

16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERAL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. CARLOS BRITTO
RELATOR PARA O : MIN. EROS GRAU
ACÓRDÃO
REQUERENTE(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADVOGADO(A/S) : CINTIA MARIA COSTA SAGGIN VIEGAS E
OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

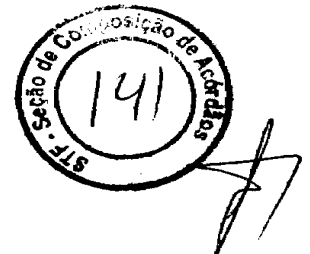
EMENTA: CONSTITUCIONAL. MONOPÓLIO. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO. PETRÓLEO, GÁS NATURAL E OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. BENS DE PROPRIEDADE EXCLUSIVA DA UNIÃO. ART. 20, DA CB/88. MONOPÓLIO DA ATIVIDADE DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DE OUTROS HIDROCARBONETOS FLUÍDOS. ART. 177, I a IV e §§ 1º E 2º, DA CB/88. REGIME DE MONOPÓLIO ESPECÍFICO EM RELAÇÃO AO ART. 176 DA CONSTITUIÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE AS PROPRIEDADES A QUE RESPEITAM OS ARTS. 177 E 176, DA CB/88. PETROBRAS. SUJEIÇÃO AO REGIME JURÍDICO DAS EMPRESAS PRIVADAS [ART. 173, § 1º, II, DA CB/88]. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ART. 26, § 3º, DA LEI N. 9.478/97. MATÉRIA DE LEI FEDERAL. ART. 60, *CAPUT*, DA LEI N. 9.478/97. CONSTITUCIONALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO ADMINISTRADA POR AUTARQUIA FEDERAL [ANP]. EXPORTAÇÃO AUTORIZADA SOMENTE SE OBSERVADAS AS POLÍTICAS DO CNPE, APROVADAS PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA [ART. 84, II, DA CB/88].

1. O conceito de monopólio pressupõe apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes. Não se presta a explicitar características da propriedade, que é sempre exclusiva, sendo redundantes e desprovidas de significado as expressões "monopólio da propriedade" ou "monopólio do bem".

2. Os monopólios legais dividem-se em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento --- a propriedade industrial, monopólio privado; e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia.

3. A Constituição do Brasil enumera *atividades* que consubstanciam monopólio da União [art. 177] e os *bens* que são de sua exclusiva propriedade [art. 20].

4. A existência ou o desenvolvimento de uma *atividade econômica* sem que a *propriedade do bem* empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade



econômica [enquanto atividade empresarial] prescinde da propriedade dos bens de produção.

5. A propriedade não consubstancia uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens e conformadas segundo distintos conjuntos normativos --- distintos regimes --- aplicáveis a cada um deles.

6. A distinção entre *atividade* e *propriedade* permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio [art. 177 da CB/88].

7. A propriedade dos produtos ou serviços da atividade não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.

8. A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo preceito do art. 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção capitalista. A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada.

9. Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração.

10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas.

11. A EC 9/95 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais.

12. Os preceitos veiculados pelos § 1º e 2º do art. 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao art. 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de "concessionárias". Trata-se de titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil.

13. A propriedade de que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena, mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo - ANP.

14. A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em

sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas [§ 1º, II, do art. 173 da CB/88]. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios [art. 37, XXI, da CB/88], as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil.

15. O art. 26, § 3º, da Lei n. 9.478/97, dá regulação ao chamado *silêncio da Administração*. Matéria infraconstitucional, sem ofensa direta à Constituição.

16. Os preceitos dos arts. 28, I e III; 43, parágrafo único; e 51, parágrafo único, da Lei n. 9.478/98 são próprios às contratações de que se cuida, admitidas expressamente pelo § 2º do art. 177 da CB.

17. A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político.


18. Não há falar-se em inconstitucionalidade do art. 60, *caput*, da Lei n. 9.478/97. O preceito exige, para a exportação do produto da exploração da atividade petrolífera, seja atendido o disposto no art. 4º da Lei n. 8.176/91, observadas as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE [art. 84, II, da CB/88].

19. Ação direta julgada improcedente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente a ação.

Brasília, 16 de março de 2005.


