

A EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS MINAS E A CONSTITUIÇÃO DE 1967

ALFREDO DE ALMEIDA PAIVA

Consultor Jurídico do Ministério
das Minas e Energia

SUMÁRIO: *Introdução — Independência e autonomia do direito das minas — Conceitos de jazida e de mina — Os sistemas de exploração e aproveitamento das jazidas e minas — Os sistemas do Brasil Colônia e do Império — A Constituição de 1891 e a Reforma Constitucional de 1926 — O Código de Minas de 1934 — A Constituição de 1934 — A Constituição de 1937 — O Código de Minas de 1940 — A Constituição de 1946 e sua vigência — A Constituição de 1967 — A extinção do direito de preferência do proprietário do solo — A situação das jazidas objeto de monopólio estatal — O direito de prioridade — Os processos em curso ao entrar em vigor a Constituição de 1967 e o direito de preferência — Conclusão.*

1. *Introdução* — A existência de grandes depósitos minerais em toda vastidão do território nacional, em sua maior parte desconhecido e inexplorado, estava a exigir dos poderes públicos a reformulação dos instrumentos legais e jurídicos postos a serviço de sua exploração e aproveitamento. Neste sentido, para que a indústria minerária brasileira possa acompanhar a demanda, que lhe é imposta pelo crescente desenvolvimento econômico do país, deverá ela tornar-se mais objetiva, atuante e dinâmica através da ação coordenada das organizações privadas e dos órgãos governamentais.

Atenta àquela realidade e inspirada em longa experiência dos órgãos técnicos do governo, a Constituição de 1967 procurou colocar o problema em termos realistas, suprimindo o direito de preferência, que até então assistia ao proprietário do solo, para substituí-lo pelo direito de participação nos resultados da lavra.

Esta a principal inovação do texto constitucional com relação às jazidas e minas a qual está destinada a provocar profunda repercussão nas atividades minerárias em todo o país.

Simultaneamente com o novo texto constitucional, entrou em vigor o Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967), modificado pelo Decreto-Lei nº 318, de 14 de março de 1967, que, dentro em breve, deverá ser seguido do decreto de sua regulamentação. A entrada em vigor do novo texto constitucional, do novo Código de Mineração, e, futuramente, do decreto de sua regulamentação, está a exigir que para eles se voltem as atenções dos estudiosos do problema, particularmente dos juristas, no sentido de contribuírem para sua divulgação e esclarecimento.

Outro propósito não tem o presente trabalho senão o de chamar a atenção de todos para a importância do assunto.

2. *A autonomia do direito das minas* — Não obstante suas íntimas relações com vários ramos do direito público e do direito privado, pois recorre aos princípios do direito constitucional, do direito civil e, principalmente, do direito administrativo, o certo é que o direito das minas, hoje em dia, pode ser encarado como constituído e estruturado por um conjunto de princípios e normas que lhe conferem características especiais, de independência e autonomia.

Neste sentido, afirma Galardoni que “o direito das minas constitui o sistema orgânico das disciplinas jurídicas que regulam a propriedade do subsolo e as atividades de exploração das energias que lhe são inerentes” (Guimarães Menegale, *Direito Administrativo e Ciência da Administração*, 2ª ed., vol. 3, pág. 273).

Ainda que se lhe não reconheça a autonomia científica, há que se concordar que os princípios que regem a propriedade das jazidas e minas e regulam as atividades de sua exploração e aproveitamento econômico e industrial interessam particularmente à administração pública, pois que lhe cabe a tarefa de incentivá-las, discipliná-las e fiscalizá-las.

Como acentua Temístocles Brandão Cavalcânti, “as riquezas do subsolo representam, no conjunto da economia do Estado, um dos elementos de maior importância e, em torno dêsse tema, a política, a economia e o direito se disputam a preeminência.

É que, não somente, deve se levar em conta no exame dos problemas ligados à exploração das riquezas minerárias, aquelas questões ligadas aos meios ou processos de extração, mas também, ao domínio, à utilização da propriedade, do aproveitamento do solo e do subsolo” (*Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed. 1956, vol. III, páginas 273-274).

Eis porque o direito das minas, a princípio mais ligado e prêso ao direito privado, tem evoluído para a esfera do direito público, interessando, particularmente, ao direito administrativo.

No que se refere ao direito brasileiro, a evolução dos princípios constitucionais e legais, que regulam a exploração e o aproveitamento das jazidas e minas, configura um sistema que, embora ligado a outros ramos do direito, se reveste de características especiais e, até certo ponto, independentes e autônomas.

Não será, portanto, desarrazoado falar-se de um direito das minas no sistema constitucional e legal brasileiro, cuja evolução, operada ao longo do tempo, realmente lhe confere as características apontadas.

3. *Conceitos de jazida e de mina* — Como expressões que serão usadas freqüentemente, convém, desde logo, fixar os conceitos de jazida e de mina.

Segundo Maurice Hauriou “jazida é uma expressão puramente geológica, indicativa de uma camada de minério numa região do solo. Mina é uma expressão jurídica, significativa de que a totalidade ou parte da jazida mineral é considerada como objeto de propriedade e forma um direito nôvo. Em resumo, mina é um domínio criado numa jazida mineral” (Cf. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, Paris, 1927, pág. 834).

Na linguagem do atual Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967) considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra.

Assim sendo, podemos conceituar a jazida como um fenômeno puramente geológico, enquanto a mina deve ser entendida como expressão de natureza jurídica e que traduz o aproveitamento da jazida, em termos de atividade econômica e produtiva.

4. *Os sistemas de exploração e aproveitamento das jazidas e minas* — Esclarece Temístocles Brandão Cavalcânti que, “sob a influência de doutrinas políticas e econômicas, numerosos foram os sistemas construídos, tendentes todos a facilitar a exploração das riquezas do subsolo, sem pôr em perigo a economia interna dos Estados e a riqueza pública. Os autores divergem quanto à classificação desses sistemas, predominando, entretanto, aquela que ora apresentamos a saber: a) sistema fundiário, ou da acessão; b) sistema dominial ou regaliano; c) sistema da *res nullius*; d) sistema da ocupação; e) sistema da concessão” (*Tratado de Direito Administrativo*, vol. V, pág. 315).

