presidente da República diferença e confrontos ainda agora de maior oportunidade:

"1.º No sistema da Constituição de 1891, a propriedade das jazidas mi-

nerais era acessória da propriedade do solo (art. 72, § 17). O art. 5.º da Lei n.º 4.265, de 15 de janeiro de 1921, considerou-a *distinta dêle*, mas tão somente para permitir ao proprietário separar a mina do solo para o fim de arrendar, hipotecar ou alienar, e fazê-lo com relação à propriedade do solo, reservando para si a da mina. Em suma, na vigência da Constituição de 1891, interpretada pela Lei n.º 4.265, as minas e jazidas minerais constituem propriedade imóvel distinta do solo, mas acessória dêle, isto é, regiam-se pelo sistema denominado da acessão, com todos seus consectários lógicos e jurídicos. Sob tal regime, a intervenção do poder público, em tudo que respeitava ao aproveitamento industrial das minas e jazidas, limitava-se ao exercício de um direito de polícia, de natureza perfeitamente idêntica ao entendido à livre utilização da propriedade em geral, caracterizado apenas pelas modalidades específicas inerentes àquele campo de aplicação (Lei n.º 4.265, arts. 72 a 83). O sistema da acessão, adotado expressamente pela Assembléia Constituinte de 1891, em aberto conflito com a tradição secular do direito pátrio, não permite ao poder público outra conduta, embora o direito positivo mais recente já lhe impusesse, na Itália, na França, na Alemanha, para maior garantia da defesa militar e mais alto rendimento de economia das matérias primas, o dever de incentivar e dirigir a exploração das riquezas naturais, somente praticável sob o regime de concessão.

.....  
Importa advertir, por último, que, por força do mencionado texto (Const., art. 119, § 1.º), aos donos das jazidas de propriedade privada ao tempo da elaboração do novo regime, somente foi ressalvado um direito que em absoluto não se identifica com o de propriedade e que, ao invés de confirmar, atesta de maneira iniludível a sua negação, isto é, o de preferência na exploração ou coparticipação nos lucros. Deliberando sábia e prudentemente, quis a Assembléia Constituinte, com aquela

ressalva, *atenuar os efeitos da implantação entre nós, do regime domínial.*

Mas ao aludir à propriedade privada, no contexto do art. 119 e nos seus §§ 1.º e 2.º, a Constituição claramente se reporta à que incidia *sobre as jazidas minerais já conhecidas*, na data da sua promulgação *porque as não conhecidas, só pelo vínculo jurídico da acessão, vínculo por ela desfeito, poderiam de futuro recair sob domínio particular.*

.....  
“Quanto às *jazidas desconhecidas*, declarou o Código que, quando descobertas, *serão incorporadas ao patrimônio da nação como propriedade imprescritível e inalienável*”.

Patente é o retrocesso da Constituição de 1946 e tanto mais significativo e impressionante porque ocorre com a era do petróleo no Brasil, na justa ocasião em que nossos atos mais precisam do apoio das instituições, e é nas fontes da nacionalidade que nosso espírito deve imbuir-se.

À luz dos fatos históricos e da consciência legislativa que se diria perfeitamente formada e cristalizada, através da sucessão de tantas prescrições idênticas, só uma precipitação emotiva e momentânea, que não é rara nas assembleias, pode explicar a mudança.

Vale a pena recordar a gênese do criticado garágrafo nos debates da Comissão Constitucional. A primitiva proposição falava apenas em *proprietário* e não *proprietário do solo*, como veio a ficar no texto final. O deputado Ataliba Nogueira taxou de ambígua a redação e a ressalva de coparticipação nos lucros em favor do proprietário do solo. Poderá essa participação verificar-se — ponderava ele — na hipótese de aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais, nunca, porém, no das quedas d’água, máxime quando destinadas a serviços públicos. Não se compreende — prosseguia o professor paulista — que o particular seja sócio do serviço de utilidade coletiva. O certo é, porém, dizer-se, como sua emenda consigna, “ressalva-

do aos proprietários do solo, onde se achem as minas e jazidas minerais, a preferência na lavra ou participação na mesma”.

Rebate o ilustre senador Atilio Vivacqua, abalizada autoridade na matéria, com as seguintes explicações lapidares:

“Adotamos o regime concessionário. Por ele a propriedade mineral, enquanto não destacada do solo, constitui um todo indistinto e passa pela concessão a ser *propriedade nova*, a que se referia Napoleão na elaboração do Código Mineiro de 1810. Essa propriedade se reveste de características particulares e é informada por um essencial interesse de ordem pública e nacional. Em virtude da aplicação do art. 5.º, § 2.º, do Código de Minas de 1934, consagrado na legislação subsequente. *A quase totalidade das riquezas minerais pertence à União.* A domínialização não abrangeu determinadas minas e jazidas, como as que se achavam em lavra na data da Constituição de 1934 e 1937, as minas juridicamente individualizadas, por ato unilateral do proprietário na vigência da Constituição de 1891, sob o regime do próprio Código Civil, da Lei n.º 4.265, de 15 de janeiro de 1921, as jazidas manifestadas de acôrdio com o Código de Minas de 1934, etc.

No sistema do atual Código de Minas, e dentro do princípio do projeto, o *proprietário do solo é um terceiro em face à propriedade mineral.* Seus direitos devem ser considerados na sua situação jurídica de superficiário, nas relações entre os dois domínios — o do terreno e o do depósito mineral.

