
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Luís Enrique Chase Plate
Alice Gonzáles Borges	Lúcia Valle Figueiredo
Carlos Ari Sundfeld	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (<i>in memoriam</i>)
Carlos Ayres Britto	Marçal Justen Filho
Carlos Delpiazzi	Marcelo Figueiredo
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Márcio Cammarosano
Celso Antônio Bandeira de Mello	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Clèmerson Merlin Clève	Nelson Figueiredo
Clóvis Beznos	Odilon Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz (<i>in memoriam</i>)	Paulo Neves de Carvalho (<i>in memoriam</i>)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajaville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancaner

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum
Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN: 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região
© Editora Fórum Ltda., 2004.
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.
Distribuída em todo o território nacional
Assinaturas e comercialização:
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br
site: www.editoraforum.com.br

Princípios Constitucionais da Atividade Econômica Petrolífera e Lei nº 9.478 de 1997

Clèmerson Merlin Clève

Mestre e Doutor em Direito. Procurador do Estado. Advogado e Consultor na área do Direito Público. Professor Titular das Faculdades de Direito da Universidade Federal do Paraná e da UniBrasil

Alessandra Ferreira Martins

Pesquisadora do Escritório *Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados*

Sumário: **1** O regime constitucional do petróleo - **2** A garantia do monopólio da União sobre o petróleo - **3** A interpretação do regime constitucional de monopólio estatal do petróleo - **4** A inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.478 de 1997 - **5** Conclusão

1 O regime constitucional do petróleo

A finalidade precípua da ordem econômica na Constituição Federal está definida com meridiana clareza no art. 170 da Constituição Federal.

In verbis:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional; (...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego; (...)

Certas atividades econômicas (é o caso daquelas ligadas ao petróleo) foram resguardadas pelo Constituinte devido à inegável relevância para a segurança nacional e o interesse coletivo. Outras que não gozam do consenso inequívoco sobre serem imprescindíveis em tais aspectos deixaram de constar expressamente do texto constitucional:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Não obstante o cuidado do Constituinte em definir os recursos

A & C R. de Dir. Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 43-50, out./dez. 2004

naturais da plataforma continental, da zona econômica exclusiva¹ e os recursos minerais do solo e subsolo² como sendo bens da União, o petróleo foi alvo ainda de um regime constitucional peculiar que culmina com o monopólio da União sobre as atividades econômicas correspondentes e sobre seus derivados básicos. Assim, dispõe a Constituição Federal:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

§2º A lei a que se refere o §1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

O petróleo, enquanto fonte de energia de origem mineral das mais importantes, tem ligação direta com o desenvolvimento econômico, sendo sua exploração, portanto, englobada nos objetivos fundamentais do país.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

II - garantir o desenvolvimento nacional;

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

A atividade petrolífera tem relevância para o interesse coletivo, em particular para o desenvolvimento das potencialidades nacionais,

¹ Art. 20, inciso V da Constituição Federal.

² Art. 20, inciso IX da Constituição Federal.

além de garantir a necessária soberania do país. Diante disso, esse escasso combustível fóssil pode ser considerado patrimônio nacional irrenunciável.

2 A garantia do monopólio da União sobre o petróleo

O monopólio estatal sobre o petróleo, ainda hoje previsto na Constituição vigente, emergiu com a criação da Petrobras, através da Lei nº 2.004 de 05 de outubro de 1953. Na Constituição Federal de 1967, a matéria passou a residir em disposição dotada de hierarquia máxima do ordenamento jurídico. Com a Constituição Federal de 1988, à disciplina básica, em geral decorrente das disposições preliminares da Lei nº 2.004 de 1953, foi acrescentado importante dispositivo referente à exportação dos produtos e derivados básicos resultantes de atividades de pesquisa, lavra e refinação de petróleo (primitivo art. 177, inciso III da Constituição Federal).