Sá Filho, por sua vez, enumera os diversos sistemas adotados pelo direito comparado, destacando o *regaliano* ou *regalístico*, o *dominial*, o *fundiário* ou da *acessão* e, finalmente, o *industrial* ("A Propriedade das Minas na Doutrina e na Legislação", *Revista Forense*, vol. XCV, pág. 42).

Aos sistemas referidos por Temístocles Brandão Cavalcânti e Sá Filho, Atílio Vivacqua acrescenta o *sindicalista* e o de *reserva estatal* ou de *adjudicação* (*A Nova Política do Subsolo e o Regime Legal das Minas*, págs. 49 e segs.).

Outras classificações são apresentadas pelos estudiosos do problema tendo em vista os sistemas legais das nações que os adotam, como o faz Odilon Braga, ao referir-se aos sistemas inglês, alemão, francês e italiano (*As Quedas d'Água e as Riquezas do Subsolo*, pág. 184).

Para Sá Filho, os vários sistemas de exploração e aproveitamento dos recursos minerais poderiam ser reduzidos a duas grandes categorias: a primeira de direito privado e a segunda de direito público.

"Na primeira, diz êle, se exclui a intervenção do Estado e o subsolo ou pertence necessariamente ao superficiário ou poderá ser de terceiros, a título de exploração ou ocupação. E aí se encontram algumas das doutrinas indicadas. Nas de direito público, há sempre a participação do Estado, ou como proprietário, ou como titular de outros direitos reais, pessoais ou administrativos sôbre as minas" (obra e págs. citadas).

Dos sistemas acima referidos, iremos cuidar apenas dos que estejam mais próximos do direito brasileiro e principalmente dos que tenham sido por êle adotados no curso de sua evolução histórica.

Começemos, por conseguinte, pelo sistema *regaliano*, no qual a propriedade do subsolo, distinta do solo, pertencia à Coroa portuguesa, que podia explorar diretamente a mina ou conceder a exploração a terceiros que ficavam obrigados a uma compensação, a título de reconhecimento do direito de regalia. Neste sistema, cabia à Coroa regular o destino da propriedade da mina, fiscalizar-lhe a exploração e perceber a remuneração correspondente.

Na observação de Atílio Vivacqua não há razão para a distinção estabelecida por muitos entre a dominialidade e a regalia. Na verdade, no sistema dominial as minas também pertencem ao Estado, que concede a sua exploração a terceiros, mediante preço fixo ou participação nos lucros.

Fundamenta-se o sistema no fato de não haver o proprietário do solo contribuído com seu esforço para a existência da jazida, razão pela qual deverá ela pertencer ao Estado, como expressão do direito da própria coletividade.

O sistema fundiário, também chamado da *acessão*, atribui a propriedade da jazida ao proprietário do solo. Decorre do conceito amplo do direito de propriedade, de modo a abranger o solo, subsolo e o espaço aéreo, inscrito no princípio do *cujus est solum, ejus est usque ad sidera et sidera et usque ad inferos*. Neste sistema, o Estado apenas exerce o poder de polícia, restringindo-se a sua ação a orientar a exploração dos recursos minerais.

O sistema da *res nullius*, chamado por alguns de industrial, contrapõe-se ao sistema fundiário ou da *acessão*. Segundo Temístocles Brandão Cavalcânti, “dêle derivam todos os demais porque, contestado o domínio do subsolo pelo proprietário do solo, admitido que a mina pertença ao seu descobridor, a todos, ou a ninguém, estabelece-se, como consequência, a faculdade do Estado de conceder a sua exploração, independentemente de consideração de ordem puramente patrimonial” (obra citada, pág. 320).

No sistema de ocupação a jazida cabe ao descobridor ou seu primeiro ocupante, assegurando-se à sua exploração e aproveitamento pelo simples fato do descobrimento ou da ocupação, ressalvado, em alguns casos, o direito do proprietário a uma participação nos lucros.

Apesar de facilitar o descobrimento e a exploração da mina, este sistema apresenta o inconveniente de afastar o poder do Estado sobre a atividade da mineração, inclusive no que se relacione com a nacionalidade do minerador.

No sistema da concessão, a jazida pertence ao Estado, que poderá conceder ao particular a sua exploração e aproveitamento. Foi o sistema adotado pelo Código de Minas de Napoleão, de 1810, bem como pela Itália, através da Lei Sarda de 1859.

5. *Os sistemas do Brasil Colônia e do Império* — Segundo Lúcio Bittencourt, “embora entre os romanos tivesse prevalecido o princípio consubstanciado na *regula juris qui dominus est soli, dominus est soli, dominus est coeli et inferorum*, entendendo-se que o domínio do proprietário do solo compreendia todo o espaço aéreo e toda a profundidade indo até o céu — *usque ad sidera* — e até o inferno *usque ad inferos*, o fato é que, ao ser descoberto o Brasil, na vigência das ordenações, estabeleciam estas, princípios diversos, incluindo entre os direitos da Coroa, então chamados “direitos reais”, os vezeiros e minas de ouro e prata ou qualquer outro metal” (Lº 2º, Títulos 26, 16 e 34) (Cf. “Coleção Documentos Parlamentares”, *Petrobrás*, II).

Como se constata, no período colonial o sistema adotado foi o regaliano, pois as jazidas eram de propriedade da Coroa portuguesa. As atividades minerárias impunha-se o pagamento de uma contribuição à Coroa, denominada *quinto* ou *dízimo*, cuja derrama causou justas inquietações na então Província de Minas Gerais, principal centro de atividades minerárias do país, as quais culminaram com a revolta de

Felipe dos Santos e contribuíram para o movimento de libertação da Inconfidência Mineira.

Para Atilio Vivacqua “a legislação lusitana, cujo espírito era robustecer o poder real, foi uma permanente consagração dos direitos da Coroa, que vemos proclamado no Regimento de terras minerais do Brasil, de 15 de agosto de 1603, ano do Código Filipino, o qual, visando incentivar às descobertas, impôs o domínio do Estado, na declaração dos soberanos de largar as minas aos vassallos” (*A Nova Política do Subsolo e o Regime Legal das Minas*, pág. 499).

Este sistema de exploração e aproveitamento das jazidas e minas vigorou, por algum tempo, depois da nossa independência política, quando adotamos o regime dominial, passando a propriedade das mesmas a pertencer à Nação.