EROS GRAU

- RELATOR PARA O ACÓRDÃO

16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERAL

RELATOR ORIGINÁRIO : **MIN. CARLOS BRITTO**
RELATOR PARA O : **MIN. EROS GRAU**
ACÓRDÃO
REQUERENTE(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT
ADVOGADO(A/S) : CINTIA MARIA COSTA SAGGIN VIEGAS E
OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade. Ação que traz a assinatura do Partido Democrático Trabalhista -- PDT e que tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de alguns dispositivos da Lei federal nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, assim ementada:

"Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências."

2. A seu turno, os dispositivos legais tidos como ofensivos da Constituição Federal de 1988 são as seguintes:

"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.

(...)

§ 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;

(...)

III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato;

.....
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;

(...)

Parágrafo único. O prazo de duração da fase de exploração, referido no inciso 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:

(...)

II - o prazo de duração da fase de exploração e as condições para sua prorrogação;

(...)

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 ...

Parágrafo único. O valor do pagamento pela ocupação ou retenção de área será aumentado em percentual a ser estabelecido 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.

3. Já no tocante aos dispositivos constitucionais que se tem por violados, são eles os arts. 1º, 2º, 4º, 20, incisos V e IX, 23, incisos I e X, 170 e 177, *caput*, incisos I a IV e mais os §§ 1º e 2º.

4. Nessa *marcha batida*, o autor declina os fundamentos jurídicos da sua pretensão de ver julgada procedente a ação direta, não sem antes requerer a concessão de medida cautelar. Provimento acautelatório que, no dizer do requerente:

"resguardaria a República Federativa do Brasil de uma situação extremamente difícil de ser revertida num futuro próximo, ao profligar do regime da Lei combatida a transferência de titularidade da matriz energética, prevista no

art. 26, caput, bem como o inexorável escoamento das reservas para o exterior, em decorrência da breve auto-suficiência do mercado interno aliada à obrigação de produção sem ressalvas aos concessionários.”

5. Prossigo na relatoria para consignar que as informações foram tempestivamente prestadas pelo primeiro requerido e, por meio delas, o Exmº. Sr. Presidente da República sustenta que o pedido de medida liminar não atende aos requisitos do *periculum in mora* e da relevância da fundamentação. Aduz que a Emenda Constitucional nº 9/95 retirou da *Carta-cidadã* a proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração petrolífera, seja em espécie (petróleo) ou em valor (dinheiro), razão pela qual o Ordenamento Jurídico passou a permitir que a União transfira a propriedade do produto da exploração, observadas as normais legais.

6. Diz, ainda, o primeiro acionado:

“(…)”

se a construção da inicial não encontra esteio melhor que a projeção subjetiva de uma proposição que a Constituição não tem mais, falta-lhe pertinência lógica em prejuízo da relevância substancial necessárias para um juízo cautelar favorável.

(…)”

7. Submeto, assim, à apreciação deste egrégio Plenário o pedido de medida cautelar formulado pelo autor desta ação direta de inconstitucionalidade.

É o relatório.

* * * * *

FJM

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'FJM', is written over the typed name 'FJM'.

16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERALV O T O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Penso de boa metodologia enfrentar a matéria com o juízo mais abrangente de que, na Constituição Federal de 1988, petróleo e gás natural **são versados como espécies de recursos minerais**. É dizer: a Carta-cidadã, fiel à proposição kelseniana de que o Direito constrói suas próprias realidades, optou por ignorar as discussões geológicas e geofísicas sobre a distinção entre hidrocarbonetos fluidos e gasosos (que seriam substâncias orgânicas) e os recursos minerais propriamente ditos (que teriam a natureza de substâncias inorgânicas). Isto para fazer destes últimos ("recursos minerais") **o gênero no qual os dois primeiros recursos se encartariam**. As duas tipologias fundindo-se, a princípio, numa única realidade normativa ou figura de Direito, sob o nome abrangente de "recursos minerais"¹.

