CÓDIGO DE MINAS — AUTORIZAÇÃO DE PESQUISA E DE LAVRA — PREFERÊNCIA DE PROPRIETÁRIO DO SOLO — ESTRANGEIRO

— O estrangeiro não está, apenas, proibido de exercer, pessoalmente, a exploração do subsolo, mas também nenhum direito tem de preferência, quando proprietário do solo.
— Interpretação do art. 153, § 1.º, *da Constituição.*

TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS
Mário Salvatori e outro *versus* Antônio de Barros Mota e outros
Apelação cível n.º 2.546 — Relator: Sr. Ministro
JOSÉ DE QUEIRÓS

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos êstes autos de apelação cível n.º 2.546, de São Paulo, Matéria Constitucional — em que figuram como apelantes Antônio de Barros Mota (deserto), Mário Salvatori e Demétrio Salvatori e, como apelados, Antônio de Barros Mota, João Batista Anhaia de Almeida Prado e a Fazenda Nacional:

Acorda o Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, por maioria de votos, vencido o Sr. Juiz Elmano Cruz, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade, nos têrmos das notas taquigráficas em anexo, que ficam fazendo parte integrante dêste.

Rio, 6 de agôsto de 1951. — *Ábner de Vasconcelos*, Presidente. — *João José de Queirós*, Relator.

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

O Sr. Ministro José de Queirós — Sr. Presidente, trata-se de um relatório do Ministro Djalma da Cunha Melo, que ratifiquei.

Na apelação foram discutidas inúmeras questões, e tôdas elas constam longamente do relatório feito. Todavia, em face do disposto no art. 97 do Regula-

mento, com o feito ao Tribunal Pleno, para exame, apenas, de questão constitucional.

Do relatório já publicado, vou, portanto, destacar aquêles pontos que dizem respeito à espécie a ser dirimida neste Tribunal Pleno.

Antônio de Barros Mota obteve, em julho de 1945, autorização de pesquisa em terras situadas em Itapeva, Estado de São Paulo, de propriedade de Demétrio Salvatori. Em 13 de agôsto de 1946, João Batista Anhaia de Almeida Prado, também obteve decreto de autorização de pesquisa em terras do mesmo lugar, igualmente de propriedade do mencionado Demétrio Salvatori. A autorização da Lavra, posterior, foi dada a Antônio, por decreto de 18 de novembro de 1946, retificado, posteriormente, em 13 de março de 1948; a João Batista, por decreto de 24 de outubro de 1947.

Em 1949 — 19 de março, Demétrio, que é italiano, como confessa, doou aquelas terras a seu filho Mário Salvatori, brasileiro.

Com relação à matéria constitucional, a ser decidida neste Tribunal Pleno, não houve, desde o início, nitidez. Ela aparecia, no feito, tècnicamente apresentada. Nem na inicial, nem na contestação, nem na sentença, foi, diretamente, enfrentada a questão.

Há, apenas, referências esparsas, as quais serão tôdas lidas por mim, por interessarem à decisão.

Quanto à sentença da lavra do Juiz Cantidiano Garcia de Almeida, a referência à matéria constitucional é a seguinte:

"Ao tempo, não reconhecia o Código de Minas direito de *preferência* ao proprietário do solo.

Requerendo, com primazia, a autorização da pesquisa, esta assegura ao interessado por ato do Poder Executivo (decreto-lei n.º 1.985, de 29 de janeiro de 1940, art. 16).

Nem se fala na preferência do autor Demétrio Salvatori.

A antiga exploração, se real, cassada de há muito, desamparando qualquer pretensão, nesse sentido, na época do requerimento de Antônio de Barros Mota.

Ademais, não manifestada ou registrada, de molde a exigir interpelação, para assegurar a preferência única reconhecida pela legislação contemporânea (decreto-lei n.º 1.985, de 29 de janeiro de 1940, arts. 7-15).

Dela não conseguiria valer-se, de uma forma ou de outra, o aludido autor, cidadão alienígena.

E' verdade, no momento, transferida a propriedade a brasileiro, de rigor a consulta para firmar-se a preferência constitucional (Constituição, art. 153 § 1.º).

Mas, não prospera o privilégio, enfrentando *direito adquirido* por Antônio de Barros Mota (Constituição, artigo 141, § 3.º).

Com a pesquisa, aquinhoou-se com a *lavra futura*, complemento da atividade precedente, como bem ressalta um dos pareceres administrativos (fls. 246).

Daí os decretos ulteriores, garantindo a lavra, a despeito do princípio ora vigente (Constituição, art. 153 § 1.º)" (fls. 322-323).

A outra referência, na sentença, é a seguinte:

"De consignar-se, mesmo posterior à Constituição de 1946 a autorização de pesquisa (decreto n.º 23.917, de 24 de outubro de 1947), ao proprietário do solo, na ocasião, provadamente estrangeiro, descaberia direito à preferência, reservada aos brasileiros (Constituição, art. 153). A doação posterior não se voltaria para aniquilar o *direito consolidado*, no regime caduco.