Neste particular, a Carta Constitucional de 1824, cujo art. 179, inciso 22, garantia “o direito de propriedade em tôda sua plenitude”, suscitou opiniões fundadas na teoria da acessão, no sentido de sustentar o direito de propriedade do dono do solo sobre os produtos do subsolo (Lafayette, *Direito das Coisas*, § 26; Trigo de Loureiro, *Direito Civil*, § 303, 3ª edição).

Todavia, de acôrdo com a corrente doutrinária mais autorizada, continuou subsistindo o regime dominial, pois as jazidas permaneciam desligadas do solo, constituindo uma propriedade à parte, pertencente à Nação (Cf. Mário Brant, *Revista Forense*, vol. IX, pág. 61; Atilio Vivacqua, *O Regime Legal da Mina*, pág. 519).

6. *A Constituição de 1891 e a Reforma Constitucional de 1926* — Inspirada nos princípios liberais e individualista da Revolução Francesa, a Constituição de 1891 transformou radicalmente o direito vigente com relação às jazidas e minas, aderindo ao sistema fundiário ou da acessão. Passou, assim, ao superficiário ou proprietário do solo o domínio sobre as jazidas e minas existentes no subsolo, sendo a Nação despojada das riquezas que, historicamente, lhe pertenciam.

Neste sentido, estabeleceu a Constituição de 1891, pelo seu art. 72, § 17: “O direito de propriedade mantém-se em tôda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvo as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração dêste ramo da indústria.”

Inspirado em tal princípio, o Código Civil dispôs que “a propriedade do solo abrange a do que lhe está superior e inferior em tôda a altura e em tôda a profundidade, úteis ao seu exercício, não podendo, todavia, o proprietário opor-se a trabalhos que sejam empreendidos a uma altura ou profundidade tais, que não tenha êle interêsse algum em impedi-los” (art. 526).

Consoante esclarece Alcides Carneiro em o *Direito das Minas*, o duro texto constitucional havia eliminado a possibilidade de qualquer lei reguladora da atividade minerária, o que resultou no declínio assustador da indústria extrativa.

Lauro Lacerda Rocha acrescenta: “para se ter uma idéia dos males que o sistema da acessão ocasionou ao nosso direito, vamos dar a palavra ao grande e inolvidável Calógeras, em *As Minas do Brasil*, onde afirma com o pêsso de sua autoridade: “com um traço de pena, a Constituição republicana transferira para as minas todos os litígios, tôdas as dúvidas da propriedade superficial. Esta, em geral eivada de vícios, obedecendo quase sempre as regras do condomínio, era objeto de 70% de tôdas as causas civis, que se debatiam nos auditórios das comarcas do interior; as minas isentas então dessa contínua dapendência, viram-se sobrecarregadas de ônus, grave do ponto de vista pecuniário, gravíssimo por impedir a sua negociação, pois ninguém compraria demanda” (Livro II, pág. 602). “...a Constituição republicana levou para as minas, também, todos os litígios da propriedade superficial, e com êste êrro, quicá irreparável, desferiu o golpe mais sério que se poderia vibrar contra o desenvolvimento da mineração no Brasil” (Livro I, pág. 229). (*Código de Minas*, edição Freitas Bastos, págs. 11 e 12.)

Entretanto, algumas tentativas de natureza legislativa foram feitas no sentido de alterar a situação existente. Com êsse propósito, foi elaborado por Calógeras o projeto que se transformou na Lei nº 2.993, de 1915, através do qual se procurava estabelecer a concepção da propriedade social da mina, mesmo dentro da evolução do sistema fundiário ou da acessão.

Em 1921, aparecia a denominada Lei Simões Lopes (Decreto legislativo nº 4.265, de 15 de janeiro, regulamentado pelo Decreto nº 15.211, de 28 de dezembro de 1915) calcada em anteprojeto de Gonzaga de Campos, e tida por muitos como o nosso primeiro Código de Minas, pois a lei de 1915, acima referida, nunca tivera execução.

Pela chamada Lei Simões Lopes qualquer pessoa física ou jurídica podia manifestar a existência de jazida, criando-se o chamado manifesto a descoberto, cujo registro deveria ser feito pelo Oficial do Registro de Imóveis ou Hipoteca, de cada comarca, independentemente de autorização do poder público.

A Reforma Constitucional de 1926 introduziu alterações no texto constitucional de 1891, cujo art. 72, § 17, passou a ter a seguinte redação: a) “As minas pertencem ao proprietário do solo, salvo as limitações estabelecidas por lei, a bem da exploração das mesmas; b) as minas e jazidas minerais, necessárias à segurança e defesa nacionais, e as terras onde existirem, não podem ser transferidas a estrangeiros.”

Na reforma de 1926 não vingou a idéia de, na inércia do proprietário, serem as minas exploradas pelo Governo, repartindo o lucro com o proprietário; todavia proibiu-se, como se verifica do texto transcrito, fôsem transferidas a estrangeiros as minas e jazidas, bem como as terras necessárias à segurança e defesa nacionais.

A Revolução de 1930 procurou disciplinar o setor da mineração, estabelecendo através dos Decretos ns. 20.223, de 17 de junho de 1931, e 20.799, de 16 de dezembro do mesmo ano, que nenhuma transação sobre minas poderia ser levada a efeito sem autorização do Governo Federal.

7. *O Código de Minas de 1934* — A grande transformação do direito das minas em nosso país, porém, foi levada a efeito pelo Código de Minas de 1934 (Decreto nº 24.642, de 14 de junho de 1934, publicado em 20 de julho), que perfilhou princípios já aprovados e que passariam a integrar a Constituição de 1934. Na respectiva Exposição de Motivos, subscrita pelo então Ministro da Agricultura, Juarez Távora, dizia-se, expressamente, o seguinte:

“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 subsolo em que estiveram encravadas, e seu aproveitamento, quer sejam de domínio público, quer de domínio privado, tornou-se dependente de autorização ou concessão do Governo 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 proprietário em uma função de detentor de 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.”

Em prosseguimento, acrescenta a aludida Exposição de Motivos:

“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 participação nos resultados da exploração que por outrem fôr feita. Elimina-se destarte a feição individualista ou de amplas faculdades subjetivas dessa propriedade. O possuidor da riqueza é obrigado a empregá-la conforme seu destino social, fazendo valer o capital que detém.”

Na forma do Código de Minas de 1934, as jazidas conhecidas continuavam a pertencer aos proprietários do solo onde se encontrem, ou a quem fôr por legítimo título (art. 5º); enquanto as desconhecidas, quando descobertas, seriam incorporadas ao patrimônio da Nação, como propriedade imprescritível e inalienável (§ 1º).

