MINAS E JAZIDAS — AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA — PREFERÊNCIA DO PROPRIETÁRIO DO SOLO

— O proprietário do solo, ao requerer a pesquisa, adquire o direito subjetivo de obter a autorização, enquanto o poder público, paralelamente, fica vinculado à obrigação de outorgá-la.

— Interpretação do art. 15, § 1º, da Constituição federal.

PARECER

1 — Na consulta que motivou êste parecer, a questão fundamental é o direito de preferência a que se refere o art. 153, § 1º, da Constituição federal.

Êsse preceito da Lei Maior é decorrência ou prolongamento do que dispõe o artigo 152, em que se estatuiu *constituirem propriedade distinta da do solo,* para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial, "as minas e demais riquezas do subsolo". Segundo bem explica Carlos Maximiliano, as riquezas do subsolo "não se incluem no patrimônio nacional", mas se distinguem do patrimônio "atribuído ao dono do solo, e sòmente quanto à exploração e aproveitamento industrial" (*Comentários à Constituição Brasileira,* 1954, volume III, pág. 187, nº 595). Seguindo, dêsse modo, a diretriz abraçada pelo Direito pátrio, desde a Constituição de 1934, repudiado foi, mais uma vez, ao ensejo da promulgação da Lei Fundamental de ... 1946, o sistema adotado ao tempo da Constituição de 1891, em que as minas pertenciam aos proprietários do solo, salvas as limitações que fôssem estabelecidas por lei a bem da exploração dêste ramo de indústria (Constituição federal de 1891, art. 72, § 17, segunda alínea).

Assegurou, no entanto, o art. 153, § 1º, da Constituição vigente, *ao proprietário do solo preferência para a exploração.* Assim sendo, embora o subsolo, para fins de exploração ou aproveitamento industrial, não se considere incorporado ao *jus dominii* do proprietário do solo, tem êste preferência para explorar a propriedade mineral subjacente a seu domínio.

Para exercer tal preferência, deve o proprietário do solo requerer autorização de pesquisa, a que se segue a concessão de lavra, — tudo segundo o que dispõe o Código de Minas.

E como essa preferência vem consagrada e prevista em texto constitucional, o direito público subjetivo, daí resultante, não pode ser amputado na regulamentação legislativa que disciplinar a aplicação do mandamento contido na Lei Fundamental.

2 — A 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 o 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 sôbre êle 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 arredar ou afastar para outorgar a exploração a outro sujeito. E como onde há "*vínculo di uniformare l'attività a schemi prestabiliti, si 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.

3 — Se o proprietário tem preferência para explorar o subsolo, basta que êle pratique o ato imprescindível a colocá-lo na posição que a norma constitucional prevê, para que surja o direito subjetivo e, conseqüentemente, a obrigação correlata, do poder público, de lhe conferir autorização de pesquisa.

O pedido de pesquisa é o ato subjetivo vinculante, pois que se forma, em conseqüência de tal pedido, a obrigação de emitir o órgão estatal, a autorização pedida, em vista da preferência criada na regra constitucional. Como ensina Roger Bonnard, — ato jurídico subjetivo dessa espécie "*est toujours accompli en vue justement d'établir une obligation juridique entre ceux qui sont parties au rapport du droit. Dès lors que l'acte est accompli et qu'il est valable, il y a liaison juridique; e rapport de droit à l'occasion d'un acte subjectif comporte nécessairement une obligation juridique*" (*Le Contrôle juridictionnel de l'Administration*, 1934, pág. 57).

Não importa, nem tem relevância, o carater constitutivo que o ato de autorização possa apresentar: uma vez que o pedido de pesquisa, por quem possui a preferência, é o ato-condição para tornar possível a referida autorização, obrigado está o poder público a c o n c e d ê - l a. Êsse ato vincula-o e impõe a obrigação de autorizar o proprietário do solo, a fazer as pesquisas requeridas.

Sem a autorização de pesquisa, consubstanciada em decreto governamental, não pode o proprietário explorar o subsolo. Mas, feito o pedido de autorização por aquêle que é titular do direito de preferência, não fica entregue ao arbítrio ou discreção do órgão governamental, deferir ou indeferir o pedido formulado, visto que, em face do preceito constitucional, a preferência tem de ser reconhecida, e a pesquisa, autorizada.

