



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONSULTORIA

NOTA n. 00008/2015/DEPCONSU/PGF/AGU

NUP: 10196.001366/2012-51

INTERESSADOS: SUCAL MINERAÇÃO LTDA

ASSUNTOS: CONCESSÃO, AUTORIZAÇÃO, PERMISSÃO E EXTINÇÃO DO SERVIÇO

1. Retorna à análise deste Departamento de Consultoria – DEPCONSU/PGF processo onde se debate controvérsia instaurada entre a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN e a Procuradoria Federal junto ao Departamento Nacional de Produção Mineral – PF/DNPM, a qual foi submetida pela PGFN à Consultoria-Geral da União – CGU/AGU, com vistas à uniformização de teses contrárias entre unidade da AGU e da PGF.

2. Preliminarmente à análise do impasse entre a PFN/GO e a PF/DNPM-GO, mais adiante explicitado, a CGU/AGU houve por bem encaminhar eletronicamente os autos a esta Procuradoria Geral Federal - PGF e à Consultoria Jurídica junto ao Ministério de Minas e Energia - CONJUR/MME, para a apresentação de subsídios o que o fez por meio do presente processo.

3. Neste âmbito de atuação, por vislumbrarmos que a análise então efetuada pela PF/DNPM se deu por sua unidade regional, ou seja, pela respectiva representação junto à Superintendência da autarquia minerária em Goiás, reputamos adequado colher a posição da unidade nacional da Procuradoria Federal junto ao DNPM sobre o tema (no âmbito da PGFN houve confirmação da tese regional pelo respectivo órgão central).

4. Durante o período em que aguardávamos a manifestação em sede nacional da PF/DNPM, recebemos, por meio dos autos de nº 48320.003105/2014-38, a informação de que foi proferida a análise pertinente a cargo da CONJUR/MME (INFORMAÇÃO Nº 21012014/CONJUR-MME/CGU/AGU, de 29 de agosto de 2014), momento em que a CGU/AGU tornou a instar a PGF acerca de eventuais subsídios, solicitando-nos a juntada da manifestação jurídica proferida neste âmbito.

5. Os autos acima foram, na ocasião, distribuídos a este Procurador Federal para providências, considerando o fato de o presente processo estar sob análise (repise-se, pendente a resposta da representação nacional da PF/DNPM).

6. Sob tais circunstâncias, ainda que estivesse pendente de apresentação a análise solicitada à PF/DNPM, ponderei ser possível proceder à análise conclusiva, nos termos em que solicitada, o que fiz em 26 de novembro de 2015, mediante a elaboração, de minuta de Nota em resposta à CGU/AGU, então submetida à avaliação superior, para aprovação.

7. Todavia, enquanto a minuta acima referida ainda se encontrava sob apreciação e entendimentos internos na PGF, sobreveio, em 15 de janeiro de 2015, a análise da representação nacional da

PF/DNPM, consubstanciada no PARECER nº 604/2014/FM/PF-DNPM-DF/PGF/AGU, e nos DESPACHOS nº 22 e 40/2015/PF-DNPM-DF/PGF/AGU.

8. Optamos então por proferir análise por COTA nos autos do processo nº 48320.003105/2014-38, informando que a análise principal seria procedida nestes autos.

9. No presente momento, o feito principal (este processo) foi novamente remetido virtualmente a este Procurador Federal para análise e manifestação. Os autos contam atualmente com 10 documentos digitalizados (conforme sistema Sapiens), encerrando-se no Despacho nº 14/2015/DEPCONSU/PGF/AGU.

10. É o relatório dos principais eventos. Passa-se à análise do feito.

11. Primeiramente, por razões de economia processual, pede-se vênua para realizar a apreciação na modalidade NOTA (conforme art. 4º Portaria AGU nº 1399/2008), por se entender que a questão jurídica em exame encontra solução dentro das teses contidas nas manifestações anteriormente produzidas nestes autos, conforme se passa a expor.