Perdurando o vigor dos atos administrativos examinados, sai índene da demanda a Fazenda Nacional" (fls. 326-327).

Na apelação de Mário Salvatori, a fls. 350, com relação à Constituição federal, diz-se o seguinte:

"Deixando de lado a preferência outorgada pelo próprio Código de Minas, nos casos de pedreiras, passemos à preferência ampla conferida pela Constituição federal ao proprietário do solo.

Êste ponto foi por nós profundamente esclarecido: dispõe a Constituição federal, em seu art. 153, que o aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização federal, na forma da lei. O § 1.º dispõe:

As autorizações serão conferidas exclusivamente a brasileiros... assegurada ao proprietário do solo preferência para exploração". Alega-se, como veremos, que os apelados já tinham direito adquirido à lavra quando Mário Salvatori, brasileiro, propôs a presente ação. Ao tempo dos decretos de pesquisa e lavra o solo ainda pertencia a Demétrio, italiano. Garantidos *erga omnes* teriam ficado os apelados com a só outorga dos atos administrativos que os habilitaram à mineração.

A propósito do debate, citamos vários pareceres do ilustre Consultor Jurídico do Ministério da Agricultura, Dr. Luciano Jaques de Morais, publicados na *Revista de Direito Administrativo* e no *Diário Oficial*, da União (fls. 253 e 290). Rogamos ao egrégio Tribunal que dê a tais pareceres o valor que merecem, que, na verdade, valor jurídico têm tais opiniões, aliás aprovadas pelo Sr. Ministro da Agricultura. Não considera êste adquirido o direito do minerador com a simples autorização de pesquisa. Tanto assim que, nos vários casos que ocorreram, foram cassados os decretos de autorização para atender a preferência do proprietário (fls. 254 verso: "deve ser declarado sem efeito o decreto n.º 24.402 expedido com preterição de proprietário do solo para que pudesse exercer o seu direito de preferência..."). Embora o proprietário do solo, na ocasião, fôsse italiano, na espécie em debate, cabia-lhe o direito de ser interpelado. A interpelação é obrigatória, mesmo porque não cabe à União indagar, prèviamente, se o proprietário é estrangeiro ou não. E tal investigação prévia, aliás, seria irrelevante, porque, apurada a qualidade de estrangeiro do proprietário do solo, ainda assim lhe cabe transferir o solo a brasileiro nato e êste passará a exercer, plenamente, o direito que aquêle só tinha desnudo e inoperante.

Qualquer que seja, entretanto, o ponto de vista em que se coloque o julgador, nesta matéria dos direitos de estrangeiro, não há dúvida que resta indagar se o novo proprietário ainda alcançou os apelados em fase de pura preparação para o aproveitamento dos recursos minerais ou seja os alcançou no pleno gôzo de um direito verdadeiramente adquirido, segundo o conceito legal. Poder-se-ia indagar ainda: há verdadeiro direito adquirido em matéria de exploração do subsolo? As autorizações administrativas, por si sós, têm a virtude de criar direitos subjetivos inderrogáveis?" (fls. 350-351).

Na apelação de Demétrio, que figurou como assistente na ação, diz-se o seguinte:

"Não importa que o ora apelante figure ainda como italiano, pois não pleiteou, na ação, preferência para exploração da jazida em questão. Alegou, apenas, que tinha o direito de ser interpelado ao tempo da concessão das autorizações de pesquisa e lavra a terceiros. Esta falta de interpelação ao então proprietário do solo, em face do art. 12, § § 1.º e 2.º do Código de Minas, art. 153, § 1.º, da Constituição federal, deixou intacto o direito do ora apelante de transferir a superficie do solo a quem bem entendesse e, consequentemente, os direitos e ações que não podia exercer, como italiano nato, ainda sem título declaratório de cidadania brasileira.

Todavia, o ora apelante reserva-se o direito de juntar, perante o egrégio Tribunal Federal de Recursos, a prova de sua nacionalidade brasileira mediante título declaratório, pois tal prova por ser declaratória, tem efeito retroativo.

Assim espera que o M. Tribunal Federal de Recursos reconheça: 1.º que, embora figurando como estrangeiro, o ora apelante tinha o direito de ser interpelado, em face do art. 12, §§ 1.º e 2.º do Código de Minas e do art. 153, § 1.º, da Constituição federal, para que, como proprietário do solo se manifes-

tasse sôbre os pedidos de terceiros a respeito da exploração das pedreiras e tomasse as providências que lhe cabiam" (fls. 375-374).

E essa é a única referência à matéria constitucional, na apelação de Demétrio. Nas razões dos apelados João Batista de Almeida Prado e Antônio de Barros Mota nenhuma referência se fêz. Ao ser a apelação submetida a julgamento na Turma, sem que, — também, a douta Subprocuradoria Geral se manifestasse sôbre a matéria constitucional difusamente referida nos autos, propôs o ilustre Relator, Ministro Cunha Melo, fôsse, nos têrmos do art. 97, publicado o relatório e encaminhados os autos ao Tribunal Pleno. Assim decidiu a Turma, em acórdão que se encontra a fls. 323.

