

**CÓDIGO DE MINAS — PREFERÊNCIA DO PROPRIETÁRIO DO SOLO — CESSÃO — ESTRANGEIRO**

*— O estrangeiro, proprietário do solo, não pode, válidamente, ceder direito preferencial para a exploração de jazidas.*

*— Interpretação do art. 153, § 1.º, da Constituição; idem, art. 32 do Código de Minas.*

**PRESIDÊNCIA DO CONSELHO DE MINISTROS  
PROCESSO P. R. N.º 7.578-60**

Presidência do Conselho de Ministros. Consultoria-Geral da República. E. M. n.º 58, de 23 de janeiro de 1962. Submete seu parecer E-3, sobre Interpretação dos arts. 153, § 1.º da Constituição federal e 32 do Código de Minas. "Aprovo o parecer. 30-1-62" (Exp. ao M.M.E., em 2-2-62). — Brasília, 23 de janeiro de 1962.

Excelentíssimo Senhor Presidente do Conselho de Ministros.

Com referência ao anexo processo P.R., 07.578-60, de 12 de fevereiro de 1960, tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência o meu parecer E-3, sobre Interpretação dos

arts. 153, § 1.º, da Constituição federal e 32 do Código de Minas.

Valendo-me da oportunidade, rogo se digne Vossa Excelência, se fôr o caso, mandar comunicar-me a decisão final que nêlo fôr proferida, a fim de que seja anotada ao pé das cópias do mesmo, para constar da publicação oficial determinada pelo art. 11 do Regulamento do Gabinete do Consultor-Geral da República, aprovado pelo Decreto n.º 41.249, de 5 de abril de 1957.

Sirvo-me do ensejo para apresentar a Vossa Excelência os protestos do meu mais profundo respeito. — *Antônio Balbino*. Consultor-Geral da República.

\*

PARECER

Versa a consulta sôbre a validade da cessão feita por estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, do direito de preferência para a exploração de jazidas em terreno de sua propriedade.

Cumpre, de início, assinalar a orientação histórica da doutrina e da legislação no trato do problema.

Na vigência da Constituição de 1891, as riquezas minerais da superfície e do subsolo pertenciam, por força do princípio da “*accessão*”, então dominante, ao proprietário do solo que delas podia dispor livremente (art. 72, da Constituição de 1891).

Este princípio teve vigência até a Constituição de 1934, que inaugurou na vida política brasileira um nôvo regime, por força do qual essas riquezas passaram a constituir propriedade distinta da do solo, ficando a sua exploração na dependência de autorização ou concessão federal, com a ressalva expressa de sômente poder dedicar-se a essas atividades os *brasileiros* ou as *empresas organizadas no Brasil*, assegurada ao proprietário preferência na exploração ou participação nos lucros (Constituição fe-

deral de 1934, art. 118 e 119; Decreto n.º 24.642,, de 10-7-1934. — Código de Minas — arts. 3º e 4º).

Ficou, ainda, previsto na mesma Constituição federal, que a lei regularia a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.

Esse regime foi mantido, em suas linhas gerais, pela Constituição federal, de 1937, que restringiu, entretanto, essa autorização ou concessão às *empresas integradas por acionistas brasileiros*.

Dispondo sôbre o assunto, determina a Constituição vigente.

“Art. 153 —...

§ 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...”

Não se afastou o diploma vigente das Cartas Políticas anteriores, mantidos os mesmos pressupostos.

“Diante disso, pergunta-se:

Pode o proprietário estrangeiro, em face ao dispositivo citado, ceder válidamente a outrem o direito de preferência para exploração de jazidas localizadas em áreas do seu domínio?

Em nosso entender, diante dos termos claros e precisos do nosso Estatuto básico, a resposta não poderá deixar de ser pela negativa.

E assim pensamos porque a palavra *ceder* (do latim *cessio*) significa, na acepção em que se acha empregada no Código de Minas, *transferir a outrem*, a título gratuito ou oneroso, o direito de preferência para essa exploração.

Mas, se o estrangeiro, ou empresa estrangeira, não dispõe desse direito, já que lhe é expressamente vedado o aces-

so a essas riquezas, como admitir então possa ele transferir válidamente a outrem aquilo que ele não possui?”

“Logo, se estão eles impedidos de exercer essas atividades, não gozando, por conseguinte, do direito de preferência assegurado ao proprietário do solo, não se compreende possam ceder esse direito a um terceiro, já que ninguém pode ceder a outrem aquilo que não possui?”

O que o estrangeiro ou empresa estrangeira pode, e isso ninguém lhe poderá recusar, sem grave ofensa aos princípios que regem o direito de propriedade — é transferir a sua propriedade a quem bem lhe aprouver. Nunca, porém, ceder direito de preferência que é próprio não possui.

Sustentar a tese contrária, seria exigir na regra, uma exceção aberta em favor do proprietário do solo, em caso de disputa com terceiros, o que viria transformar o controle do Governo sobre essas riquezas em mera ficção legal.