12. Importa relembrar, primeiro, que a questão cuja apreciação ora é solicitada diz respeito à aplicabilidade ou não, relativamente às concessões de lavra conferidas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral às empresas sujeitas a sua supervisão e fiscalização (não custa destacar, empresas do setor minerário), do entendimento jurídico consubstanciado no Parecer PGFN/CAT 353/2001, da PGFN, que trata da exigência de CND ou CP-EM e seus consectários, no curso de um contrato administrativo.

13. Em linhas gerais, o aludido parecer busca reforçar, no âmbito fazendário, que o parágrafo 3º do art. 195 da Constituição[1] autoriza a que a comprovação de regularidade fiscal venha a ser exigida em todo o curso de um **contrato administrativo**, e não apenas no momento de sua celebração, de modo que, como é cediço, empresas que não possam comprovar sua regularidade fiscal perante a União estão proibidas de com ela contratar.

14. Com amparo nesse entendimento e sob o fundamento de que a concessão de lavra seria um contrato administrativo, a PFN/GO propôs ao DNPM que, em relação ao presente processo administrativo, tratando da empresa SUCAL Mineração Ltda, esta empresa deveria ser objeto de processo administrativo e cassação da concessão de lavra ou indeferimento de pedido pendente de análise, mormente porque devedora de vultosa quantia em tributos e contribuições previdenciárias.

15. No âmbito da unidade regional da PF/DNPM, a questão foi apreciada inicialmente pelo Parecer/PF/DNPM/GO/TO – nº 219/2012 que de plano opinou pelo não acolhimento do que fora proposto pela PFN/GO, sob o entendimento de que a concessão de lavra, como título minerário que é, consubstancia-se em ato administrativo e não contrato administrativo, como entendeu o parecer da PGFN.

16. Ao justificar seu entendimento, a PF/DNPM ponderou que, embora seja louvável a iniciativa de buscar a recuperação de tributos devidos e não pagos à Seguridade Social, a orientação contida no Parecer PGFN/CAT nº 353/2011 não se aplica à matéria minerária, onde a interrupção da atividade ocorre somente mediante a aplicação do instituto da caducidade. Nesse sentido, a PF/DNPM pontuou que inexistiria previsão legal expressa da referida possibilidade de exigência de regularidade fiscal na legislação de regência, em especial, no Decreto Lei nº 227, de 1967 (Código de Mineração).

17. Em complemento, após solicitação desta PGF, mediante a última análise juntada aos autos, a sede nacional da PF/DNPM, em judicosa análise, houve por bem reiterar o parecer regional, pontuando relevantes observações e entendimentos, a seguir sintetizados, para facilitar a análise:

a) é importante lembrar que a outorga de concessão de lavra (assim como a declaração de

caducidade) é ato da competência do Ministro de Estado de Minas e Energia (arts. 2º, I e 63 do Código de Mineração), o que exigiria a análise do órgão competente para o ato, ou seja, implica em submeter o caso à análise do referido Ministério;

b) nada obstante, ante a relevância do tema, a PF/DNPM não se furta em colaborar, indicando ser fundamental perquirir sobre a natureza jurídica da concessão de lavra que, à toda evidência não se trata de ato bilateral (contrato), sendo na verdade, da mesma forma que os demais títulos minerários, **ato administrativo**, a repelir, portanto, a incidência da exigência de comprovação de regularidade constante do art. 195, § 3º da CF;

c) outras razões de natureza prática demonstram que, sob a perspectiva da satisfação do crédito, é mais vantajoso para a União manter ativa a concessão de lavra, já que é o ativo mais valioso que a empresa possui, a propiciar, se utilizados os meios jurídicos e judiciais cabíveis, a **penhora de ativos da empresa, inclusive a própria concessão de lavra**, conforme jurisprudência e doutrina respeitáveis; já a cassação revelaria apenas uma forma de reduzir o patrimônio do devedor, podendo leva-lo à insolvência, sem que isso gere qualquer receita para a União; e

d) por fim, admitir a caducidade de concessões de lavra tituladas por devedores (vale dizer, como resultante da situação de dívida), o que teria que ser feito não somente neste processo, mas em todos os casos, poderia ensejar enorme insegurança jurídica em um setor que depende da estabilidade e previsibilidade para investimentos, o que levaria, a médio e longo prazo, a afugentar investimentos no setor minerário.