E' o relatório.

VOTO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Sr. Ministro José de Queirós (Relator) — Sr. Presidente, suponho o Tribunal já perfeitamente esclarecido, não só pelo relatado como, principalmente, pelas palavras do ilustre advogado, Dr. Henrique Brito Viana, e pelo memorial lido pelo digno Dr. Subprocurador Geral da República. Todavia, para govêrno do meu próprio voto, que não trouxe escrito, vou me permitir repisar pontos de direito e de fato, para não me perder no amaranhado que se possa criar em tôrno da questão em exame.

Quanto à matéria de direito, o que há é o seguinte: — As concessões de pesquisa se fizeram no regime da Constituição de 1937 e do Código de Minas, inda em vigor. A Constituição de 1937 dispunha, em seu art. 143, § 1.º, que a autorização só poderia ser concedida a brasileiros ou a emprêsas constituídas por acionistas brasileiros e que ficaria reservada ao proprietário a preferência na exploração ou participação nos lucros.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — V. Excia. dá licença a esta altura? Êsse dispositivo pela Lei Constitucional n.º 6, de maio de 1942, foi modificado, mas nessa parte parece que sem grande relevância porque diz "... reservada sempre ao proprietário preferência na exploração".

O Sr. Ministro José de Queirós — Acrescentou-se mais a palavra "sempre", o que não altera o princípio constitucional. O art. 6.º, da Lei de Minas, preceitua, por sua vez:

"O direito de pesquisar ou lavrar só poderá ser outorgado a brasileiros, pessoas naturais ou jurídicas, constituídas estas de sócios ou acionistas brasileiros".

Como se vê, o Código de Minas não se refere à preferência reservada constitucionalmente aos proprietários. A Constituição de 1946, sob cujo regime foram expedidos os decretos de concessão, já então da lavra, também a estabelece, no 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".

Vejamos a matéria de fato. Tendo sido concedido a Antônio de Barros Mota e João Batista A. de Almeida Prado, por decretos do Govêrno Federal, o direito de pesquisa em terras de Demétrio Salvatori, italiano, foi-lhes, posteriormente à Constituição de 1946, concedido, também, o direito de lavra, sem consulta prévia ao proprietário do terreno sôbre sua preferência na exploração. Discutem-se, na ação, ainda outras questões de fato que não interessam ao aspecto constitucional submetido à nossa apreciação. Posteriormente, em 1949, Demétrio Salvatori doou suas terras a seu filho, Mário Salvatori, brasileiro. Sustentam os apelantes, Demétrio e seu filho Mário, que, embora fôsse aquêle, confessadamente, italiano, cabia-lhe ser ouvido sôbre a concessão. Apesar de não poder exercer, por si próprio, o direito de pesquisa e lavra, reservado aos brasileiros natos, poderia vender, doar, ou transferir suas terras a terceiro em condição, por

sua nacionalidade brasileira, de exercer tal direito.

Incidentemente, quero esclarecer ao Tribunal que Demétrio Salvatori, em suas razões de recurso, prometeu trazer a êste Tribunal seu título declaratório de cidadania brasileira, o qual, por ser declaratório, retroagiria, em seus efeitos, ao tempo em que fôra concedido o direito de pesquisa. Tal não fêz, entretanto. E' de supor-se que não obteve o desejado título. Fica, portanto, afastada a possibilidade de cidadania brasileira por título declaratório. Era, pois, sem dúvida italiano o proprietário das terras e só posteriormente à concessão de lavra é que as doou a seu filho brasileiro.

O douto advogado dos Salvatori, pai e filho, da tribuna e em seu bem feito memorial, fixou a questão constitucional no seguinte: não é possível, em face da Constituição de 1946, conceder-lhe autorização, quer de pesquisa, quer de lavra, a estrangeiro. Assegura-se que é inconstitucional a concessão em exame, como o é, também, a Lei de Minas, silenciando a respeito, eis que a Constituição reservou preferência ao proprietário, e êste não foi ouvido, no caso em exame.

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — E é esta tôda a matéria do debate.

O Sr. Ministro José de Queirós — Não, *data venia*, não é tôda a matéria em debate. Parece-me que há outra questão constitucional intercorrente. O proprietário do solo era, confessadamente, italiano, fato sem qualquer discussão nesta altura. E o mesmo dispositivo da Constituição que assegura, aos proprietários do solo, preferência para exploração estabelece que as autorizações, ou concessões serão conferidas, exclusivamente, a brasileiros. Se se tratasse de proprietário brasileiro — e neste passo vale a referência feita pelo douto patrono dos apelantes, a parecer administrativo que juntou nos autos, por certidão — se se tratasse de brasileiro, sem dúvida poder-se-ia arguir de inconstitucional a concessão quer da pesquisa, quer da lavra, sem consulta prévia para estabelecer o direito preferencial do proprietário. Mas não é esta, certamente, a hipótese. O proprietário era estrangeiro. Ao tempo em que foram baixados os decretos que se apodam de inconstitucionais, o proprietário de terra era italiano. Sustentam os apelantes que, a despeito dessa circunstância, cabia ao proprietário o direito de ser ouvido porque, embora não podendo exercer o direito de preferência, por ser italiano, poderia transferí-lo a brasileiro que o exercesse.