.....  
Não se explica a preferência ao proprietário do solo, para de modo obrigatório atribuir-lhe o direito de explorar a jazida, *locupletando-se com os dispêndios e sacrifícios do prospector.* Raramente o dono do fundo tem os atributos técnicos e financeiros para a exploração.

.....  
É incompreensível que se dê ao proprietário do solo um *privilegio*, em razão do domínio e isto conflita com

o espírito e a finalidade do regime concessional.

Não é justo que um prospector ou pesquisador, após superar as incertezas e óbices da descoberta, sofrimentos às vêzes dramáticos, seja preterido na concessão pelo proprietário inerte, que até então nada descobrira no sub-solo.

O dispositivo, como se acha redigido, vai matar o incentivo dos pioneiros audaciosos e corajosos da mineração, pois, uma vez prospectada e pesquisada a jazida, poderá vê-la ser lavrada por outro.

Para ilustrar, de maneira tremendamente objetiva e impressionante, as iníquas e absurdas consequências do direito de preferência atribuído, cegamente, em função do domínio da terra, bastaria o caso das pesquisas de petróleo, êsse drama da história que custou rios de dinheiro e de sangue, e os mais maravilhosos esforços da ciência, da técnica e do trabalho. Pois bem: após a pesquisa de um poço de petróleo, revelada tal riqueza, o proprietário do solo, que se conservou em inércia seria o beneficiado da fortuna, o premiado à custa do descobridor e pesquisador."

Aí está. Apesar de tão lúcidos argumentos e da eloquência dessa demonstração, a Assembléa Constituinte adotou o teor estatutário vigente e reimplatou na exploração da mina o dono da terra, portador de uma prioridade opressiva e incompatível. Opôs ao espírito de desbravamento a procura do minerador e do garimpeiro o *dictat* sedentário do coronel rural ou do posseiro aferrado ao chão.

Fê-lo certamente de boa fé, inspirada no respeito ao homem que ocupa e semeia a gleba que pisa. E na paisagem patriarcal dos engenhos e das fazendas... Desserviu, porém, à atividade mineira, formadora da nacionalidade, e às imposições do progresso e da época. Dela dependem a industrialização do país, soluções de base da riqueza pública, o equipamento da produção, da defesa e do transporte, libertação econômica e política, auto-determinação efetiva, segurança interna e externa, fer-

ro, carvão, petróleo, metais, minérios estratégicos e atômicos, fertilizantes, cristais, cimento, matérias primas.

Regulamentar, neste grave e solene passo e na encruzilhada de direções em que se acha o espírito público, presentemente, regulamentar a norma retrógrada do art. 153, § 1.º, será talvez galvanizar um dispositivo passageiro, condenado, que não resistirá a uma segunda análise, consolidar um equívoco reminiscência errática do velho senhor da terra, contra os interesses permanentes do Brasil.

Aquilo que neste particular estabelecermos agora acarretará consequências sociais, econômicas e políticas sem precedentes e cuja segura previsão nos escapa.

Que tem o proprietário do solo, na boca de um poço de petróleo, que não pesquisou e perfurou, com a jazida de líquido ou de gás, espalhado na região e advindo de outras áreas, vizinhas ou longínquas, e que ali sangra por acidente, como da extremidade de um encanamento? Como pode um ponto apenas, casual e mínimo, dominar a geografia subterrânea do petróleo? A punção num reservatório, de vasos comunicantes e múltiplos compartimentos e circuitos, não confere por si só o direito de apossar-se de seu conteúdo, muito menos por quem não a fez e está de fora esperando que escoe. Que relação arbitrária é essa que se apodera do desconhecido e expelle o que nêle se aventurou para desvendá-lo? Onde a justiça de estender o direito do superficiário ao minério que não se configura e não se contém nas fronteiras de sua propriedade e nem acesso do solo é? Superficialmente de quê, se o petróleo não está embaixo da terra que possui?

Se, contudo, prevalecer a alternativa de regulamentar o art. 153, § 1.º, da Constituição, mister se faz precisar com rigor o conceito e o limite do direito de preferência.

Qual o verdadeiro conteúdo do direito de preferência e o que efetivamente representa êle?

Constitui um direito individualizado e autônomo ou a idéia de preferência

exclui a de um direito absoluto e presuppõe duas ou mais situações iguais, só se exerce depois de apreciados títulos e requisitos previstos na lei, como quer o acórdão da Côrte Suprema, hoje Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Eduardo Espínola?

Pode e deve o direito de preferência ser objeto de desapropriação, segundo pretende um dos projetos?

Cabe o direito de preferência na hipótese de exploração direta da mina pelo poder público?

Justo será, por acaso, como prevê um dos preceitos sugeridos, reconhecer ao estrangeiro, impedido pela Constituição de obter autorização ou concessão para explorar as riquezas do sub-solo, a faculdade de fazer cessão de um direito que não possui a pessoa a quem não falte a capacidade para exercer a preferência?

Estas e outras questões, e controvérsias, pertinentes ao direito de preferência, reclamam cogitação atenta, resolvida que seja a regulamentação em mira.

#### CONCLUSÃO

Tais são as considerações e advertências de que o relator se sentiu no dever, excusando-se da fatigante exposição, inçada de citações e transcrições, por “não ter tido tempo para ser breve”. Caso mereçam elas o referendium do plenário, poderá o CNAEE transmitir êste relatório, acompanhado do parecer do Sr. Dr. Consultor Jurídico, à esclarecida apreciação do sr. Ministro da Agricultura, que solicitou o pronunciamento dêste órgão, sôbre a regulamentação do art. 153, § 1.º, da Constituição.