10. É esta primeira indiferenciação *de jure* que explica o fato de a Constituição dizer que são bens da União "os recursos minerais, inclusive os do subsolo" (inciso IX do art. 20),

¹ De fora a parte, contudo, os minerais nucleares, que, tornados monopólio da União, receberam tratamento normativo-constitucional em apartado. Mas que deixamos de comentar neste voto, pela sua irrelevância para o equacionamento jurídico da presente ADIN.

sem a menor necessidade de explicitamente incluir entre esses bens o petróleo e o gás natural. Tal como faz com o dispositivo segundo o qual "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" (art. 176, cabeça), também sem precisar dizer, textualmente, que jazidas de petróleo e gás natural se constituem num tipo de domínio distinto daquele que recai sobre o solo ou região onde ocasionalmente se encontrem. Por sinal, o propósito de fazer do petróleo e do gás natural duas caracterizadas espécies do gênero recursos minerais bem se patenteia nesse versículo de número 176, que se inicia pelo uso do substantivo plural "jazidas", precisamente o mesmo que vai compor o discurso normativo do artigo imediatamente posterior (o de número 177), como se vê da seguinte legenda: "Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra **das jazidas** de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos" (sem o negrito, no original). Deixando assentado que jazida é reservatório ou depósito de minérios, tal como os dicionários pátrios registram, pois exatamente lá, no artigo imediatamente anterior (nº 176), a Constituição acrescentara ao vocábulo "jazidas" a didática locução "e demais recursos minerais". Conforme já o fizera -- sobremais -- no inciso XII do art. 22, a respeito das matérias sujeitas à competência legislativa que a União detém com privatividade

("jazidas, minas, **outros recursos minerais** e metalurgia" - de novo, sem os caracteres em negrito²).

11. Fácil seria deduzir, então, que para conhecer o regime jurídico do petróleo e do gás natural bastaria ao intérprete da Constituição conhecer o regime normativo dos recursos minerais em geral (os nucleares de fora, conforme nota de rodapé). Do que decorreria a quase instantânea compreensão de que petróleo e gás natural seriam tidos pela Magna Carta como:

I - bens da União (inciso IX do art. 20);

II - matéria que se submete à competência legislativa que a União ostenta com privatividade (inciso XII do art. 22);

III - "propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento" (caput do art. 176);

IV - recursos passíveis de ter a sua pesquisa e lavra, assim como exploração e aproveitamento, realizáveis por via de autorização ou concessão, "garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra" (conclusão apenas provisória, como adiante se verá); e

V - setor de atividade que ainda se submete às normas veiculadas pelos três primeiros parágrafos do art. 176, assim redigidos:

² O verbete "jazidas" como depósito de minérios, mina ou filão, está na "Enciclopédia e dicionário Koogan/Houaiss", Editora Koogan Guanabara, Rio de Janeiro, ano de 1994, p. 487.

"§ 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.

§ 2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 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."

12. "Fácil seria deduzir" — foi o que dissemos —, **mas somente se a Constituição não contivesse normas complementares especificamente voltadas para as duas modalidades de recursos minerais em sentido lato: o petróleo e o gás natural.** Equivale a dizer: a Lei Republicana, num primeiro instante, dispõe sobre o gênero "recursos minerais" e desse gênero não exclui os hidrocarbonetos fluidos e gasosos. Já num **segundo e imediato momento é que passa a disciplinar os específicos temas do petróleo e do gás**

natural "e outros hidrocarbonetos fluidos" (caput do art. 177).

Prova disso é o inciso IX do art. 20, quando confrontado com o seu § 1º. Também assim todo o art. 176 e seus três primeiros parágrafos, quando cotejados com o art. 177, incisos de I a IV e §§ 1º e 2º, a saber:

"Art. 20 São bens da União:

(...)

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

(...)

§ 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

(...)"

"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.

§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 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".

"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;

§ 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 território nacional;

II - as condições de contratação;

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

(...)"

13. Ora bem, se é da técnica da Magna Lei de 1988 avançar comandos gerais sobre todo e qualquer tipo de recurso mineral, para depois lançar disposições especiais sobre "dois deles" (petróleo e gás natural), o cânone hermenêutico a observar só pode ser este: **aplica-se toda a parte geral dos dispositivos da Constituição, mas somente naquilo que não conflitar com sua parte especial.** Elementar

regra de eliminação de antinomia normativa, figurante do nunca desmentido brocardo latino *lex speciali derogat generali*.