Em seu memorial, cita, o douto advogado Henrique de Brito Viana, a opinião de Pontes de Miranda, no sentido de que a riqueza do subsolo pode, hoje, pertencer a estrangeiro, embora não o possa a sua exploração. Entretanto, o próprio Pontes de Miranda, comentando o dispositivo da Constituição federal, o art. 153, diz o seguinte:

"Ressalva-se ao proprietário preferência na exploração, podendo a lei ordinária regular a preferência quanto a minas e jazidas. Pergunta-se: o proprietário, *estrangeiro*, tem direito à preferência? De modo nenhum. Nem êle participa, nem tem qualquer direito à preferência" (Comentários à Constituição de 1946, vol. IV, pág. 37).

Tal opinião, do ilustre publicista, coincide com o meu ponto de vista no tocante à espécie dos autos. 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; inexiste o próprio direito de exploração.

E' fato que a Constituição atual, ao contrário das anteriores, de 1934 e 37, não exclui a propriedade particular das minas. A Constituição de 1934 (artigo 119, § 4.º) e a Carta de 1937 (artigo 144) estabeleciam a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas dágua, atribuindo sua propriedade à Nação e não ao proprietário do solo. A Constituição de 1946, eliminando a referência das anteriores à "nacionalização progressiva", conservou, entretanto, o princípio que estabe-

lece constituírem as riquezas do subsolo propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial (Constituição de 1946, art. 152). Além de manter a distinção, o regime constitucional vigente, como os anteriores, desde 1934, expressamente nega ao proprietário estrangeiro do solo o direito de aproveitamento dos recursos minerais do subsolo. Vale isso dizer que, embora possa êle transferir a propriedade do solo — e com ela a do subsolo, desde que a Constituição silencia sôbre a nacionalização progressiva das minas — não pode o proprietário estrangeiro transferir o direito de preferência na exploração, pelo simples e decisivo motivo de não o ter. A preferência é um direito exclusivo do proprietário brasileiro. Só nasce êsse direito no momento em que propriedade do solo passa às mãos de um brasileiro.

Pergunta-se, em face de princípios constitucionais vigentes: poderia Demétrio, que se confessa italiano, transferir a seu filho o direito de preferência, que não tinha? Absolutamente. Só há que cogitar de preferência a partir do momento em que Mário Salvatori, brasileiro, se tornou, por doação, proprietário do solo. Isso, entretanto, só se verificou a 19 de março de 1949, conforme certidão de fls. 24 dos autos. Nesta altura, porém, já haviam sido concedidas as autorizações, quer de pesquisas quer de lavra, pois o último dos decretos é de 24 de outubro de 1947.

No caso invocado pelo douto advogado dos apelantes e ao qual se refere o parecer a fls. 254, a situação é diferente. Tratava-se de proprietário brasileiro, ao tempo da concessão, feita sem consulta prévia. Opinou-se, por isso, no sentido de sua anulação. Ora essa não é a hipótese em exame.

Argumenta-se que a questão da nacionalidade do proprietário não surge de antemão. Impor-se-ia, pois, de qualquer forma a sua consulta prévia para que, se verificada a condição de ser brasileira a cidadania, discutir-se a preferência constitucional. Se se trata de estrangeiro, cairia a preferência, por inexistente. Admita-se que assim deva ser. Mas no caso concreto que examinamos nenhuma dúvida existe de que o proprietário do solo era italiano, ao tempo das concessões. Chegaríamos a conclusão de que os decretos de autorização seriam constitucionalmente válidos, embora sem consulta prévia ao proprietário, porque inexistente qualquer direito de preferência, ao tempo em que foram baixados. Falta, inteiramente, o pressuposto da alegada inconstitucionalidade.

Igualmente, quanto ao Código de minas (decreto-lei n.º 1.985, de 1940), não se pode falar em inconstitucionalidade, só porque essa lei não se refere a preferência dada ao proprietário brasileiro na exploração de subsolo. A preferência já vinha mencionada nas Constituições anteriores e, parece-me, não seria razoável cogitar-se "comissão inconstitucional", salvo se a lacuna importasse na própria derrocada do princípio constitucional. Tal não é o caso, entretanto.

Em síntese, não há qualquer inconstitucionalidade a declarar, quer quanto aos decretos expedidos a favor de João Batista Anhaia de Almeida Prado e Antônio de Barros Mota, quer quanto ao Código de Minas, pelos seguintes motivos:

a) no regime de 37, como no atual, exclusivamente o proprietário brasileiro tem direito a preferência para a exploração dos recursos do subsolo, sendo desnecessária a consulta prévia quando confessada a situação de estrangeiro do proprietário.

b) o estrangeiro não está, apenas, proibido de exercer, pessoalmente, a exploração do subsolo, mas, também nenhum direito tem de preferência, quando proprietário do solo:

c) a transferência da propriedade do solo a brasileiro, posteriormente aos decretos de autorização ou concessão, não acarreta a sua inconstitucionalidade, mesmo que não tenha sido feita, ao tempo, consulta prévia ao então proprietário estrangeiro:

d) a omissão do Código de Minas, quanto à preferência dada ao proprietário brasileiro, não o torna inconstitucional.