O próprio Código definiu o que se deveria entender por jazidas conhecidas, ou sejam aquelas que fôsem manifestadas ao poder público, na forma estabelecida no seu art. 10. Era, pois, a consagração do regime da autorização ou concessão, desde que a exploração e o aproveitamento das riquezas minerais, separadas estas do subsolo, passaram realmente a depender da outorga do poder público através de atos daquela natureza.

Contra a prevalência do Código de Minas surgiram, à época, manifestações visando à demonstração de sua inexistência ou invalidade, sob o fundamento de que embora datado de 10 de julho sua publicação só se efetivara a 20, em plena vigência da Constituição de 1934, publicada a 16, quando já esgotados os poderes do Chefe do Governo Provisório de expedir atos daquela natureza (Plínio Barreto, *Revista Forense*, vol. 99, pág. 81; Azevedo Marques, *Revista Forense*, vol. 88, pág. 294).

Esclarece Atilio Vivacqua que “a questão surgida em terno da existência legal do Código de Minas, apareceu com a controvérsia levantada, pelo mesmo motivo, sobre o Código de Águas. O acórdão de 8-12-36, do Tribunal de São Paulo, inspirado na opinião de Astolfo de Rezende, Azevedo Marques, Alfredo Bernardes, Pires e Albuquerque, Plínio Barreto, Miranda Valverde e outros juristas pátrios, declarou juridicamente inexistente e inaplicável o Código de Águas, sob o fundamento de que, publicado quatro dias após a Constituição de 1934, não fôra aprovado pelo art. 18 das Disposições Transitórias desta. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 2-6-37, proclamou a validade do Código de Águas e, conseqüentemente, do Código de Minas, sem, todavia, ter entrado na apreciação do sistema daquele Código, em face da Constituição” (obra citada, pág. 546).

8. *A Constituição de 1934* — A Constituição de 1934, em cujos princípios se inspirara o Código de Minas de 1934, foi promulgada dias antes e, por sua vez, proclamou que “as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituem propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento industrial” (art. 118), estabelecendo, em prosseguimento, que seu aproveitamento industrial, ainda que de propriedade privada, dependeria de autorização ou concessão federal, na forma da lei (art. 119).

Quanto aos seus titulares, acrescentou a Constituição de 1934 que as autorizações ou concessões seriam conferidas exclusivamente a brasileiros ou emprêsas organizadas no país, ressalvada ao proprietário do solo preferência na exploração ou co-participação nos lucros (§ 1º, do art. 119).

Além disso, adotou a Constituição de 1934, o princípio da nacionalização das minas, ao estabelecer pelo § 4º do seu art. 119, que “a lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas mine-

rais e quedas d'água ou outras formas de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país".

9. *A Constituição de 1937* — A Constituição de 1937 manteve as linhas estruturais da Constituição de 1934, com relação às jazidas e minas. Neste particular, dispôs que "as minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial" (art. 143). Quanto ao regime de exploração, acrescentou que "o aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal".

Ao referir-se aos titulares da autorização, estabeleceu que ela só poderia ser concedida a brasileiro, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário do solo preferência na exploração ou participação nos lucros (§ 1º). A exigência de que as empresas deviam ser constituídas de acionistas brasileiros configura a principal inovação da Constituição de 1937.

Finalmente, manteve a Constituição de 1937 o espírito da Constituição de 1934, no concernente à nacionalização, ao estabelecer, pelo seu art. 144, que "a lei regularizará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais, e quedas d'água ou outras fontes de energia, assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação".

10. *O Código de Minas de 1940* — Em 1940, foi expedido o novo Código de Minas (Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940).

Inspirado no texto constitucional de 1937, o Código de Minas de 1940 prescreveu que "a jazida é bem imóvel e não integrante do solo. A propriedade da superfície abrangerá a do subsolo, na forma do direito comum, não incluída, porém, nesta a das substâncias minerais ou fósseis úteis à indústria" (art. 4º).

O direito de pesquisar ou lavrar só poderia ser outorgado a brasileiros, pessoas naturais ou jurídicas, constituídas estas de sócios ou acionistas brasileiros (art. 6º).

O Código de Minas de 1940 dispôs sobre as jazidas manifestadas, na forma do Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934 e da Lei nº 94, de 10 de setembro de 1937, de forma a estabelecer que as mesmas ficavam oneradas em benefício dos respectivos manifestantes, pelo prazo de cinco anos, a contar de sua data, com a preferência para a autorização de lavra (art. 7º).

Caso o direito de preferência não fôsse exercido no prazo e na forma previstos, ficaria *ipso facto* resolvido, incorporando-se a jazida ao patrimônio da União (§ 2º).

Com várias alterações, o Código de Minas de 1940 teve aplicação até 15 de março de 1967, quando entrou em vigor a Constituição de 1967 e o atual Código de Mineração.

11. *A Constituição de 1946, sua vigência* — A Constituição de 1946, pelo seu art. 152, reproduziu o disposto no art. 118 da Constituição de 1934, consolidando o regime de autorização e concessão.

A definição da autorização ou concessão, na espécie, depende da lei ordinária. Neste particular, o Código de Minas de 1940, bem como o atual Código de Mineração não distinguiram, com precisão técnica, os dois institutos. De fato, a autorização deve ser entendida com relação à pesquisa, enquanto a concessão melhor se ajustaria à lavra.

A pesquisa, caracterizada como fase exploratória reveste-se de um sentido transitório, precário e duvidoso, daí nos parecer mais próprio nesta fase falar-se em autorização, que se confunde com a simples licença.

Na fase da lavra, caracterizada pelo aproveitamento da jazida, de caráter efetivo e com sentido de certa permanência ou continuidade, a concessão se justificaria como uma delegação pela administração do exercício de uma atividade que realmente poderia ser considerada de interesse geral ou público.

O sistema da concessão adotada pelo nosso direito minerário comporta, pois, uma fase preliminar de simples autorização de pesquisa, enquanto a concessão de lavra propriamente dita sucede à fase de pesquisa e terá em vista a efetiva exploração da jazida.

Em consonância com os termos da Constituição de 1946, o aproveitamento dos recursos minerais e da energia hidráulica continuou a depender de autorização ou concessão federal, na forma da lei (art. 153). Por outro lado, prescreveu-se que tais autorizações ou concessões seriam conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no país, assegurada ao proprietário do solo, preferência para a exploração.

