

Aspectos legais dos Contratos de Concessão pela União da Exploração Econômica de Recursos Minerais (Concessão de Lavra).

Em especial a hipótese de as mineradoras deverem tributos à União, poder concedente, em claro prejuízo ao interesse público (nacional).

CONTEXTUALIZAÇÃO:

1- A Constituição Federal trata, de forma direta, o tema em questão quando define a propriedade das jazidas, de forma apartada da do solo, e a forma de exploração econômico-financeira.

Art. 20. São bens da União:

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; (grifei)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 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 ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

§ 3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.(grifei)

2- Também diretamente a legislação que rege a exploração, Decreto-lei nº 227/1967, traz as premissas em que se baseiam os contratos de concessão para exploração econômico-financeira. Do qual destacamos:

Art. 22. A autorização de pesquisa será conferida nas seguintes condições, além das demais constantes deste Código: (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

V - o titular da autorização fica obrigado a realizar os trabalhos de pesquisa e deverá submeter relatório circunstanciado dos trabalhos à aprovação do DNPM no prazo de vigência do alvará ou de sua prorrogação; e (Redação dada pela Medida provisória nº 790, de 2017)

Art. 23. Os estudos referidos no inciso V do art. 22 concluirão pela: (Redação dada pela Lei nº

9.314, de 1996)

I - exeqüibilidade técnico-econômica da lavra; (Incluído pela Lei nº 9.314, de 1996) (grifei)

II - inexistência de jazida; (Incluído pela Lei nº 9.314, de 1996)

III - inexequibilidade técnico-econômica da lavra em face da presença de fatores conjunturais adversos, tais como: (Incluído pela Lei nº 9.314, de 1996) (grifei)

a) inexistência de tecnologia adequada ao aproveitamento econômico da substância mineral; (Incluído pela Lei nº 9.314, de 1996)

b) inexistência de mercado interno ou externo para a substância mineral.

Art. 30. Realizada a pesquisa e apresentado o relatório exigido nos termos do inciso V do art. 22, o DNPM verificará sua exatidão e, à vista de parecer conclusivo, proferirá despacho de: (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

I - aprovação do relatório, quando ficar demonstrada a existência de jazida; (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

II - não aprovação do relatório, quando ficar constatada insuficiência dos trabalhos de pesquisa ou deficiência técnica na sua elaboração; (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

III - arquivamento do relatório, quando ficar demonstrada a inexistência de jazida, hipótese em que a área será declarada em disponibilidade, nos termos do art. 26; (Redação dada pela Medida provisória nº 790, de 2017)

IV - sobrestamento da decisão sobre o relatório, quando ficar caracterizada a impossibilidade temporária da exeqüibilidade técnico-econômica da lavra, conforme previsto no inciso III do art. 23. (Incluído dada pela Lei nº 9.314, de 1996) (grifei)

§ 1º Na hipótese prevista no inciso IV deste artigo, o DNPM fixará prazo para o interessado apresentar novo estudo da exeqüibilidade técnico-econômica da lavra, sob pena de arquivamento do relatório. (Incluído dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

§ 2º Se, no novo estudo apresentado, não ficar demonstrada a exeqüibilidade técnico-econômica da lavra, o DNPM poderá conceder ao interessado, sucessivamente, novos prazos, ou colocar a área em disponibilidade, na forma do art. 32, se entender que terceiro poderá viabilizar a eventual lavra. (Incluído dada pela Lei nº 9.314, de 1996)

§ 3º Comprovada a exeqüibilidade técnico-econômica da lavra, o DNPM proferirá, ex officio ou mediante provocação do interessado, despacho de aprovação do relatório. (Incluído dada pela Lei nº 9.314, de 1996) (grifei)

Art. 38. O requerimento de autorização de lavra será dirigido ao Ministro das Minas e Energia, pelo titular da autorização de pesquisa, ou seu sucessor, e **deverá ser instruído com os seguintes elementos de informação e prova:** (grifei)

VI - plano de aproveitamento econômico da jazida, com descrição das instalações de beneficiamento;

VII - prova de disponibilidade de fundos ou da existência de compromissos de financiamento, necessários para execução do plano de aproveitamento econômico e operação da mina.