Assim, por tais fundamentos, Sr. Presidente, rejeito a arguição de inconstitucionalidade.

VOTO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Sr. Ministro Cunha Vasconcelos — Sr. Presidente, estou também de acôrdo com o voto do Sr. Ministro Relator em suas conclusões, porquanto em parte, na sua fundamentação, tenho argumentos pessoais.

Creio que a Constituição de 1946 não inovou, no particular, sôbre o que dispunha as Constituições anteriores, de 1937 e 1934.

Também a Constituição de 1934 assegurava ao proprietário do terreno a preferência na exploração, ou co-participação dos lucros, porque dizia: — Ressalvada aos proprietários a preferência na exploração ou participação dos lucros.

A única modificação que houve foi que a Constituição de 1946 permitia aquela restrição da de 1937, pela qual a preferência das minas era do Estado.

A Constituição de 1946 diz, precisamente, o que dizia a de 1937. As Constituições de 1937 e 1934 não diziam que as minas fôssem propriedades do Estado: diziam que a propriedade das minas não se integrava na propriedade do solo. Mesma coisa. Subentende-se; desde que a própria Constituição subordinava o exercício da exploração à autorização do Estado, é evidente que essa pesquisa do subsolo ficava sob a guarda do Estado.

Continuando, Sr. Presidente, vemos a Constituição de 1937 garantindo, ao proprietário, a reserva da preferência, a exploração ou participação nos lucros; a Constituição de 1946 assegurando, ao proprietário do solo, a preferência para a exploração.

Não tenho notícia de que, até hoje, desde a vigência do Código de Minas, de 1940 a esta parte, se tenha pretendido disputar ao requerente da pesquisa e, consequentemente, da lavra, a primazia da exploração sob invocação de preferência do proprietário do solo. Evidentemente, essa preferência, a que a Constituição se refere, não é de molde daquela que o Código Civil assegura ao senhor do domínio. Entendo eu, e sempre entendi, que a preferência que a Constituição assegura, ao longo de 1934 até a presente data, se positiva na concorrência de pretensões. Se o proprietário do solo concorre com um estranho no pedido de exploração, êle tem essa preferência, porque é preciso acentuar que a Constituição dissociou a propriedade do subsolo da propriedade do solo. E o que significaria a manifestação do exercício de uma preferência absoluta pelo proprietário? Evidentemente, a frustração de tudo quanto se pretendeu realizar desde a Constituição de 34. Ademais, na hipótese, ocorre ainda que o direito de pesquisa teria sido requerido anteriormente à Constituição de 1946. Aliás para mim, é de somenos importância o detalhe, mas para quem não o fôr, êsse requerimento de pesquisa, simples requerimento de pesquisa, terá fixado, desde então, um direito do requerente, que afastou as possibilidades do senhor do solo. Sôbre o aspecto há no parecer brilhantíssimo do Sr. Dr. Francisco Campos, citado pelo nobre advogado, da tribuna, uma passagem relevante e de juriscidade irrecusável:

"O direito de preferência significa tão sòmente a prioridade reconhecida ao seu titular para a aquisição de um direito ainda livre, ou ainda não imputado ou atribuído a outrem, ou ainda não por êste adquirido" *

Já não estamos naquele tempo de individualismo absorvente. O direito da comunhão, que é o direito do Estado, sobreeleva o direito do indivíduo. Esta será a razão filosófica determinante da

* NOTA DA RED.: Publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. 19, p. 336.

providência constitucional. E se chegarmos à conclusão tão brilhantemente desenvolvida e defendida pelo ilustre advogado, estaremos determinando a frustração de tão alto objetivo. A mim me basta essa consideração para não haver como inconstitucionais os decretos que concederam a lavra ao recorrido, independentemente daquele aspecto relevante que, a meu ver, se aproxima do mérito focalizado pelo Ministro Relator — a circunstância de se tratar de um estrangeiro, o proprietário do solo. Meu voto, Sr. Presidente, é no sentido de desconhecer inconstitucionalidade no decreto concessivo de lavra.

VOTO

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O Sr. Ministro Artur Marinho — Sr. Presidente, para mim o art. 153, § 1.º, da Constituição de 1946 manteve, na íntegra, o ponto de vista sustentado pelo Código de Minas de 1934, e, inquestionàvelmente, ratificado pela Constituição de 34, por seu lado ratificado e ampliado pela Carta de 1937.