18. Por sua vez, a CONJUR/MME, em resposta à solicitação de subsídios feita pela CGU/AGU, apresentou manifestação convergente com a tese esposada pela PF/DNPM, reiterando a natureza de **ato administrativo** da concessão de lavra, portanto, distinto da figura do contrato administrativo e, por essa razão, não sujeito à restrição disposta no art. 195, § 3º da CF.

19. De parte deste Departamento de Consultoria, sem prejuízo de se considerar louvável a finalidade buscada pelas áreas de atuação fazendária da União (administrativa e judicial) de recuperação de créditos não pagos, referentes a contribuições previdenciárias da Seguridade Social, inadimplência que também repudiamos, com a devida vênua ao entendimento esposado pela PGFN, alinhamo-nos às teses defendidas pela PF/DNPM e pela CONJUR/MME, as quais, em nosso entender, interpretam de modo razoável e adequado a aplicação do dispositivo constitucional invocado, tendo em vista as peculiaridades da legislação minerária.

20. Efetivamente, sobre o tema, acreditamos que inexistem maiores discussões além das já expostas, sendo que uma análise mais acurada da legislação minerária (bem esclarecida pelas apreciações feitas pela PF/DNPM e pela CONJUR/MME) resolve bem a questão. Conforme será visto, a natureza jurídica de **ato administrativo** da concessão de lavra e não de contrato administrativo, é o que, em nosso ver, torna clara a inaplicabilidade do dispositivo constitucional invocado pela PGFN para sugerir a abertura de processo administrativo e ulterior cassação da concessão. Vejamos.

21. Como é cediço na doutrina administrativista, a concessão, em sentido clássico, só pode ser de serviço público ou de bem público, cada qual com seus objetos e características próprios, enquanto que a “concessão” mineral [na verdade uma espécie de autorização] possui regime atrelado ao processo específico de outorga de exploração mineral, precedido do pedido de pesquisa e sujeito a requisitos e sistemática específicos, não se confundindo com a concessão de serviço público, a qual dispõe de outros contornos, bem definidos na legislação e na doutrina administrativista.

22. Consoante bem observado pela análise efetuada pela CONJUR/MME, o processo de concessão de lavra, regulado pelo multicitado Código de Mineração (DL nº 227/67), possui *iter* procedimental específico, nos termos dos seus artigos 31, 37, 38 e 41 (transcritos naquela manifestação), envolvendo o binômio

pesquisa e lavra, a demandar processo administrativo próprio, tendente à outorga de concessão de lavra para mineração, a ser apreciada (como bem enfatizado pela PF/DNPMP) pelo Ministério de Minas e Energia.

23. Aliás, sobre esse aspecto, restou muito bem destacado pelo órgão de consultoria jurídica do MME o fato de a própria Constituição prever as diretrizes gerais sobre a exploração ou aproveitamento de recursos minerais.

24. Com efeito, ao fazer constar expressamente do art. 176 da Constituição que “(...) § 1º *A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o ‘caput’ deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros...* (grifos acrescidos), o legislador constituinte realçou o caráter de outorga do ato concessivo, bem como previu a necessidade de atendimento ao interesse nacional [a ser efetuada pelos órgãos competentes], a fim de proteger, em última instância, o exercício da soberania nacional.

25. Aliás, em relação ao último aspecto acima destacado, qual seja, o interesse nacional, concordamos com o fato de que o atendimento desta exigência evidencia que o ato de concessão de lavra pelo Poder Público não é ato vinculado, ou seja, não há direito à concessão de lavra a partir da simples análise do requerimento. Por outro lado, o que se denota é que essa característica reforça o fato de não estarmos diante de uma concessão típica, mas sim de um ato administrativo discricionário, totalmente distinto da figura contratual exigida no art. 195, § 3º, da CF.

26. Dito isso, relembre-se, mais uma vez, que o Parecer PGFN/CAT nº 353/2011, que serviu de base para a sugestão de cassação efetuada pela PFN/GO, encontra seu campo de alcance efetivamente delimitado na esfera específica dos contratos públicos, *verbis*:

“ (...) 6. A comprovação da regularidade fiscal é feita, em regra, pela apresentação de Certidão Negativa de Débito ou, simplesmente, CND. No âmbito legal, a matéria é tratada pelo art. 47, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

Art. 47. É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos:

I - da empresa:

a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele.