O monopólio implica a exclusividade na titularidade de certo produto ou serviço, ou seja, propriedade de um só. Diante disso, a Constituição Federal de 1988, ao atribuir o monopólio das atividades econômicas relativas ao petróleo à União, conferiu, simultaneamente, a correspondente titularidade do recurso mineral e sua comercialização.³

O tema, de evidente interesse nacional, sofreu alteração em 1995 com a edição da Emenda Constitucional nº 09. Na ocasião, a resistência de importantes parcelas da sociedade à quebra do monopólio petrolífero levou os legisladores a mantê-lo, deixando em aberto, entretanto, na redação da referida Emenda Constitucional,⁴ a possibilidade de lei posterior tratar do tema.

A Lei nº 9.478 de 1997 veio regulamentar a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, para o que instituiu o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

Se com a Emenda Constitucional nº 09 de 1995 não houve quebra do monopólio do setor petrolífero, nem se cogita que uma lei ordinária

³ Eis a redação original do §1º do artigo 177 da Constituição Federal de 1988: "Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) §1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, §1º."

⁴ A Emenda Constitucional nº 9 de 09 de novembro de 1995 conferiu a seguinte redação ao artigo 177 da Constituição Federal:
"§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei;
§2º A lei a que se refere o 1º disporá sobre:
I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;
II - as condições de contratação;
III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União."

possa fazê-lo. Ainda que por hipótese a Emenda Constitucional tivesse legitimamente modificado o regime de monopólio, tal se daria tão somente quanto às atividades da Petrobras, e não quanto à titularidade da União (que engloba, necessariamente, a propriedade sobre o recurso mineral em exploração).

A dicção atual do art. 177, §1º, da Constituição Federal, que permite a contratação de empresas para a realização das atividades que menciona, não constitui ponto isolado da normação constitucional acerca do tema. A modificação introduzida deve ser compreendida de acordo com o *caput*, sem o que não se extrai o sentido exato do texto. Uma interpretação constitucional que harmonize a regra do *caput* e do §1º do art. 177 da Constituição Federal conduz, necessariamente, ao conceito de titularidade da União sobre o petróleo resultante da atividade desenvolvida por empresa estatal ou não.

3 A interpretação do regime constitucional de monopólio estatal do petróleo

O regime constitucional de monopólio da União é condizente com a absoluta necessidade do petróleo e a grave característica desta fonte energética de ser finita e escassa. Diante disso, tratou o Constituinte de resguardar o desenvolvimento nacional destinando a exploração deste recurso ao atendimento da demanda no mercado interno.

Sabe-se que o petróleo é um produto estratégico para a soberania nacional em face do contexto internacional beligerante que o cerca. Disso resulta que o preço do barril de petróleo não é determinado pelos custos de produção, mas sim por injunções políticas instáveis e pela oferta e procura inversamente proporcionais no cenário geopolítico (crescente demanda de produto e vertiginoso declínio da oferta).

Para o desenvolvimento nacional importa saber que a alta dos preços do petróleo repercute na alta do custo de seus derivados, nem sempre acessíveis à população mais carente. A ligação entre desenvolvimento nacional e monopólio do petróleo está estabelecida, de modo que se torna inegável a necessidade de garantir uma exploração racional do recurso mineral para adequar os custos de sua produção à realidade pátria.

Eis a alma da proteção constitucional do monopólio petrolífero: resguardar o futuro do país de indiscriminada redução das reservas nacionais, que podem levar mais rapidamente à dependência externa em desrespeito

à idéia constitucional de soberania.

Diante do regime constitucional do monopólio petrolífero, transparece a inconstitucionalidade de certos dispositivos da Lei nº 9.478 de 1997, já que em face do sistema constitucional, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, o conjunto normativo resultante da atividade do legislador ordinário não pode, como ninguém desconhece, sob pena de nulidade, afrontar as premissas originárias do Estado Democrático de Direito instituído.