14. Chegando-se a esta compreensão das coisas, já se pode acoplar as duas ordens de disposições constitucionais (a geral e a especial) para fixar o regime jurídico do petróleo e do gás natural segundo estas novas coordenadas mentais, algumas delas complementarmente justificadas em notas de rodapé:

Petróleo e gás natural

I - **são bens da União**, sejam os encontrados no subsolo, sejam os situados na "*plataforma continental, no mar territorial ou zona econômica exclusiva*" (art. 20, inciso IX e § 1º);

II - do resultado da sua exploração participam ou são compensados (conforme o caso) os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como certos órgãos da Administração Direta da União e mais o proprietário do respectivo solo, se de jazida em subsolo se tratar (§ 1º do art. 20, combinadamente com o § 2º do art. 176);

III - constituem matéria que se inscreve na competência legiferante que é privativa da nossa pessoa federada central (inciso XII do art. 22);

IV - revelam-se como propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento (*caput* do art. 176);

V - são recursos passíveis de ter a sua pesquisa e lavra, ou sua exploração e aproveitamento, realizáveis por via de autorização ou concessão (art. 176 e seu § 1º), **mas agora sem a possibilidade de transferência do produto da lavra para o concessionário, por ser essa transferência incompatível com o regime de monopólio a que se referem o inciso I do art. 177 e o § 2º, inciso III, desse mesmo artigo³);**

VI - partilham da mesma sorte dos recursos minerais *lato sensu*, quanto à necessidade de que sua pesquisa, lavra e aproveitamento **"somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis**

³ Com efeito, monopólio é atividade ou propriedade de um só. *Unititularidade* de ação, de domínio ou de venda, implicando atuação, propriedade ou comercialização sem competidor, conforme se infere do verbete que se lê na mesma Enciclopédia e Dicionário anteriormente citados, p.567 ("MONOPÓLIO. s.m. Privilégio legal ou de fato, que possui um indivíduo, uma companhia ou um governo de fabricar ou de vender certas coisas, de explorar certos serviços, de ocupar certos cargos: no Brasil, o Estado possui o monopólio da exploração petrolífera"). Se o *caput* do art. 176 da Constituição não monopoliza a pesquisa e a lavra das jazidas de recursos minerais *lato sensu* (como de fato não monopoliza), teria mesmo lógica assegurar a transferência do respectivo produto para o concessionário (como realmente assegura). Bem ao contrário, se essa mesma Constituição, já no inciso I do art. 177 e no inciso III do § 2º desse mesmo artigo, **monopoliza até as atividades de pesquisa e lavra "das jazidas de "petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos", é porque não admite o puro e simples transpasse dominial do respectivo produto.** Lógica irretocável, até porque é mantendo o domínio público sobre tais recursos que se pode imprimir a eles uma finalidade igualmente pública (por hipótese, a garantia do pleno suprimento do mercado interno, que o inciso I do § 2º do art. 177 de logo prioriza, em sintonia fina com o disposto no art. 219, ambos da **Constituição-cidadã**). Semelhantemente ao que sucede com a permissão ou concessão dos serviços públicos, sabido que tais serviços permanecem

brasileiras e que tenha a sua sede e administração no País"

(§ 1º do art. 176, **negritos à parte**⁴);

VII - sua submissão a regime de autorização ou concessão para pesquisa, lavra e aproveitamento de suas jazidas, tanto quanto a respectiva cessão ou transferência, total ou parcialmente, e sempre por prazo determinado, **tudo isso fica sob as condições impostas pelo Poder Concedente, que é, com exclusividade, a União** (§§ 1º e 3º do art. 176). União pessoa federada, repise-se, e não entidade da respectiva Administração Indireta, como é o caso da Agência Nacional do Petróleo (ANP);

VIII - embora submetidos ao precitado regime de monopólio da União quanto à "pesquisa", "lavra", "refinação", "importação", "exportação", "transporte marítimo" "e transporte por meio de conduto" (incisos de I a IV do art.

públicos na sua titularidade. Não, claro, no plano do seu exercício ou da sua prestação aos usuários.