A autorização assemelha-se, no caso, ao que se denomina, no Direito italiano, de *accertamento costitutivo*, uma vez que se apresenta como o título que formaliza o direito de preferência e legitima a exploração. Ora, como bem pondera Michel Perini, — "*se l'accertamento costitutivo ha per oggetto presupposti di fatto o di diritto certi e immediatamente accertabili senza che intervenga la facoltà di giudizio dell'autorità amministrativa, allora siano in presenza di un diritto soggettivo perfetto del singolo e di una attività vincolata dell'amministrazione al compimento di un atto positivo*" (*Osservevazioni sull'Accertamento Costitutivo nel Diritto Amministrativo*, 1953, pág. 59). Em tais casos, como obtempera Gustavo Vignocchi, "*l'accertamento costitutivo si presente non solo come un elemento necessario per la formazione di un rapporto, ma anche in fondo come una funzione obbligatoria della p.a., un* munus publicum *cui la medesima non può in alcun modo sottrarsi*" (*Gli Accertamenti Costitutivi nel Diritto Amministrativo*", 1950, pág. 133).

Verifica-se, portanto, do que foi exposto, que o proprietário do solo, ao fazer o

pedido de pesquisa, adquire o direito subjetivo de obter a autorização, enquanto que o poder público, paralelamente, vinculado fica à obrigação de outorgá-la.

Se o pedido de pesquisa foi levado à Administração, pelo proprietário a quem o cânone constitucional reconhece preferência para explorar o subsolo, obrigada está aquela a lhe conceder a autorização. Se assim não fôsse, ficaria vulnerado o preceito da Constituição, concomitantemente com a prática de ato lesivo e danoso a direito público subjetivo.

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 conseqüência, 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.

Daí 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 quod 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. Êste 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.

No caso em exame, poderia lembrar-se, em sentido contrário, que, posteriormente, quando ainda em tramitação o pedido de pesquisa, alterou-se o *statu quo ante,* com ato expropriatório levado a efeito pelo Govêrno do Estado de Goiás, para dizer-se que se êste se tornou proprietário do solo, adquiriu, igualmente, direito de preferência a explorar o subsolo.

Todavia, o ato administrativo de declaração de utilidade pública não pode atingir direito adquirido (Cf. Olivier Dupeyroux, *La Règle de la Non-Retroactivité des Actes Administratives,* 1954, páginas 87 e 90), o que, em nosso Direito, se torna mais evidente, ainda, — em face do preceito constitucional que protege o direito adquirido, até mesmo diante dos efeitos intertemporais da própria lei formal.

A alteração do *jus proprietatis,* no caso, ocorreu em virtude de ato administrativo, razão pela qual é inadmissível que possa atingir direito adquirido, ou alterar a preferência constitucional, muito embora essa preferência decorra do domínio sôbre o solo a que está conexa a produção mineral que se pretende explorar.

O proprietário tinha direito à exploração do subsolo, a qual só dependia de autorização de que não podia subtrair-se a autoridade governamental. O silêncio ou recusa desta, no tocante ao deferimento da preferência, constituiu ato indevido que não fêz desaparecer o direito subjetivo, já adquirido pelo requerente da pesquisa a proprietário do solo. Ora, se o ato devia ser obrigatòriamente praticado, sua revogação, por meios diretos ou oblíquos, *"équivaudrait à la violation de la loi, puisque ce serait manquer au respect du droit que possède le citoyen quant à sa emission"* (Cf. Michel Stassinopoulos, *Traité des Actes Administratifs,* 1954, pág. 264).

Não houve transferência da propriedade por um ato de vontade do anterior titular do domínio, e sim, ato administrativo que o despojou da propriedade do solo. Mas como esta não outorga, concomitantemente, o direito de explorar o subsolo, aquêle, a quem êsse direito devia ter sido

obrigatòriamente concedido, não fica prejudicado pelo ato expropriatório do poder público. Se o direito de obter a autorização era um direito adquirido, ao verificar-se a desapropriação, claro está que nenhum ato administrativo posterior poderia ferir ou lesar tal direito. E se a autorização tem de ser concedida, a pesquisa do subsolo é direito que só a êle pertence, muito embora outro ente, agora, se tenha tornado titular do direito de propriedade sôbre o solo, em virtude de ato administrativo de expropriação.