4 A inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.478 de 1997

No regime constitucional que reconhece a imprescindibilidade do petróleo e o eleva à categoria de monopólio estatal está disposta a diretriz expressa para o legislador ordinário garantir o fornecimento dos derivados de petróleo em todo território nacional (art. 177, §2º, inciso I da Constituição Federal). A afronta a este preceito e aos supra mencionados princípios constitucionais transparece em vários dispositivos da Lei nº 9.478 de 1997:

Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, **conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos**, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

§1º Em caso de êxito na exploração, o concessionário submeterá à aprovação da ANP os planos e projetos de desenvolvimento e produção.

§2º A ANP emitirá seu parecer sobre planos e projetos referidos no parágrafo anterior no prazo máximo de 180 (cento e oitenta dias).

§3º **Decorrido o prazo** estipulado no parágrafo anterior sem que haja manifestação da ANP, **os planos e projetos considerar-se-ão automaticamente aprovados**.

Art. 28. As concessões extinguir-se-ão:

I - **pelo vencimento do prazo contratual**;

II - pelo acordo entre as partes;

III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato;

IV - ao término da fase de exploração, sem que tenha sido feita qualquer descoberta comercial, conforme definido no contrato;

V - no decorrer da fase de exploração, se o concessionário exercer a opção de desistência e de devolução das áreas em que, a seu critério, não se justificarem investimentos em desenvolvimento.

§1º. A devolução de áreas, assim como a reversão de bens, não implicará ônus para a União ou para a ANP, nem conferirá ao concessionário qualquer direito

de indenização pelos serviços, poços, imóveis e bens reversíveis, os quais passarão à propriedade da União e à administração da ANP, na forma prevista no inciso VI do art. 43.

§2º. Em qualquer caso da extinção da concessão, o concessionário fará, por sua conta exclusiva, a remoção dos equipamentos e bens que não sejam objetos de reversão, ficando obrigado a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelos órgãos competentes.

Art. 37. **O edital da licitação** será acompanhado da minuta básica do respectivo contrato e **indicará, obrigatoriamente:**

I - o bloco objeto da concessão, **o prazo estimado para a duração da fase de exploração**, os investimentos e programas exploratórios mínimos;

II - (...) *omissis*

Parágrafo único. O prazo de duração da fase de exploração, referido no inc. I deste artigo, será estimado pela ANP, em função do nível de informações disponíveis, das características e da localização de cada bloco.

Art. 43. **O contrato de concessão** deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e **terá como cláusulas essenciais:**

I - a definição do bloco objeto da concessão;

II - **o prazo de duração da fase de exploração e as condições para a sua prorrogação**.

III - (...) *omissis*

Parágrafo único. **As condições contratuais para prorrogação** do prazo de exploração, referidas no inciso II deste artigo, serão estabelecidas **de modo a assegurar a devolução de um percentual do bloco**, a critério da ANP, **e o aumento do valor do pagamento pela ocupação da área**, conforme disposto no parágrafo único do art. 51.

Art. 51. O edital e o contrato disporão sobre o pagamento pela ocupação ou retenção da área, a ser feito anualmente, fixado por quilômetro quadrado ou fração de superfície do bloco, na forma da regulamentação por decreto do Presidente da República.

Parágrafo único. **O valor do pagamento** pela ocupação ou retenção de área **será aumentado** em percentual a ser fixado pela ANP, **sempre que houver prorrogação do prazo de exploração**.

Art. 60. Qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá receber **autorização da ANP para** exercer a atividade de importação e **exportação** de petróleo e seus derivados, de gás natural e condensado.

Parágrafo único. O exercício da atividade referida no *caput* deste artigo observará as diretrizes do CNPE, em particular as relacionadas com o cumprimento das disposições do art. 4º, da Lei 8.176, de 8 de fevereiro de 1991, e obedecerá às demais normas legais e regulamentares pertinentes.