⁴ Se tal exigência é feita para todo e qualquer recurso mineral, **com mais razão é de prevalecer para o petróleo e o gás natural, em face do seu inquestionável caráter estratégico em termos de bem-estar, desenvolvimento e soberania nacional, como dantes observado.** Não por mera coincidência, requisito assemelhado àquele que a nossa Constituição faz para o setor de jornalismo e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, consoante os seguintes dizeres: "A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País" (art. 222). Sendo de bom aviso ressaltar que a PETROBRAS ou qualquer outra empresa estatal federal que vier a ser constituída para atuar nos ramos do petróleo e do gás natural não atuarão debaixo das restrições que a Lei Maior do Brasil impõe às pessoas físicas e às empresas alienígenas, por duas transparentes razões: a) porque as empresas estatais são expressões do setor público, e não do setor privado da Economia; b) porque ditas empresas governamentais não atuam por autorização, permissão, ou concessão, mas por direta delegação da lei que as instituir ou a elas confiar determinadas atividades. Razões que também justificam o fato de a PETROBRAS poder - ao contrário de empresas do setor totalmente privado da Economia - se substituir à União como proprietária do produto das lavras de petróleo e de gás natural.

177 da *Lex Legum*), podem ter todas essas atividades contratadas entre a União e brasileiros, ou entre a União e empresas estatais ou privadas (§ 1º do art. 177), **contanto que estas últimas atendam ao requisito do mencionado § 1º do art. 176** ("empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País"). Contratação, que, **para preservar o necessário regime de monopolização estatal do setor**, só pode significar a mera execução de um trabalho que se faz para o ente monopolizador e em nome deste. Embora certos riscos de todas essas atividades possam ficar por conta das empresas contratadas, cabendo à lei dispor sobre o tipo de remuneração ou contrapartida financeira cabível. Vale dizer, a União remunerando ou compensando economicamente a contraparte privada, seja por um preço antecipadamente estipulado, a partir de critérios fixados com base na relação custo/lucro do particular, seja por um preço ou percentual que tenha como base até mesmo o produto da lavra (o concessionário a participar de coisa pública, e não a União a participar de coisa privada, entenda-se). Mas sem que a União decaia jamais da altaneira posição de ente monopolizador de todo o setor petrolífero e

Sabido que tal apropriação **igualmente estatal** não infirma a idéia de monopolização do setor.

de gás natural, como está na cabeça do art. 177 e reafirma o inciso III do § 2º desse emblemático artigo⁵; e

IX - Sobredita contratação, reafirme-se, deve ter as suas condições estabelecidas em lei (não simplesmente em normas editalícias), lei, essa, que ainda deverá conter disposições a respeito da garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional, além de dispor sobre a estrutura e atribuições do "órgão regulador do monopólio da União" (incisos de I a III do § 2º do art. 177); ou seja, **órgão que tem na efetividade do monopólio em causa a própria razão de ser das competências administrativas que lhe forem legalmente conferidas. É ainda dizer: órgão de natureza administrativa, concebido não para normatizar, mas normalizar o setor que a Lei Maior submeteu a regime de monopólio da União. Não para regular em sentido legislativo, mas para regularizar em sentido administrativo** as atividades constitutivas do referido monopólio. Importando essa regularização, por conseguinte, o exercício de um típico poder de polícia administrativa, como a fiscalização, o monitoramento, a arbitragem, a

⁵ É verdade que a Lei Maior brasileira nem sequer fala de concessão ou permissão da União para as sobreditas atividades, preferindo o uso da locução "poderá contratar". Todavia, parece-me que a *voluntas constitutionis* não foi a de excluir os institutos da concessão, da permissão, ou da autorização, mas deixar implícito que se trata de uma contratação especialíssima. Uma contratação de invulgar feição jurídica, no sentido de que o particular contratado não se remunera por um regime de preço público ou de tarifas cobradas do público usuário, **mas por um tipo de retribuição econômica a ser suportada pelo poder contratante, diretamente.** Por ser esta a única fórmula de pagamento ou de retorno dos capitais particulares que

imposição de limitações e interdições, a atuação comissiva, enfim (não o silêncio, o abstencionismo ou o simples decurso de prazo como fórmulas de manifestação de vontade estatal), **tudo nos marcos da Constituição e da lei**⁶.