Extingue-se, por conseguinte, o direito de co-participação nos lucros por parte do proprietário do solo, substituindo-o pelo direito de preferência para a exploração, acrescentando-se, a seguir, que “os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas”.

Ao contrário da Constituição de 1937 e do Código de Minas de 1940 (Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940), a Constituição de 1946, ao referir-se aos titulares da autorização ou concessão, particularmente às sociedades, deixou de formular a exigência de que seus acionistas fossem brasileiros.

Além disso, a Constituição de 1946 abandonou o princípio da nacionalização progressiva das jazidas e minas adotado pelas Constituições de 1934 e 1937, ao qual não fez referência.

12. *Os problemas suscitados pela entrada em vigor da Constituição de 1946* — Alguns problemas de natureza jurídica foram suscitados com a entrada em vigor da Constituição de 1946, no concernente à exploração ou aproveitamento dos recursos minerais.

O primeiro deles se refere ao direito de preferência assegurado ao proprietário do solo para a sua exploração. Nos termos do § 1º do art. 153 da Constituição de 1946, ficara estabelecido que os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, seriam regulados de acôrdo com a natureza delas.

Em face da sua não regulamentação, suscitou-se o problema da vigência do dispositivo constitucional que dispunha a respeito, havendo o então Consultor-Geral da República, Odilon da Costa Manso, sustentado ponto de vista de que o art. 153, § 1º, da Constituição não era auto-executável, razão pela qual só depois de sua regulamentação poderia entrar em vigor.

Dêste entendimento discordou o então Ministro da Agricultura, Daniel de Carvalho, cujo ponto de vista, baseado em pareceres do Consultor Jurídico do Ministério, Luciano Pereira da Silva, era no sentido de que “a garantia assegurada ao proprietário, quanto à preferência para a exploração, desde que seja brasileiro ou sociedade organizada no país, constitui um imperativo constitucional que entrou em vigor com a promulgação da Constituição”.

A controvérsia jurídica foi apreciada afinal pelo então Ministro da Justiça, Adroaldo Mesquita da Costa, havendo, em consequência, sido baixada a Portaria nº 366, que dispôs sobre a aplicação do direito de preferência até que o dispositivo constitucional viesse a ser efetivamente regulamentado (Cf. Odilon da Costa Manso, *Parecer do Consultor-Geral da República*, volume único, parte II, 1947, pág. 257 e segs. e *Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, pág. 219).

Relativamente ao problema, Francisco Campos teve ensejo de esclarecer que “um direito ou uma liberdade, assegurado na Constituição, ainda que esta autorize o legislador condicioná-lo, restringi-lo ou efetuar discriminações quanto ao seu exercício, poderá ser exercido em toda a plenitude, se o legislador deixa de usar a faculdade de regulamentá-lo, ou enquanto não o regulamente”.

A seguir, conclui: “o proprietário do solo, enquanto não se fizer discriminação autorizada pelo art. 153 da Constituição, ao invés de privado do direito de preferência, poderá exercê-lo indiscriminadamente, ou sobre todas as minas e jazidas, seja qual for a sua natureza” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. XIX, pág. 336).

Não havendo sido levada a efeito a regulamentação do direito de preferência, situação que perdurou até o advento da Constituição de 1967, passou êle a ser reconhecido pelo poder público, nos termos da Portaria Ministerial nº 366, acima referida.

Outro problema que suscitou debates, ao entrar em vigor a Constituição de 1946, foi o relativo à nacionalidade dos acionistas que poderiam participar das chamadas sociedades organizadas no país (§ 1º do art. 153).

Sustentava Pontes de Miranda, liderando uma das correntes em luta, que de tais sociedades somente poderiam participar acionistas brasileiros e não estrangeiros. No seu entender, a regra do art. 143, § 1º, da Constituição de 1937, continuava em vigor até que a legislação ordinária viesse a regular a organização das sociedades referidas no art. 153, § 1º, da Constituição de 1946 (Cf. *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, págs. 38 e 39).

Tal entendimento importava em admitir a constitucionalidade do disposto no art. 6º do Código de Minas de 1940, o qual estabelecia que o direito de pesquisar ou lavrar só poderia ser outorgado a brasileiros, pessoas naturais ou jurídicas, constituídas estas de sócios ou acionistas brasileiros.

A controvérsia em exame foi afinal submetida à consideração do Poder Judiciário e só veio a ter solução final através da Resolução nº 16, do Senado Federal, de 26 de junho de 1964, que suspendeu, por inconstitucionalidade, a execução do art. 6º do Código de Minas (Decreto-Lei nº 1.985, de 29-1-40), tendo em vista decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão de 3 de abril de 1963, no recurso ordinário em mandado de segurança nº 11.189, publicada no *Diário do Congresso Nacional* de 24 de junho de 1964, pág. 1905.

13. *A Constituição de 1967* — A Constituição de 1967 estabelece que “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” (art. 161), acrescentando que “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” (§ 1º).

Em prosseguimento, estabelece pelo § 2º do seu art. 161: “É assegurado 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.”

A participação nos resultados da lavra será igual ao dízimo do impôsto único sobre minerais (§ 3º).

Ressalvada a extinção do direito de preferência, que foi substituído pelo direito de participação do proprietário do solo nos resultados da lavra, a Constituição de 1967 manteve os demais princípios da Constituição de 1946, relativamente à exploração e ao aproveitamento das jazidas e minas.

14. *A extinção do direito de preferência* — A principal inovação da atual Constituição com relação ao problema, foi a extinção do direito de preferência, assegurado ao proprietário do solo pela Constituição de 1946 e a sua substituição pelo direito de participação nos resultados da lavra.

A alteração configura medida de grande alcance e que está destinada a provocar amplas repercussões nas atividades minerárias em todo o país.

O simples fato de o direito de preferência, assegurado pela Constituição de 1946 ao proprietário do solo, não haver sido regulamentado após vinte anos de vigência do texto constitucional, dá bem a idéia das dificuldades que o problema suscitava.

Ao referir-se à garantia constitucional do direito de preferência, Francisco Campos afirmava tratar-se de uma disposição infeliz e inconsistente, que se introduziu no texto constitucional sem que se ponderasse, ainda que pela superfície, sobre o seu conteúdo em conceitos inteligíveis. É um aglomerado de palavras que não traduzem um pensamento lógico ou suscetível de compreensão racional (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, pág. 341).