7. A CND não é instrumento direto para a cobrança de contribuições devidas, mas serve para resguardar os direitos da Previdência Social, que pode ser prejudicada com a perda das garantias do devedor. A sua exigência, em determinadas situações previstas em lei, é plenamente justificável haja vista a necessidade de recursos para a manutenção da seguridade social. É instrumento de concretização do princípio da moralidade administrativa, impedindo que a Administração Pública contrate ou remunere empresa em situação irregular. (...)”

27. Nessa conformação, embora esteja correto o raciocínio engendrado pela peça inaugural da PFN/GO, de que “*a concessão pública de exploração comercial dos derivados de petróleo [sic] é, antes de mais nada, uma espécie do gênero “contrato administrativo”, o que justifica a letra do parecer: o concessionário mantém um contrato com o Poder Público, por isto que se lhe exigir a CND ou a CP/EN a qualquer momento, no curso da execução do contrato.*” é necessário reconhecer, primeiro, que a concessão de lavra diverge da concessão de exploração comercial de derivados de petróleo; segundo, é preciso reconhecer que, diversamente do exemplo citado, no regime de concessão de lavra não se está diante de contrato administrativo, mas sim de ato administrativo de outorga de lavra.

28. Em assim sendo, tendo em vista que o § 3º do art. 195 da CF prescreve, *ipsis litteris*, que “...não poderá contratar com o Poder Público...” (grifos acrescidos) quem estiver em débito com a seguridade social, em nosso entender, **resta inviável a aplicação do mencionado dispositivo constitucional para hipótese diversa daquela por ele disciplinada, qual seja, o ato administrativo de concessão de lavra, o que leva à ausência de base legal para a proposta de abertura de processo administrativo e ulterior cassação da concessão de lavra para a exploração ou aproveitamento de recursos minerais de empresa inadimplente com a seguridade social.**

29. Nota-se, portanto, que a moldura fática indicada pela PGFN (o ato de concessão de lavra) como sendo objeto de tutela jurídica pelo § 3º do art. 195 da CF, na verdade não o é, o que faz com que a incidência da norma jurídica (exigir a regularidade fiscal no curso de um contrato administrativo) deixe de ocorrer em razão de não se encaixar adequadamente no suporte fático que o Direito considerou relevante para entrar no mundo jurídico (estar-se diante de um contrato administrativo).

30. Por fim, entendemos que se afigura irretorquível a advertência final feita pela CONJUR/MME, fundamentada em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 374981/RS), no sentido de que o Poder Público não pode impor restrições de índole punitiva em razão da simples inadimplência do contribuinte, quando, alternativamente, dispõe dos meios e prerrogativas legais para cobrar o que lhe é devido.

31. Nesse particular, vale frisar que a jurisprudência do STF é consolidada no sentido de que os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional não se revelam absolutos e ressalva que isso não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, apesar das prerrogativas extraordinárias que já garantem o crédito tributário, venham a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam.

32. O raciocínio em questão aplica-se perfeitamente à hipótese em exame e há, na hipótese, o risco de se configurar, mediante raciocínio interpretativo, situação semelhante ao que, no meio acadêmico e judicial, vem sendo tratado como *sanções políticas no Direito Tributário*.

33. A propósito, confira-se o seguinte aresto do STF (ARE 731833), da relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, *in verbis*:

(...) DECISÃO: O litígio em causa envolve discussão em torno da possibilidade constitucional de o Poder Público impor restrições, ainda que fundadas em lei, destinadas a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo e que culminam, quase sempre, em decorrência do caráter gravoso e indireto da coerção utilizada pelo Estado, por inviabilizar o exercício, pela empresa devedora, de atividade econômica lícita. (...)

O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo-os em instrumentos de acertamento da relação tributária, para, em função deles – e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional – constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso.

Em suma: a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências

irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos por este editados.