15. Todas essas coordenadas mentais são as que me parecem rimadas com a flexibilização que a Emenda 6/95 introduziu no setor *minerário* em geral e a Emenda 9/95 no setor do petróleo e do gás natural em particular. A Emenda 6, ao franquear o setor dos recursos minerais *lato sensu* à pesquisa e exploração econômica por parte das empresas não genuinamente brasileiras, contanto que constituídas sob as leis nacionais e com sede e administração em nosso País. A Emenda 9, ao possibilitar a contratação de empresas totalmente privadas (**mas sem afastar aquela exigência de constituição nos termos das leis brasileiras e com sede e administração aqui nesta nossa Terra de Santa Cruz**) para a realização de atividades antes reservadas à União e a seus desmembramentos administrativos. Quais sejam, as atividades de "*pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros carbonetos fluidos*"; "*refinação do petróleo nacional ou estrangeiro*"; "*importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores*"; "*transporte marítimo do petróleo produzido no País, bem*

relativiza, sim, o regime de monopolização do setor (tal como idealizado pelas Emendas Constitucionais de n^{os} 6 e 9, ambas de 1995), **mas sem eliminá-lo de todo.**

⁶ A Constituição é clara no distinguir entre poder **normativo** e poder simplesmente **regulador**, conforme se vê da seguinte passagem: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de

assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem".

16. Todas estas coordenadas mentais, volto a dizer, são as que tenho como obsequiosas da superação do fato de que, antes da referida Emenda de nº 9, não era possível sequer "(...) 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" (§ 1º do art. 177, em sua redação originária). Isto porque, em tema de petróleo e gás natural, tudo era excluído do setor privado da Economia. Mais até do que das empresas não genuinamente brasileiras, simplesmente, pois a Magna Carta Federal incluía no monopólio da União "todos os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas" (parte inicial do mesmo § 1º do art. 177, em sua primitiva legenda).

17. Em suma, se tais rigores constitucionais já não se mantêm monoliticamente íntegros, de uma parte, de outra banda **não se pode confundir flexibilização com erradicação**. Seja no tocante às exigências a satisfazer pelas pessoas físicas e empresas privadas economicamente interessadas em nossos recursos minerais *lato sensu*, seja quanto à contratação daquelas cujo interesse econômico radique no setor do petróleo e do gás natural do Brasil.

fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado" (art. 174).

18. Pronto! Afigurando-se-me ser este o núcleo duro daquilo que entendo como o regime jurídico-constitucional do petróleo e do gás natural, desse regime extraio as razões de jure para julgar procedente, **EM PARTE**, o pedido. O que faço para os seguintes efeitos:

I - declarar a inconstitucionalidade da expressão "conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos", que se lê na cabeça do art. 26 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997;

II - dar a esse mesmo art. 26, caput, interpretação conforme à Constituição, no sentido de que o concessionário ali referido só pode ser "brasileiro ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha a sua sede e administração no País";

III - declarar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 26 do diploma legal em causa;

IV - declarar a inconstitucionalidade dos incisos I e III do art. 28 do ato legislativo federal questionado;

V - declarar a inconstitucionalidade do § único do art. 37 da Lei nº 9.478/97;

VI - declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 43 da lei aqui vergastada; e

VII - declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 51 e a do art. 60, *caput*, da mesmíssima lei federal nº 9.478/97.

19. É como voto.

* * * * *

FJM/dfm



16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - O

petróleo¹ somente foi descoberto em 1859, na Pensilvânia, o que justifica o fato de não ter havido, no período colonial brasileiro, uma política específica em relação a este recurso como um mineral distinto dos demais.

Durante essa fase, a Coroa optou pelo sistema regalista (cujo termo vem da palavra regalia) ou feudal no que tange à exploração de qualquer minério. Por meio desse regime, a Metrópole detinha a propriedade do subsolo, podendo explorá-lo diretamente ou atribuir tal atividade a terceiros - proprietários, ou não, do solo - mediante o recebimento de uma quantia fixa ou variável, geralmente estipulada em contratos de concessão.

Os contratos eram firmados entre a Coroa portuguesa e o explorador do subsolo, garantindo a este, além do direito de exploração, a propriedade daquilo que encontrasse.

A adoção de tal regime no Brasil foi pura e simplesmente a implementação do modelo acolhido em Portugal - que ainda não ultrapassara totalmente as fronteiras da Idade Média, do período feudal - e na maioria das monarquias europeias.