Restaurou-se, como tive oportunidade de dizer aqui, doutra vez o antigo direito reinol e a propósito do problema. E digo restaurou-se porque a orientação da legislação do Império até o momento em que foi promulgada a Constituição de 91, ainda era dubitativa, embora já se sustentasse a mesma orientação constitucional inaugurada em 91 no sentido de modificar aquêle velho direito reinol a que me referi. E uma grande prova marcante dêste ponto de vista é o que se consigna, ilustrativamente para o problema, no art. 21 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, promulgado, conjuntamente, com a Constituição de 1946, em 18 de setembro daquele ano.

Falando a Constituição em estrangeiros residentes no país, aos quais se asseguram amplos direitos em igualdade de condições com brasileiros, artigo 141, *caput*, percebe-se, òbviamente, que era preciso que a mesma Lei Máxima, ela própria, excepcionasse a extensão daqueles direitos assegurados. O § 1.º do art. 153, é, evidentemente, de exceção: nenhum estrangeiro poderá obter autorização ou concessão para explorar minas neste país. Assegura-se ao proprietário do solo preferência na exploração, porque tal proprietário, que se mantém dono do mesmo solo, não é também dono do subsolo, visto o Código de 1934 e reedições a que me reportei. Uma coisa é a propriedade do solo e outra a do subsolo, destacado daquela como o foi desde o Código de Minas de 1934, ratificado pelas Constituições. Assim aquela propriedade de solo, aludida no § 1.º, do art. 153, não é pertinente a estrangeiros, ainda que sejam êles proprietários do mesmo solo. Sucessores seus (de estrangeiros) a título singular ainda que brasileiros, em hipótese alguma, mudam a vedação se a sucessão fôr rebuscada para fraudar a Lei Suprema; questão de provas em concreto. E até os títulos universais, por direito hereditário, mesmo brasileiros, não contam com o direito à exploração se a sucessão tiver sido posterior à descoberta da riqueza do subsolo, firmados direitos em favor doutrem.

Consequentemente, apóio as conclusões do brilhante voto produzido pelo Relator, Juiz João José de Queirós, que produziu uma peça digna dos maiores constitucionalistas dêste país no entender as Constituições que se ocuparam da matéria. Para mim é uma honra apoiar a sua conclusão, e quanto a premissas, filio-me a quase tôdas as expostas pelo douto Sr. Ministro Cunha Vasconcelos, que também apoiou a conclusão do meu digno colega Juiz João José de Queirós.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Adiado por ter pedido vista o Senhor Ministro Elmano Cruz, depois dos votos dos Srs. Ministros Relator, Mourão Russel, Henrique D'Ávila, Cunha Vasconcelos, Alfredo Bernardes e Artur Marinho, rejeitando a preliminar de inconstitucionalidade. Presidiu o julga-

mento o Exmo. Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos.

VOTO-VENCIDO

MATÉRIA CONSTITUCIONAL

O Sr. Ministro Elmano Cruz — Por ocasião do julgamento da apelação cível n.º 2.546, ventilando-se questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos decretos de autorização de pesquisa e lavra outorgados a uns dos litigantes, pedi vista dos autos para melhor examinar a controvérsia, com o exame direto do processo, e a luz de meus pronunciamentos anteriores, nos mandados de segurança 206, do Distrito Federal, no qual foi impetrante Diva Borborema Vanderlei Mariz, e ainda, nos embargos a apelação cível n.º 2.034, do Ceará, em que figurava como parte a Ordem dos Irmãos Maristas.

O relatório feito pelo eminente Juiz João José de Queirós, ora concorrendo com suas luzes, para o maior brilho dos julgados dêste Tribunal, precisou com exatidão os pontos dignos de debate e fixou os marcos e as linhas dentro das quais, nesta fase de arguição de inconstitucionalidade, terá que se dar o deslinde da controvérsia.

Demétrio Salvatori, italiano, se insurge contra decretos de autorização de pesquisa e concessão de lavra a Antônio de Barros Mota, e a João Batista Anhaia de Almeida Prado. A êle se aliou seu filho Mário Salvatori êste brasileiro, na qualidade de donatário das terras pesquisandas, e cessionário de todos e quaisquer direitos que do Código de Minas, advir pudessem a Demétrio.

Os decretos impugnados, — isto é, — os decretos cuja inconstitucionalidade se arguem, são respectivamente:

a) os concedidos a Antônio de Barros Mota — o primeiro de pesquisa é de n.º 19.079, de 2 de julho de 1945; os de lavra, têm os números 22.083 de 1.º de novembro de 1946, retificado pelo de n.º 24.663, de 13 de março de 1948.

b) os outorgados a Anhaia de Almeida Prado — o primeiro de n.º 21.013, de 13 de setembro de 1946 — autorização de pesquisa e o segundo de 24 de outubro de 1947 concessão de lavra, que tem o n.º 23.917.

Do cotejo das datas acima fixadas, com o art. 153 e seus parágrafos da Constituição federal, tira o arguente da constitucionalidade, a conclusão de que efetivamente tais decretos infringem e violam a lei maior, pois fizeram tábua raza do direito preferencial que a Constituição vigente, assegura ao proprietário do solo.