É, em outras palavras, o que reconhece o eminente jurista Pontes de Miranda, quando, em resposta à pergunta por ele própria formulada, “se o proprietário, estrangeiro, tem direito à preferência”, responde:

“De modo nenhum. Nem é participa, nem tem direito à preferência”.

E acrescenta logo a seguir:

“Não seria essa a interpretação sob a Constituição de 1934, porque então se exigia que a pessoa jurídica fosse brasileira. Hoje, ainda que se trate de direito brasileiro, é preciso que se obedeça a lei de organização o que exclui qualquer participação protegida por Estado estrangeiro, e *a fortiori*, qualquer preferência por parte do proprietário que seja estrangeiro. A única exceção é a que está prevista no § 2.º do art. 153. Não há outras. As leis são impotentes para as criar, só a emenda ou reforma

constitucional, segundo o art. 217, o conseguiria” (*Com. à Const. de 1946*, vol. IV, pág. 37).

Ainda no campo doutrinário, poderemos citar, em abono da mesma tese, Lauro Lacerda Rocha (*Código de Minas — Das Minas e Jazidas no Direito Brasileiro*), que comentando a disposição do art. 6.º do Código de Minas, assim se expressa:

“Como se verifica, o texto do art. 6.º está praticamente derogado, continuando somente de pé a exclusividade das autorizações ou concessões a brasileiro, por isso que ao estrangeiro é proibido pesquisar ou lavrar jazidas minerais, inclusive no caso de ser ele proprietário do solo ficando conseqüentemente à margem da preferência assegurada pela Constituição”.

E conclui incisivamente:

“A proibição é inelutável. Se a lei maior (art. 153) o exclui preliminarmente no texto não poderá, como não pode, aquinhoá-lo afinal ainda que seja no caso o proprietário do solo, do contrário o princípio constitucional seria inoperante, estaria morto” (op. cit., pág. 30).

Outra, aliás, não é a opinião de Elias Bedran (*A Mineração à luz do Direito Brasileiro*), no que tange a matéria.

Mas, nem só no campo doutrinário se poderá buscar subsídios para a tese aqui defendida. Também o egrégio Tribunal Federal de Recursos, em venerando acórdão que se acha publicado na *Revista do Direito Administrativo*, vol. 29, pág. 196, referente à apelação cível n.º 2.546, já teve oportunidade de decidir, com voto vencido do Ministro Elmano Cruz, que “O estrangeiro não está, apenas, proibido de exercer, pessoalmente, a exploração do subsolo, mas também nenhum direito tem de preferência, quando proprietário do solo”.

Foi relator da matéria o Ministro José de Queirós, que em brilhante voto pro-

ferido a respeito e seguido pela quase unanimidade dos seus pares, teve oportunidade de afirmar que “O proprietário estrangeiro não tem qualquer direito à preferência na exploração do subsolo.

Não se trata, no caso, de impossibilidade de exercer um direito existente”.

Nem se argumente que essa orientação implica em uma restrição ao direito de propriedade, de todo incompatível com os postulados do nosso Estatuto supremo, que garante o princípio da intangibilidade desse direito, ressalvados apenas os casos especiais de expropriação, e assim mesmo mediante prévia e justa indenização.

Semelhante argumento apenas seria procedente se ainda prevalecesse entre nós o regime da “acessão”, por força do qual o subsolo era considerado parte integrante do solo.

Nunca, porém, no regime atual, que considera a propriedade do subsolo distinta da do solo, para efeito de exploração das riquezas minerais”.

As razões acima merecem o maior acatamento e aprêço, não só pelo elevado conteúdo jurídico que detêm, como pelo exemplar ajustamento silogístico, que as estrutura.

Fundamentado nas premissas consideradas, afirmo que qualquer negócio jurídico, realizado sobre jazidas e que tenha como objeto o direito de preferência de estrangeiro, é de ser considerado como inexistente, por parecer-me que as pessoas físicas e jurídicas estrangeiras não podem dispor do direito de preferência consagrado no § 1.º, do art. 153 da Constituição federal, de 18 de setembro de 1946. Desta afirmação decorre a de que não podem transferir válidamente a outrem privilégio ou direito, que não possuem. Onde medra a conclusão lógica acerca da nulidade absoluta ou a inexistência do ato ou do negócio jurídico (Zacariae), que envolva a essência da prerrogativa de *preferência*, exclusivamente atribuída às pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, que atendam às exigências da legislação específica em vigor.

Tal nulidade ou inexistência decorre da simples ausência ou carência de elemento intrínseco e fundamental à própria vida formal ou material, do ato jurídico, qual seja o objetivo permitido e amparado por pressupostos legislativos.

Este o meu pensamento, salvo melhor juízo.

Brasília, 23 de janeiro de 1962. — *Antônio Balbino*, Consultor-Geral da República.