Art. 42. **A autorização será recusada, se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial, a juízo do Governo.** Neste último caso, o pesquisador terá direito de receber do Governo a indenização das despesas feitas com os trabalhos de pesquisa, uma vez que haja sido aprovado o Relatório. (grifei)

Art. 51. Quando o melhor conhecimento da jazida obtido durante os trabalhos de lavra justificar mudanças no plano de aproveitamento econômico, ou as condições do mercado exigirem modificações na escala de produção, deverá o concessionário propor as necessárias alterações ao D.N.P.M., para exame e eventual aprovação do novo plano.

3- Os grifos apostos visam destacar o aspecto inerente e indissociável de primazia do interesse público nos contratos de concessão de exploração econômica de jazidas minerais. Tais contratos, definidos majoritariamente pela doutrina como “contratos administrativos”, quando a Administração Pública age, no interesse da sociedade, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da verticalidade.

4- A primazia do interesse público (nacional) exige que todas as questões que definem esse interesse, e o contextualizam, devam ser preservadas. Desde o princípio do negócio, onde o mesmo se insere, e estendendo-se até o final de suas possíveis consequências econômicas. Caso inverso, não haveria a garantia da prevalência que se exige. Dentre essas questões se situa a tributação, tratada em legislação específica, incidente sobre os quesitos econômicos afetos à exploração, via concessão pública, das jazidas de minerais.

5- O aspecto anterior é complementado pelo disposto no Código de Mineração, quando das exigências, desde a autorização para pesquisa, de apresentação de prova de viabilidade econômico-financeira das jazidas. Não há como interpretar tal viabilidade econômico-financeira sem admitir de pronto que honrar o pagamento da tributação incidente é parte integrante e indissociável dessa prova.

6- Necessário ressaltar a data do Código de Mineração (1967), muito anterior à Constituição Federal. Portanto sua leitura e aplicação está condicionada aos princípios e ditames trazidos pela Constituição no que diz respeito à preservação do interesse público nos contratos administrativos.

7- O Código de Mineração, bem como o artigo 176 da Constituição referem aos contratos, que balizam a relação jurídica, como “concessão”. Entretanto o próprio Código de Mineração, ou mesmo o artigo específico da Constituição, não definem a extensão do controle burocrático legal, das cláusulas mínimas necessárias aos contratos em questão, para garantia dos termos constitucionais de primazia do interesse nacional.

8- Não havendo a definição dessas cláusulas na legislação diretamente incidente, e considerando não haver possibilidade de menosprezar o interesse público para os contratos em questão, há que se considerar a analogia da legislação aplicável a essa espécie de contratos.

9- Antecipadamente a essa análise, devemos considerar os termos da Constituição em relação às exigências relativas à proteção do Sistema de Seguridade Social.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

*§ 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.** (grifei)*

10- O dispositivo constitucional citado necessita ser interpretado com a abrangência necessária para abarcar todos os contratos administrativos celebrados pelo poder público, e mais especialmente aqueles que estabelecem relações com reflexos econômicos de interesse mútuo, entre o mesmo e particulares. Nessas relações, como a do caso, prevalecerá a proteção ao interesse nacional, devidamente garantido pela Constituição Federal, tanto quanto ao tema em foco (art. 176 § 1º), tanto quando envolver receitas destinadas ao sistema de Seguridade Social (art. 195, §3º), de forma

a impedir que particulares, ou mesmo entes públicos, possam gozar da condição de manter relações contratuais com o poder público, em benefício de um interesse econômico, sem prova constante de regularidade fiscal para com o Sistema de Seguridade Social.

(*) Observar manifestações da PGFN sobre a extensão do termo “contratar” (Pareceres CAT PGFN 353/2011 e 1492/2011).

11- Daí já deveria se concluir, que os contratos de concessão referidos no Código de Mineração, que produzem relação de interesse econômico do qual a União participa, devem passar pela exigência de regularidade fiscal para com o Sistema de Seguridade Social.

12- Retomando a questão da analogia, para esclarecimento à luz dos preceitos constitucionais das cláusulas exigíveis nos contratos de concessão referidos no Código de Mineração, devemos também ressaltar a exigência constitucional (art. 175) de legislação específica para regular os contratos de concessão de serviços públicos. Certo que ramos distintos, mas que, quanto às condições burocráticas legais de proteção do interesse público, perfeitamente análogos.