Penso que razão assiste ao arguente pois efetivamente tenho como inconstitucionais os decretos de autorização de lavra, expedidos depois do advento da Constituição de 1946 sem que tenha havido solicitação ou convite ao proprietário do solo, para exercer o seu direito de preferência.

A inconstitucionalidade a meu ver, alcança tão sòmente os decretos ns. 22.033, de novembro de 1946 e 24.663, de 13 de março de 1948, outorgados a Antônio de Barros Mota, e o de n.º 23.917, de 24 de outubro de 1947, concedido a Almeida Prado.

Assim, entendo, por isso que, com referência aos decretos anteriores os autorizadores de pesquisa, já perderam êstes decretos a sua vida e eficácia, eis que condicionada a sua vigência, ao trabalho preparatório das pesquisas que se conclui com o relatório; ora se já foram expedidos os decretos de concessão de lavra, é bem de ver que deixaram de ter existência prática e mesmo real, os decretos autorizadores de pesquisa, que são válidos por tempo certo e determinado — isto é, por dois anos (art. 16, n.º II do Código de Minas, decreto-lei n.º 1.985, de 1940) — e assim tanto o decreto de autorização expedido em 2 de julho de 1945 — a favor de Barros Mota, como o de n.º 21.013, de 13 de setembro de 1946 — a favor de Almeida Prado, já perderam a sua eficácia no tempo e no espaço não sendo pois de se reconhecer inconstitucionalidade ao propósito de atos de eficácia já extinta, pelo decurso do prazo neles fixados para sua subsistência.

Os decretos de autorização ou concessão de lavra, êstes sim, que ainda operam é que são de ser examinados, e fulminados, se fôr tal o caso, reconhecida que seja a inconstitucionalidade que os atinge.

O ilustre Juiz *a quo*, positivou, que ao proprietário das terras Demétrio Salvatori — alienígena descabia direito a preferência, reservada aos brasileiros (Constituição art. 153), (fls. 418 do relatório). Assim, concedidos os decretos de autorização, em data anterior a transcrição em nome de brasileiros — 19 de março de 1949 — não havia como fazer retroagir contra os direitos adquiridos pelos titulares da autorização a doação feita por Demétrio a Mário Salvatori e de que dá notícia o documento de fls. 24.

E' certo que tanto a Constituição de 1937 — vigente ao tempo dos decretos de pesquisa, como a Constituição vigente de 18 de setembro de 1946 consignaram e consignam a circunstância de só serem deferidas as autorizações "a brasileiros ou emprêsas constituídas por acionistas brasileiros" — Constituição de 1937, art. 143, § 1.º (Lei Constitucional n.º 6, de 13 de maio de 1924), e na linguagem melhorada da de 1946 "as autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros, ou a sociedades organizadas no país, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração" (art. 143, § 1.º).

Se bem que ao proprietário alienígena, não coubesse em princípio o direito preferencial a pesquisa ou a lavra, o Código de Minas de 1940, nesse ponto não revogado nem abrogado pela Constituição de 1946, pois com ela não colidente, assegurou, ainda naqueles casos, ao proprietário do solo impedido de obter para si o decreto de autorização, o *direito* de pesquisa e lavra, direito êsse que no caso dos autos, não teve oportunidade de ser exercido pelo então proprietário Demétrio Salvatori.

Realmente o § 5.º do art. 6.º do Código de Minas — não modificado pelo decreto-lei n.º 2.778, de 12 de novembro de 1940, que apenas alterou a redação do § 2.º do mesmo artigo, estabelecia em têrmos indisputáveis:

"Quando o proprietário não puder exercer por si os direitos de pesquisa e lavra, será válida a cessão dêsses direitos a pessoa natural ou jurídica a quem não falte capacidade legal para êsse fim".

Se essa era a linguagem da lei ordinária o direito preferencial a concessão da lavra, direito êsse que a Constituição de 1946 veio assegurar de modo inequívoco, é bem de ver que na vigência desta última Constituição, o preceito do § 5.º do art. 6.º do Código de Minas, cresceu de valor e de obrigatoriedade.

Os decretos de lavra, pois, concedidos já na vigência da Constituição de 1946 — isto é, o concedido a Barros Mota em 19 de novembro de 1946, com a retificação de 13 de março de 1948, bem como o outorgado a Almeida Prado aos 24 de outubro de 1947, se expediram ao arrepio flagrante da letra da Constituição, art. 153, § 1.º, e do disposto no Código de Minas, quanto à modalidade de outorga, na hipótese de ser impedido o proprietário do solo.

O fato, pois, de ser Demétrio Salvatori italiano, não dispensava, como pareceu ao eminente Juiz *a quo*, o convite ao exercício do direito de preferência que a Lei Maior, auto-aplicável, e auto-executável, lhe assegurava.

Desconhecida ou relegada essa preferência — que não podendo ser exercida diretamente pelo proprietário, tanto o podia ser por cessionário seu (art. 6.º, § 5.º, do Código de Minas) — como por sociedade pelo mesmo organizada para êsse fim, no país (Constituição, art. 143, § 1.º, primeira parte) — é para mim evidente que os atos administrativos que abandonaram o princípio Constitucional, ou o relegaram, não podem subsistir.