Naquela época, não havia uma separação efetiva entre o público e o privado. As noções de personalidade própria do Estado e de um Direito que se entenda como público são do final do século XIX e início do século XX, a partir das formulações teóricas de Gerber,



ADI 3.366 / DF

Gierke e Jellinek. O rei era, de fato, o maior proprietário de terras, tendo o domínio de grande parte das riquezas do subsolo.

O sistema, extremamente individualista, conferia ao explorador o direito de propriedade sobre tudo aquilo que fosse encontrado. Ausentes estavam quaisquer concepções acerca do interesse coletivo ou do patrimônio público, de modo que beneficiava sobretudo os detentores de terras e de poder. Esse foi o regime imposto por Portugal e seguido pelo Brasil.

À Metrópole interessava, essencialmente, regular a extração dos recursos para receber os tributos sobre os resultados da exploração bem como a contraprestação pecuniária relativa à concessão. A despeito da proclamação da Independência, em 1822, tal regime perdurou na Constituição de 1824. A análise desse fato é da maior importância, porque faz compreender o retrocesso que imporá a declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.478/1997, por praticamente resgatar o modelo do sistema regaliano - no qual aquele que explora é também o detentor da propriedade. Com a lei, restaura-se um regime que remonta à Idade Média! Se, naquela época, as noções de soberania remetiam ao Estado - de acordo com as clássicas lições de Bodin e Bossuet -, atualmente, entende-se que o titular da soberania é o povo, de modo que este é o verdadeiro titular da coisa pública, e não o governante da ocasião.

A situação em que se encontrava a exploração dos recursos naturais foi profundamente marcada pelo descobrimento do petróleo e pela criação, já em 1870, da *Standard Oil*, companhia que

chegou a controlar 90% da capacidade de refino do minério nos Estados Unidos. Permita-se o trocadilho: com a descoberta do petróleo, foi encontrada uma mina de ouro!

Com a Primeira Guerra Mundial, o crescimento do comércio petrolífero logo foi aquecido pela necessidade européia de buscar fontes de energia. O ouro negro foi essencial para desenvolver a estratégia militar dos aliados e fez surgir o mercado automobilístico norte-americano.

A influência do modelo liberal estadunidense transbordou as próprias fronteiras e foi exportado para o Brasil: a Constituição Federal de 1891 consagrou o sistema de acessão lá adotado, por meio do qual o proprietário da superfície passava também a ser o proprietário do subsolo. É bem verdade que tal sistema, no Brasil, foi mitigado. A Carta da República de 1891 previu, no § 17 do artigo 72, que "as minas pertencem ao proprietário do solo, salvo as limitações que forem estabelecidas em lei a bem da exploração deste ramo de indústria".

Alguns poucos privilegiados detiveram a propriedade única e exclusiva dos minérios encontrados em subsolo, pelo simples fato de contarem com a sorte de serem donos da superfície.

Na verdade, naquela época, não se poderia imaginar algo diverso. Em tempos de liberalismo, praticamente não se conceberia transferir ao Estado², como entidade destinada à satisfação do interesse público, a propriedade dos minérios extraídos, em virtude da apologia ao indivíduo. E mesmo no sistema

ADI 3.366 / DF

regalista, quando a propriedade do subsolo pertenceu ora à Metrópole, ora ao recém-criado Estado brasileiro, essa circunstância, em momento algum, foi percebida como uma forma de preservar os interesses nacionais, os interesses do povo - uma vez que a propriedade foi logo transferida do Estado ao explorador, pelo regime de concessão -, mas uma maneira de angariar tributos para Portugal ou para a incipiente monarquia que nos foi deixada por herança.

As primeiras limitações ao regime de acessão revelado na Carta de 1891 surgiram em 1915, entretanto, somente em 1921, a exploração foi regulamentada, quando se instituiu o "manifesto do descoberto", por meio do qual o dono do solo detinha a preferência para explorar o subsolo. Se não a aproveitasse, teria direito a 3% do lucro líquido da exploração. Se, além disso, ainda recusasse a lavra, o Governo deveria desapropriar a área e, então, submetê-la à exploração direta ou por terceiros.

A Constituição Federal de 1934 alterou essa política, no que foi seguida pela Carta de 1937. Adotou-se o sistema das autorizações/concessões para exploração dos recursos minerais. É de destacar a criação, em 1934, do Departamento Nacional de Pesquisa Mineral - DNPM como uma das iniciativas pioneiras do Governo para regulamentar a atividade.