13- A legislação que veio a regular o dispositivo constante do art. 175 da Constituição vem a ser a Lei 8987/1995 a qual, impõe:

Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos. (grifei)

14- Dentre as cláusulas dos contratos mencionados estão as previstas pela lei 8.666/1993, já que é aplicável o rito das licitações, que dispõe sobre a exigência de regularidade fiscal para assinatura dos contratos e a permanência dessa condição ao longo de toda a vigência dos mesmos.

15- Essa interpretação de que não pode ser distinto o tratamento legal burocrático, considerados os contratos de concessão de serviços públicos e os contratos de concessão de exploração de jazidas minerais, também se assenta nos princípios constitucionais que balizam a administração pública.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifei)

16- Não há forma de interpretar, balizada na proteção ao interesse nacional, que não condicione a preservação do interesse tributário, diretamente relacionado à exploração econômico-financeira em caso, à legalidade, moralidade e eficiência numa relação de contrato administrativo em que a União dispõe de um bem nacional em favor de particulares. Não pode ser graciosa essa relação, nem pode tampouco admitir que a cobrança dos tributos diretamente incidentes, advindos da exploração das jazidas, sejam somente condicionados à cobranças administrativas e judiciais comuns. Não se trata de uma relação econômica comum, trata-se de um contrato que se inicia e deve perdurar com a manutenção de todas as garantias à preservação do interesse nacional.

17- Os aspectos específicos da relação econômica e de poder, aqui tratados, consumada na concessão para exploração econômico-financeira de jazidas minerais, devem estar bastante presentes. Um desses aspectos é admissão inicial da exploração de recursos finitos, cuja exploração se obriga a um retorno em prol do interesse público que se converte em interesse social. Então se a regulação, relativamente à garantia de retorno social da arrecadação dos tributos incidentes não se der enquanto permanece a real viabilidade econômica, momento da exploração da jazida, haverá um risco iminente de que a União não venha a auferir os tributos devidos e, portanto, não se confirme e garanta o retorno social da exploração de bens finitos que, pertencentes à União, devem servir à

sociedade. Ademais se o particular, detentor da concessão, deve tributos de forma a sequer conseguir se regularizar via parcelamento dos débitos, prova-se o não atendimento da viabilidade econômico-financeira exigida precipuamente para o ato de concessão, devendo a autoridade responsável rever os atos praticados, sob pena de não resguardar o interesse público.

CONCLUSÃO

Considerados os elementos trazidos à discussão, em especial:

- A condição precípua de atendimento ao interesse nacional, como condicionante às concessões de exploração de jazidas minerais.
- A exigência de viabilidade econômico-financeira, como condição precípua e permanente para a efetivação e manutenção das concessões de exploração de jazidas minerais.
- Os aspectos burocráticos legais dos contratos administrativos, de regulação e garantia de todos os potenciais interesses do poder público, respeitados ainda os princípios constitucionais que norteiam a administração pública.
- A analogia aplicável ao termo “concessão” quando da exploração de jazidas minerais, considerando essa definição não está presente no artigo 176 da Constituição e nem no Código de Mineração, que data de antes da Carta Constitucional.
- A condição finita dos recursos minerais e a possibilidade de prejuízo ao interesse social, caso a regularidade, sobre todos os aspectos, não seja confirmada no tempo útil de exploração econômico-financeira.
- Adicionalmente as exigências constitucionais de proteção ao Sistema de Seguridade Social aplicáveis quando da contratação com o poder público.

Concluimos que não é lícita a manutenção da exploração econômico-financeira de jazidas minerais, que, como dispõe a Constituição Federal, pertencem à União, por empresas que não logrem êxito em demonstrar regularidade quanto ao pagamento dos tributos incidentes sobre essa específica atividade econômica. A não observação dessa premissa expõe a sociedade ao risco de não receber a sua devida contrapartida, na forma de tributos, quanto a uma exploração econômica de uma riqueza que é de todos os brasileiros, em claro descumprimento de dispositivos constitucionais, em especial quanto à proteção das receitas do sistema de Seguridade Social e quanto à preservação do interesse nacional, na exploração de bens, finitos, pertencentes à União.

Num momento em que se anuncia novas regras econômicas para a exploração das jazidas minerais do País, os poderes constituídos devem garantir o interesse nacional (público) sobre quaisquer interesses econômicos privados.

José Carlos da Silva
Auditor-Fiscal da Receita Federal