Referi-me de início a dois votos já por mim proferidos neste Tribunal, nos casos de Diva Borborema Vanderlei Mariz (mandado de segurança n.º 206), e da Ordem dos Irmãos Maristas (apelação cível n.º 2.034).

Nos dois julgamentos o Tribunal aceitou a doutrina que expus nos meus votos, no primeiro dêles, como Relator, e no segundo, como simples Juiz vogal através pedido de vista, quando me manifestei de acôrdo com a maioria dêste Tribunal, pela inconstitucionalidade dos atos acoimados como tais.

No mandado de segurança não dei pela inconstitucionalidade dos decretos de autorização, por serem todos êles anteriores à Constituição de 1946, tendo acentuado: "Assim quando surgiu a Constituição aos 18 de setembro, já Omar o Grady era titular de um decreto concessivo, que nem constituiria "autorização nova" mas simples renovação de autorização anterior, concedida em 1943, muito anteriormente, portanto, à Constituição de 1946 em plena vigência do Código de Minas de 1940 (*Diário da Justiça* de 20 de abril de 1950, supl., pág. 1.414).

No outro caso, o da Ordem dos Maristas, tive oportunidade de positivar a diferença existente para os fins de invalidade do ato administrativo, entre os praticados — antes da vigência da Constituição de 1946 — e depois do advento dessa Constituição.

Disse então, e mantenho ainda agora êsse entendimento:

A inconstitucionalidade, pois, pretendida pela ordem alcança a meu ver, tão sòmente o último decreto, o de n. 22.504 de 1947, que tenho como realmente inconstitucional, face ao art. 141, § 3.º — por importar a sua subsistência em infringência da coisa julgada, que retirou à emprêsa o comércio das águas extraídas da fonte em questão, diante do litígio instaurado desde 1944 no processo administrativo D. G. P. M. 1.844-42 do qual constava explìcitamente a certidão do julgado do Tribunal cearense (fls. 37) — e êsse ponto similar ao em debate e do disposto no art. 153 da Constituição de 1946, não podia ser outorgado o decreto da lavra, pois importava êle como importou em desconhecer a preferência do proprietário do solo que aquêle artigo consagra".

Sob êste duplo aspecto, pois, por infringente do art. 141, § 3.º, e do art. 153 da Constituição de 1946, dou pela inconstitucionalidade do decreto n.º 22.504, de 1947, que outorgou à Emprêsa de Águas Minerais Ltda. — autorização para lavrar fonte em terras do Colégio Cearense".

Nem pelo fato de terem tido validade ou eficácia os decretos de autorização de pesquisas, se segue, como consequência necessária, tivessem os pesquisadores adquirido direito ao decreto de lavra.

Encontro-me neste passo em honrosa, para mim, divergência com o eminente Sr. Ministro Cunha Vasconcelos, mas a questão é também vencida neste Tribunal, como o foi efetivamente no julgamento da apelação n.º 888, em que era parte o Dr. Floriano Nunes Pereira, e no julgamento de cujos embargos, tive a satisfação de ver prevalecer o meu modesto ponto de vista, contra o sustentado, como sempre brilhantemente pelo eminente Juiz dêsse Tribunal, Ministro José Tomás da Cunha Vasconcelos Filho, cujo nome constitui, por sem dúvida, um dos pontos altos dêste tão alto Pretório.

O certo é — que pelo bom direito então controvertido, teria se orientado a maioria dêste Tribunal.

Ora se o pesquisador pelo só fato de haver pesquisado, não tem direito adquirido ao decreto de lavra (art. 20, 28, 37 e 38 do Código de Minas) — podendo lhe ser negada mesmo a lavra, a outorga de tais decretos, já na vigência da Constituição de 1946, que assegurava e assegura a preferência ao proprietário do solo, não poderia se dar, sem convite àquele proprietário para exercitar a preferência, pagável uma justa indenização, nos têrmos do art. 21 do Código de Minas, pelo proprietário ao pesquisador.

Dou assim pela inconstitucionalidade dos decretos ns. 24.663, de 13 de março de 1948, expedido a favor de Antônio de Barros Mota, e 23.917, de 24 de outubro de 1947, expedido em prol de João Batista Anhaia de Almeida Prado,

por entender que os mesmos foram conferidos, sem guarda do preceito constante do art. 153, § 1.º, da Constituição de 1946.

E' o meu voto.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria absoluta, rejeitou-se a preliminar de inconstitucionalidade, contra o voto do Sr. Ministro Elmano Cruz, que a acolhia, voltando os autos à Turma para os devidos fins. Os Srs. Ministros Revisor, Henrique D'Ávila, Cunha Vasconcelos, Alfredo Bernardes e Artur Marinho votaram com o Relator. Não tomou parte no julgamento por não ter assistido ao relatório, o Sr. Ministro Cândido Lobo. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Ábner de Vasconcelos.