A análise dos autos evidencia que o acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ajusta-se à orientação prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, reafirmada em julgamentos emanados desta Suprema Corte (RE 413.782/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno – RE 374.981/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 409.956/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 409.958/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – RE 414.714/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RE 424.061/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RE 434.987/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, v.g.)” (destaques acrescentados)

34. Nessa linha de entendimento, encampando a tese esposada pela sede nacional da PF/DNPM (item 17, retro), se à PFGN são asseguradas, jurídica ou judicialmente, prerrogativas legais para a recuperação do crédito tributário, como a execução fiscal, (inclusive com os meios próprios de constrição à satisfação do crédito, como a penhora *on-line* de contas da empresa, ou a penhora direta de parte do produto da lavra, o protesto extrajudicial de dívida ativa, etc.), antes de mais nada, é razoável perquirir se [e porque] referidos meios legais não são suficientes, inclusive a penhora de ativos da empresa, como a da própria lavra, para atingir os índices adequados de recuperação da dívida ativa.

35. Por fim, consoante bem arrazoado tanto pela PF/DNPM como pela CONJUR/MME, importa lembrar que a extinção da concessão de lavra da atividade de mineração encontra-se adstrita às hipóteses legais, em face da aplicação das sanções da legislação de regência, inclusive a caducidade, conforme previsto nos artigos 43, 63 e seguintes no Código de Mineração (DL 227/67), sendo que outras formas de extinção devem ser objeto de alteração legislativa.

36. De se turno, quanto à sugestão feita pela PF/DNPM (item 17) no sentido de que a matéria seja submetida ao Ministério de Minas e Energia, s.m.j., entende-se que tal desiderato já se encontra cumprido, uma vez que, como dito, a CGU/AGU houve por bem consultar a CONJUR/MME, a cuja manifestação nos referimos no decorrer desta peça.

CONCLUSÃO

37. Por todo o exposto, em subsídio à análise a cargo da Consultoria-Geral da União, nos termos da presente NOTA, estamos convergentes com os entendimentos consubstanciados nas análises realizadas pela unidade regional da PF/DNPM, bem como pela CONJUR/MME, antes citados, **entendendo pela inexistência de previsão legal de aplicação de sanção no campo minerário com supedâneo no art. 195, § 3º da CF em relação ao minerador em débito com a Fazenda, por não ser possível ao Poder Público impor ao administrado, para a concessão de outorga de lavra, condição ou restrição (no caso, a exigência de CND ou da CP-EM) não prevista na lei, ou tampouco instaurar processo administrativo sancionador ou efetuar punição fora das hipóteses previstas na legislação minerária.**

38. Nesses termos, em sendo adotada a presente manifestação, esta Nota, acompanhada das manifestações aqui referidas, deve ser encaminhada como resposta à solicitação de subsídios efetuada pela Douta CGU/AGU, sugerindo-se também seja feito o registro de sua prolação nos autos do Processo nº 48320.003105/2014-38, citado no item 8, retro.

[1] § 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

À consideração superior.

Brasília, 05 de fevereiro de 2015.

FELIPE DE ARAUJO LIMA
PROCURADOR FEDERAL

De acordo. À consideração do Procurador-Geral Federal.

Brasília, de fevereiro de 2015.

ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS
Diretor do Departamento de Consultoria

Aprovo.

Brasília, de fevereiro de 2015.

RENATO RODRIGUES VIEIRA
Procurador-Geral Federal - Substituto

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 10196001366201251 e da chave de acesso 0f8db580

Documento assinado eletronicamente por FELIPE DE ARAUJO LIMA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1251213 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE DE ARAUJO LIMA. Data e Hora: 11-02-2015 17:12. Número de Série: 7726919951258472646. Emissor: AC CAIXA PF v2.

Documento assinado eletronicamente por RENATO RODRIGUES VIEIRA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1251213 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais:

Signatário (a): RENATO RODRIGUES VIEIRA. Data e Hora: 11-02-2015 18:41. Número de Série: 66711627852854964840844807103445283385. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v3.

Documento assinado eletronicamente por ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1251213 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): ANTONIO CARLOS SOARES MARTINS. Data e Hora: 11-02-2015 17:16. Número de Série: 3796960105636004972. Emissor: AC CAIXA PF v2.