Todos estes dispositivos realçados em negrito ou sublinhados (em especial §3º do art. 26; inc. I do art. 28; inc. I do art. 37; inc. II e parágrafo

único do art. 43; e parágrafo único do art. 51) têm a inegável característica de tratar o petróleo como bem perecível, como se houvesse a necessidade de aproveitamento rápido e eficiente das suas reservas. Isso porque, de forma generalizada, estimulam as concessionárias a atender apenas prazos e não a demanda interna do produto, como faria uma empresa atenta às políticas de longo prazo para resguardo da soberania e desenvolvimento nacionais.

O §3º do artigo 26 da Lei nº 9.478 de 1997, ao afastar a necessidade de pronunciamento expresso da ANP sobre planos e projetos da concessionária da atividade petrolífera, contraria os princípios constitucionais da soberania (artigos 1º, inciso I e 170, inciso I da Constituição Federal) e da garantia do desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II da Constituição Federal) de forma eloqüente, por transformar o regime constitucional do petróleo em letra morta.

O inciso I do art. 28 da Lei nº 9.478 de 1997 remete o concessionário à exploração da atividade com maior proveito possível dentro do prazo contratual, independentemente da garantia de suprimento do mercado interno a médio e longo prazos. Se nesse período a produção for superior à demanda interna, não lhe restará alternativa para o incremento dos lucros senão exportar o petróleo. Assim, contraria a necessidade de reserva para auto-suficiência nacional durante crises externas que fatalmente elevam o custo de vida da população.

É o mesmo caso dos artigos 37, inciso I e 43, inciso II e parágrafo único da Lei nº 9.478 de 1997. Tais dispositivos ignoram por completo a essencialidade e escassez do bem exigente de tratamento especial na Constituição Federal. O art. 51, parágrafo único tem ínsita a direção de rápido aproveitamento das reservas, já que uma possível prorrogação de contrato elevaria os ônus da atividade do concessionário de forma por ele indesejável.

O mais flagrante é a inconstitucionalidade da expressão “conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos”, constante do *caput* artigo 26 da Lei nº 9.478 de 1997. Ora, a propriedade não pode ser transferida a título de remuneração, eis que a propriedade, nos termos da Constituição, é da União.

Por fim, cumpre lembrar que a Lei nº 9.478 de 1997 atribui a uma autarquia a incumbência de regular a matéria, tratando inclusive de questões de Estado ligadas à soberania. É assim que, pelo disposto em seu artigo 60, atividades de importação e exportação de petróleo ficam a mercê de decisões da ANP. Tais questões, pela relevância para o futuro de toda a

República, devem ser decididas pelo Presidente da República ou Ministro com a devida delegação por ser tal medida a única compatível com o regime de monopólio constitucionalmente tutelado.

5 Conclusão

O destino do petróleo nacional independe do juízo de conveniência de órgãos da Administração Pública, pois está submetido ao regime constitucional especial de monopólio da União, que, através do órgão competente, sobre ele deve decidir segundo critérios previamente estabelecidos na Constituição Federal: soberania (art. 170), desenvolvimento nacional (art. 3º, inc. II), proteção do mercado interno e bem estar da população (art. 219).

Impõe-se ao Judiciário o grande desafio de, desde o ponto de vista estritamente constitucional, corrigir as agressões que a Lei nº 9.478 de 1997 vem admitindo ao regime constitucional da atividade petrolífera. A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal através de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo sido, objeto, ademais, de representação encaminhada ao Procurador-Geral da República.

O pano de fundo é o compromisso com o futuro do nosso país, com o que conflita a “penhora” do patrimônio público petrolífero que vem ocorrendo nos seguidos leilões de jazidas levados a cabo em atendimento à políticas ditadas pela “Lei do Petróleo” (Lei nº 9.478 de 1997).

O monopólio do petróleo constitucionalmente tutelado e de titularidade da União tem uma razão de ser muito clara, ligada à essencialidade e à finitude deste bem. Cada vez mais a complexa relação estabelecida globalmente sobre sua exploração e comercialização é agravada por intervenções bélicas, o que põe em xeque a soberania dos países menos preparados e o desenvolvimento econômico dos países mais dependentes de sua importação.