Os Estados-membros, em face dos direitos sôbre o subsolo, não têm posição diversa da que a lei reconhece aos particulares (Cf. Seabra Fagundes, *Revista Forense*, vol. CVII, págs. 39-41). Assim sendo, a expropriação sòmente atingiu a propriedade do solo, visto que o subsolo constitui propriedade distinta do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial, aproveitamento êsse que sempre depende de ato do govêrno federal, *ex vi* do disposto nos arts. 152 e 153, da Constituição federal. Deduz-se, daí, que a expropriação não poderia abranger os direitos sôbre o subsolo, resultantes de ato do govêrno da União, porquanto, se assim não fôsse, o Estado-membro se encontraria intrometendo-se em órbitra que refoge de suas atribuições e podêres. Como explica Seabra Fagundes, em se tratando do subsolo, "a desapropriação só pode ter por objetivo a exploração industrial da jazida ou mina". E acrescenta: "Êste caso de desapropriação, pela natureza do direito a que se refere, só interessa à Administração federal, único dos ramos da Administração pública que o pode utilizar em seu favor" (*Da Desapropriação*, 1942, pág. 94, nºs 98 e 99).

Nem mesmo pode entrar no preço da desapropriação, o prejuizo que o expropriado venha a sofrer, perdendo o direito de explorar o subsolo, pois que isto implicaria em outorgar-se, ao Estado-membro, o direito de revogar uma autorização emanada do poder federal.

5 — Em sintese, a situação exposta na consulta, assim se configura no plano jurídico:

a) a SAMA, como proprietária do solo, tinha preferência para explorar industrialmente o subsolo;

b) a SAMA requereu autorização de pesquisa, com o que passou ao exercício do direito de preferência que lhe outorgou a Constituição;

c) com o pedido apresentado, adquiriu a SAMA, o direito público subjetivo de obter autorização para explorar a propriedade mineral do subsolo ligado às terras de seu dominio privado;

d) a Administração federal, em face do que diz o art. 153, § 1º, da Constituição, ficou obrigada a conceder a autorização requerida, pelo que sua inércia ou omissão não produziu, como efeito jurídico, a revogação da preferência visto que não podia deixar de conceder a autorização;

e) a mudança do estado anterior, quanto à titularidade do *jus dominii* sôbre o solo, não afeta nem atinge o direito adquirido à autorização de pesquisas, uma vez que resultou de declaração de utilidade pública para efeito de ato expropriatório, o qual, como ato administrativo que é, não poderia atingir direito adquirido;

f) obrigado que está o Govêrno federal, a baixar o ato de autorização, por fôrça de direito adquirido, do antigo proprietário, a desapropriação decretada por Govêrno estadual só atinge o dominio do solo, em nada atuando sôbre os direitos de exploração do subsolo que devem resultar do indeclinável dever de baixar a União, o decreto de autorização em favor da SAMA;

g) não é porque ainda não se baixou a autorização, que a preferência do antigo proprietário ficou prejudicada, pois não era dado ao Govêrno federal negar essa autorização;

h) indeclinável autorização, *ipso facto* ficará a SAMA com a sua preferência assegurada, de modo a poder explorar o sobsolo da propriedade que, agora, passou a pertencer ao Estado de Goiás, muito embora ainda não haja título ou instrumento formal para isso, pois que êsse título não pode deixar de lhe ser outorgado por decreto governamental.

Diante de tais princípios e normas, passo, agora, a responder aos dois quesitos que a consulta formula.

Quanto ao primeiro, a resposta é negativa. O Estado-membro, em meu entender, não poderia requerer a transcrição, antes do julgamento da apelação interposta pelo expropriado.

É certo que os efeitos do recurso, na Lei de Desapropriação, se apresentam *secundum eventum litis*, pois que não suspendem o ato decisório contra o qual se recorreu, se interposto pelo expropriado, o mesmo não sucedendo, na hipótese de recurso da entidade expropriante (Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, art. 28, *caput*). O preceito citado, porém, atenta contra o devido processo legal, não reconhecido na Carta de 1937, mas consagrado, embora implicitamente, *ex vi* do art. 144, combinado com o art. 141, §§ 1º, 4º e 25, na Constituição de 1946, pelo que foi revogado por esta. Mas quando assim não se entenda, exercido que foi, pela SAMA, o direito constitucional de preferência, tinha de respeitar-se êste, conforme atrás se explicou.

Igualmente negativa, a resposta ao segundo quesito. A SAMA requereu a autorização de pesquisa, como primeiro momento do seu direito de preferência à exploração do subsolo. O direito a obter a autorização constitui direito adquirido, impermeável, nos seus efeitos, até mesmo a lei formal que o pudesse atingir. Com maior razão, a mudança de titularidade do domínio sôbre o solo, resultante de ato administrativo de Estado-membro, não pode impedir que êsse direito seja reconhecido e atendido, trazendo, como conseqüência, imperativa e indeclinável, o direito de explorar industrialmente a propriedade mineral do subsolo.

E' o meu parecer.

São Paulo, 9 de setembro de 1964. — *José Frederico Marques*, professor na Faculdade de Direito de São Paulo.