Agravando o problema, em termos de exploração e aproveitamento das jazidas e minas, o direito de preferência erigiu-se em estímulo à inércia do proprietário do solo, pois, embora conhecedor da existência em sua propriedade de recursos minerais, não tomava êle a iniciativa de explorá-las, certo de que, na oportunidade que alguém pretendesse fazê-lo, fácil lhe seria afastá-lo do caminho, através da preferência que lhe era assegurada. Transformava-se, assim, o proprietário do solo no árbitro exclusivo da oportunidade de exploração dos recursos minerais existentes em seu subsolo.

Além disso, inúmeros foram os conflitos suscitados pelo direito de preferência, com repercussões nos tribunais do país e total suspensão das atividades de mineração, enquanto não se deslindavam os demorados litígios judiciais.

Em face, pois, do novo texto constitucional é de prever-se que o proprietário do solo não mais ficará inerte quanto à exploração das jazidas e minas existentes em seu subsolo, sob pena de correr o risco de que isto seja levado a efeito por terceiro.

Mas, ainda mesmo que tal oportunidade seja perdida, não estará o proprietário inteiramente ao desamparo, já que fará jus à partici-

pação nos resultados da lavra, a qual, nos termos do § 3º do art. 161 da Constituição, será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.

Não há dúvida, por conseguinte, que mesmo em termos de interesse do próprio proprietário do solo, o sistema adotado pela Constituição de 1967, é superior ao da Constituição de 1946, pois, além de lhe reconhecer o direito de requerer a pesquisa e a lavra, em igualdade de condições com terceiros, lhe assegura a participação nos resultados desta última, quando não venha a ser ele quem a realize.

No regime anterior, perdida a oportunidade do exercício do direito de preferência, nenhum direito assistia ao proprietário do solo, com relação aos resultados da lavra, dos quais não participava.

15. *A situação das jazidas objeto de monopólio estatal* — Na atualidade, existem dois importantes monopólios sobre atividades minerárias em nosso país.

O primeiro deles diz respeito ao monopólio do petróleo, instituído pela Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que definiu as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo e instituiu a Petróleo Brasileiro S. A. — PETROBRAS. De acordo com a referida Lei nº 2.004, constituem monopólio da União:

I — a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros, existentes no território nacional; II — a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro; III — o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no país, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem (art. 1º).

O exercício pela União do monopólio estabelecido pela lei é feito por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização e pela Petróleo Brasileiro S. A. — PETROBRAS e suas subsidiárias, como órgãos de execução.

O monopólio da pesquisa e lavra das jazidas de minérios nucleares foi estabelecido pela Lei nº 4.118, de 27 de agosto de 1962, que dispõe sobre a política nacional de energia nuclear e cria a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN). Nos termos da aludida lei, constituem monopólio da União: I — a pesquisa e lavra das jazidas de minérios nucleares, localizados no território nacional; II — o comércio dos minérios nucleares e seus concentrados, dos elementos nucleares e seus compostos; dos materiais fósseis e férteis, dos radioisótopos artificiais e substâncias radioativas das três séries naturais, dos subprodutos nucleares; III — a produção de materiais nucleares e suas industrializações.

O texto constitucional de 67 exclui do regime de participação nos resultados da lavra as jazidas e minas cuja exploração seja objeto de monopólio estatal, ao estabelecer, no § 2º *in fine* do seu art. 161: que “é assegurado 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”.

No concernente ao monopólio do petróleo, há que se ter em vista que o problema da indenização está regulado pela Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que o instituiu.

Em face do disposto no art. 24 da citada Lei nº 2.004, assiste à PETROBRAS o direito de desapropriar o imóvel, mas, não ocorrendo a desapropriação, deverá indenizar pelo seu justo valor aos proprietários do solo pelos prejuízos causados com a pesquisa ou lavra, conforme estabelece o art. 30 da mesma lei.

Por não entrar em conflito com a norma estabelecida pela Constituição de 1967, a Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, continuará regulando a espécie, como lei especial aplicável ao monopólio estatal do petróleo.

16. *O direito de prioridade* — Baixado na vigência da Constituição de 1937, quando inexistia o direito de preferência em favor do proprietário do solo pela Constituição de 1946 (§ 1º do art. 153), o Código de 1940 estabeleceu, com relação ao pedido de pesquisa, o direito de prioridade para a sua obtenção.

Como a própria denominação está a indicar, o direito de prioridade caracteriza-se pela preeminência da entrada do pedido de pesquisa na repartição competente, ou seja, no Departamento Nacional da Produção Mineral, do Ministério das Minas e Energia.

Com o advento do direito de preferência do proprietário do solo foi extinto o direito de prioridade, pois a simples entrada do requerimento de pesquisa não produzia efeito quanto ao proprietário do solo, que poderia exercitá-lo na oportunidade própria.

Neste sentido, a Portaria nº 366, de 25 de maio de 1948, procurou regular o assunto, estabelecendo que os pedidos de autorização de pesquisa, quando formulados pelo proprietário do solo, seriam regularmente processados e concedidos. Na hipótese de autorizações solicitadas por terceiros, os proprietários eram interpelados, com o prazo de 90 dias; caso abrissem mão da preferência, a autorização poderia ser conferida ao solicitante. Além disso, se os proprietários do solo, interpelados para exercerem a preferência, não acudissem à interpeção, ter-se-ia o silêncio como desistência tácita daquele direito.

Extinto o direito de preferência pela Constituição de 1967, a disputa entre interessados na pesquisa ou lavra na que se resolver

pela preeminência da entrada do pedido no Departamento Nacional da Produção Mineral, restaurando-se, por essa forma o direito de prioridade.

17. *Os processos em curso ao entrar em vigor a Constituição de 1967 e o direito de preferência* — Ao entrar em vigor a Constituição de 1967 e o Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-Lei nº 318, de 14 de março de 1967), encontravam-se em curso no Departamento Nacional da Produção Mineral, do Ministério das Minas e Energia, inúmeros processos de pedidos de pesquisa e de lavra, muitos deles fundamentados no direito de preferência que a Constituição de 1946 assegurava ao proprietário do solo. Cuidou-se, então, de saber qual o tratamento a ser dado a tais processos, indagando-se, principalmente, se deveriam ser considerados como inexistentes e sem nenhum efeito os pedidos formulados pelos proprietários do solo que, devidamente interpelados, exerceram o direito de preferência, na vigência da Constituição que o assegurava.

Respondendo à indagação, na qualidade de Consultor Jurídico do Ministério das Minas e Energia, sustentamos que a autorização de pesquisa constitui ato administrativo complexo, que tem início com o pedido da parte e só se completa com a transcrição do respectivo decreto no livro próprio da repartição competente, razão pela qual, em princípio, deveria ser aplicada a lei nova aos processos em curso. Todavia, ressaltávamos, o direito de preferência não podia ser confundido com o direito de pesquisa propriamente dito, pois, ao contrário deste, que está sujeito à satisfação de certas exigências legais, tem apenas o efeito de afastar o terceiro da competição, colocando o seu titular na situação de postulante exclusivo perante a Administração pública.

Neste particular, o direito de preferência que assistia ao proprietário do solo, configurava apenas uma regalia, um privilégio ou uma vantagem, para que se satisfizesse, preferencialmente, prioritariamente, ou em primeiro lugar, quando em disputa com outras pessoas.

Na realidade, o proprietário do solo que acudia à interpelação e requeria a pesquisa, adquiria o direito subjetivo de obter afinal a autorização, afastando o terceiro da competição, enquanto a Administração ficava vinculada à obrigação de outorgá-la, desde que satisfeitas as exigências formuladas para a autorização da pesquisa.

Não se incluía, por isso mesmo no poder discricionário da Administração pública a faculdade de reconhecer ou não o direito de preferência, na hipótese em que o proprietário do solo satisfizesse os requisitos constitucionais e legais para o exercício daquele direito, daí as suas características de ato vinculado.

Isto pôsto, nosso parecer foi no sentido de que a manifestação de vontade do proprietário do solo que, devidamente interpelado, houvesse exercido regularmente o direito de preferência na vigência do dispositivo constitucional que o assegurava, configurava ato jurídico perfeito que, por conseguinte, não poderia ser atingido ou desfeito por lei posterior que o houvesse extinto, não obstante ficasse ele obrigado a satisfazer tôdas as demais condições, como se terceiro fôsse, para afinal obter o respectivo título de autorização.

O direito adquirido decorrente do ato jurídico, cujo efeito era o de afastar o terceiro da competição, criando em favor do requerente um direito subjetivo à autorização da pesquisa, aperfeiçoara-se na conformidade da lei vigente ao tempo em que fôra praticado, com tôdas as suas conseqüências de direito.

Fundamentados nesta argumentação, chegamos à conclusão de que, assegurado o direito de preferência ao proprietário do solo que o tivesse exercido na vigência da lei anterior, a lei nova deveria ter aplicação imediata a todos os processos em curso no D.N.P.M.

Solicitada a audiência do Sr. Consultor-Geral da República, por sugestão da própria Consultoria Jurídica, o Dr. Adroaldo Mesquita da Costa emitiu parecer, aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República, dando solução diferente à consulta formulada (Parecer nº 523-H, de 13 de junho de 1967, publicado no *Diário Oficial* de 16 de julho de 1967, pág. 6.458).

No entender de Sua Excelência, “no caso em exame, é de fundamental importância a discussão sôbre se havia, ou não, direito adquirido do proprietário do solo, relativamente à pesquisa e lavra de minas e jazidas, por ter ele, ainda na vigência da lei anterior, exercido seu direito de preferência, nos processos respectivos, e, ainda, em curso no D.N.P.M.”

Respondendo à indagação com base na lição da doutrina, o Sr. Consultor-Geral da República teve ensejo de afirmar “que o direito adquirido derivado do ato perfeito se verifica quando êste se aperfeiçoou e completou na conformidade da lei vigente ao tempo; quando se trata de situação concreta, como ensina Paulo de Lacerda, enquanto ela se conserva em abstrato, não passa de uma utilidade incerta em si, ou apenas possível no seu advento: isto é, que virá talvez a se fixar quanto à própria entidade, e a incorporar-se no patrimônio do sujeito, ou a afetar o modo personalíssimo dêste. Por isso mesmo, tal estado é inconcebível que assuma a feição jurídica de direito adquirido (obra citada, pág. 228)”.

Prosseguindo em suas considerações, acrescentava o Sr. Consultor-Geral da República que, “no caso de que se trata, não se pode falar em direito adquirido, pela simples razão de que o ato de que resultaria o direito está ainda em tramitação, não se completou, está

imperfeito, não está plenamente constituído. O exercício do direito de preferência do proprietário do solo, já verificado na legislação anterior, é uma das condições para a constituição do ato de autorização de pesquisa, ato administrativo complexo, que exige a manifestação de vários órgãos ou agentes e só se completa com a transcrição do respectivo decreto no livro próprio da repartição competente, por expressa disposição legal”.

Finalmente, referindo-se à natureza do Código de Mineração, como norma de direito público, concluía o Consultor-Geral da República: “A consequência inevitável, portanto, é que nos processos em curso no D.N.P.M., há que se aplicar a nova legislação e o requerimento do proprietário do solo para exercer o direito de preferência, já não prevalece, muito embora tivesse sido manifestado na vigência da legislação anterior”.

Tendo em vista o parecer do Sr. Consultor-Geral da República, foi baixada pelo Exmo. Sr. Ministro das Minas e Energia a Portaria nº 539, de 21 de junho de 1967, que deu aos requerentes de autorização de pesquisa ou concessão de lavra, cujos pedidos tivessem sido protocolizados no Departamento Nacional da Produção Mineral, até 14 de março de 1967, o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da sua publicação no *Diário Oficial*, para se enquadrarem nos termos do Código de Mineração.

Quanto aos processos em idênticas condições, baseados no direito de preferência assegurado pela Constituição de 1946 (§ 1º do art. 153), determinou a Portaria que deverão ser considerados tão-sòmente para efeito de prioridade de que trata o Código de Mineração (art. 11, alínea *a* e art. 18).

Apenas pelo interesse que a questão jurídica poderá suscitar, transcrevemos, a seguir, trechos de parecer da lavra do eminente professor José Frederico Marques, em que o direito de preferência é focalizado, com todas as suas consequências legais e jurídicas.

Diz o Professor José Frederico Marques: “2 — À preferência, como direito — observa Pontes de Miranda. — traz inerente “a pretensão a estar, antes, em algum negócio jurídico, ou a praticar o ato que ponha quem a tem em certa posição jurídica melhor que a de outrem, ou a única” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 1959, tomo V, pág. 107).

Indiscutível é, assim, que se deve dar ao proprietário do solo, a autorização de pesquisa e, a seguir, a concessão de lavra, desde que pratique o ato jurídico destinado a lhe assegurar o direito constitucionalmente conferido, de explorar as riquezas minerais situadas no subsolo de sua propriedade imóvel. Se o solo se inclui em seu patrimônio, por ter sobre ele o *jus proprietatis*, a exploração do subsolo lhe pertence prevalentemente, desde que manifeste a pretensão de explorar industrialmente as riquezas minerais nêle existentes.

Para reconhecimento da preferência, não necessita ter em mãos, o proprietário do solo, autorização formal, como ato constitutivo do direito de explorar as minas e jazidas situadas em seus domínios. Desde que externe, pelos meios regulares previstos em lei, o desejo de exploração do subsolo, o proprietário do imóvel, em que aquêle se situa, adquire, de imediato, a posição que o seu direito de preferência confere. É que, possuindo, por fôrça de cânone constitucional, a prioridade *Erga omnes* de explorar êsse subsolo, a autorização administrativa ou governamental não passa de ato destinado a formalizar e reconhecer direito preexistente, para, assim, lhe dar forma e vida instrumental.

Certo é que a autorização de pesquisa deve ser obtida, pois que esta se apresenta como o título que legitima a exploração do subsolo. Todavia, não está entregue ao poder discricionário da Administração pública deixar, ou não, de reconhecer a preferência que a Constituição prevê. Se a Constituição declara, de modo claro e peremptório, que fica assegurada ao proprietário do solo a preferência para explorar o subsolo, subtraída está a autorização, do regime da discricionariedade, para tornar-se, ao revés, um ato vinculado.

É que, existindo a preferência constitucionalmente proclamada, há obrigação e vínculo, uma vez que o poder público não a pode arrear ou afastar para outorgar a exploração a outro sujeito. E como onde há "*vínculo di uniformare l'attività a achemi prestabiliti, zi avrà l'esercizio di attività vincolata*" (Umberto Fragola, *Gli Atti Amministrativi*, 1952, pág. 34), é de concluir-se que a autorização prevista, para o proprietário explorar o subsolo, não fica entregue ao poder discricionário da Administração.

A seguir acrescenta: "4 — Requerida a pesquisa, fica o proprietário com direito adquirido à autorização, uma vez que vinculado está o poder público à norma constitucional, falecendo-lhe, em consequência, poder discricionário para deixar, ou não deixar, de conceder a autorização de pesquisa. E como o direito adquirido é insuscetível de infringência ou atentado até mesmo de lei regularmente promulgada (Constituição federal, artigo 141, § 3º), não é o ato administrativo *superveniens* que o fará desaparecer.

Dai se segue que pedida a autorização por quem é titular do direito de preferência, para explorar o subsolo, nasceu direito subjetivo que passa a integrar o patrimônio do requerente, qual seja o de obter a autorização aludida. Se lhe fôr negada esta, haverá ato indevido por configurar-se um *facere quod non debeatur*; e se houver omissão ou inércia do poder público, o seu *non facere debeatur* não terá o condão de fazer desaparecer o direito subjetivo preexistente que, para a Administração, o dever é vínculo obrigacional de conceder a autorização de pesquisa.

Pode argumentar-se com a inexistência, ainda, do direito à pesquisa, por não se ter dado autorização governamental. Todavia, argumento algum pode ser aduzido para negar-se a existência do direito à autorização. Este direito subjetivo nasceu e completou-se com o pedido de pesquisa, pelo que passou a constituir, para seu titular, um direito adquirido. Sendo assim, a autoridade governamental, de onde deve emanar a autorização, não pode subtrair-se do dever de concedê-la (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 84, págs. 317/321).

18. *Conclusão* — Através do exame dos vários textos constitucionais e dos Códigos de Minas de 1934 e 1940, além de leis de menor importância, até o advento da Constituição de 1967 e do atual Código de Mineração, tivemos uma visão, embora sumária, da evolução do sistema de exploração e aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais em nosso país.

Do sistema regaliano, adotado no Brasil Colônia, quando a propriedade pertencia à coroa portuguesa, que atribuía sua exploração a terceiros, mediante o pagamento do “quinto” ou “dízimo”, passamos ao sistema dominial durante o Império, permanecendo as jazidas e minas como de propriedade do Estado.

Com o advento da República, o sistema passou a ser o fundiário ou da acessão, operando-se, por força dele, a transferência das jazidas e minas, que, de patrimônio do Estado, passaram a pertencer ao proprietário do solo.

Apesar de tentativas esparsas no sentido de modificar-se tal legislação, a situação das jazidas e minas só veio realmente a ser alterada com o advento do Código de Minas de 1934, que se inspirou nos princípios adotados pela Constituição de 1934, publicada alguns dias antes de sua entrada em vigor. Adotou-se então o sistema da autorização ou concessão, mantido nos textos constitucionais subsequentes, até o advento da Constituição de 1967 e do atual Código de Mineração.

O princípio da separação da propriedade do solo e da propriedade do subsolo, para efeito de exploração e aproveitamento das jazidas e minas, consolidou-se nos diversos textos constitucionais e legais e hoje se impõe como tese tranqüila e pacífica.

O direito de preferência que assistia ao proprietário do solo quanto à exploração e aproveitamento industrial das jazidas e minas foi substituído pelo direito de participação nos resultados da lavra, abrindo-se com esta iniciativa novas e promissoras perspectivas às atividades minerárias em nosso país. Longo evidentemente foi o caminho percorrido para se chegar à situação atual em que o problema foi pôsto em termos realistas.

Neste particular, acreditamos que os novos instrumentos legais e jurídicos, colocados a serviço da dinamização da exploração e do aproveitamento das jazidas e minas, contêm princípios que se ajustam às peculiaridades do nosso País. É óbvio, entretanto, que só através de sua aplicação prática será possível demonstrar o acêrto das soluções adotadas. De qualquer sorte, a contribuição dos juristas será de fundamental importância para o esclarecimento de pontos porventura obscuros e duvidosos da nova legislação e dela dependerá em grande parte, o êxito de sua aplicação.