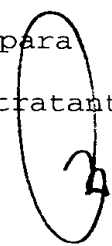
Somente com a instituição do Conselho Nacional de Petróleo, por meio do Decreto-Lei nº 395, de 29 de abril de 1938, o petróleo passou a ser tratado como um minério singular e estratégico

para o País. O Departamento Nacional de Pesquisa Mineral poderia regulamentar a exploração dos demais recursos minerais, mas a política relativa ao petróleo competia apenas ao Conselho Nacional de Petróleo. Essa questão é de suma importância, frente a alguns argumentos defendidos nos memoriais distribuídos. Sustenta-se que o atual artigo 176 da Constituição Federal versa "genericamente" sobre todos os minérios, inclusive sobre o petróleo, relegando-se à inocuidade o artigo 177.

A separação que repousa nos artigos 176 e 177 da atual Carta remonta à década de 30, quando toda a política concernente ao petróleo passou a ser disciplinada por órgãos, entidades, leis e normas distintas das que regulavam os demais minérios.

Com a assunção de Vargas ao poder, a política energética pátria alcançou grandes avanços. Nacionalista, o Presidente fez inserir na Constituição de 1937 a regra de que a exploração das minas só poderia ser autorizada a brasileiros ou a empresas em que todos os acionistas fossem brasileiros. Editou o Decreto-Lei nº 3.236, de 7 de maio de 1941, o Código do Petróleo, que implicou o "domínio imprescritível" da União sobre as jazidas de petróleo e de gases naturais. Iniciou-se a campanha "O petróleo é nosso!", a repercutir que o mineral pertence não a quem explora, mas ao povo brasileiro.

Com a saída de Vargas da Presidência, a Carta Federal de 1946 manteve o regime de autorização/concessão para o aproveitamento dos recursos minerais. A companhia contratante



ADI 3.366 / DF

recebia uma área e nela executava os trabalhos de pesquisa, exploração, desenvolvimento e produção de forma unilateral, cabendo ao Estado tão-somente receber *royalties* e bônus resultantes da produção, que geralmente não chegavam a 20% da renda líquida obtida.

Vários problemas decorreram da adoção desse sistema. A decisão sobre a quantidade de petróleo a ser explorada escapava do poder concedente e ficava quase que inteiramente nas mãos do concessionário, que aumentava o volume da produção a depender dos seus interesses comerciais, em função do preço do barril no mercado internacional.

Nos idos de 1950, a campanha "O petróleo é nosso!" alcançou êxito. Havendo Getúlio Vargas encaminhado ao Congresso projeto de lei criando a Petrobrás. Os udenistas Gabriel Passos, Bilac Pinto e Hamilton Nogueira apresentaram emendas, visando à instituição do monopólio do Estado. Era o que faltava ao projeto inicial e que, se inserido, atrairia resistências, não contaria com o apoio da acirrada oposição. Mais uma vez, Getúlio atuou a partir de visão realista, deixando a bandeira à oposição³.

O advento da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, foi um grande divisor de águas na política energética brasileira. Surgiu o monopólio do petróleo, significando, em outros termos, que somente a União poderia realizar as seguintes atividades: pesquisa e lavra das jazidas de petróleo existentes no território nacional; a refinação do produto, tanto o nacional, como o estrangeiro; o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou dos

ADI 3.366 / DF

respectivos derivados que fossem produzidos no País e ainda o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e derivados bem como de gases raros de qualquer origem.

O monopólio pertencia à União, mas a execução deste ficou a cargo da sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRÁS. O Conselho Nacional do Petróleo - CNP passou a estar vinculado diretamente à Presidência da República, buscando-se exercer uma melhor e mais eficiente orientação e fiscalização do cumprimento do monopólio e das políticas públicas do setor, tudo de maneira a alcançar a auto-suficiência.

A opção política de constituir um regime monopolista e acabar com o perverso sistema das concessões resultou, basicamente, da conjunção de dois fatores: as Primeira e Segunda Guerras Mundiais e o recrudescimento do nacionalismo na América Latina.

Com a ocorrência das duas grandes guerras, constatou-se que o petróleo era um bem altamente estratégico e que a capacidade de produção estava intrinsecamente ligada com a aptidão de crescimento e de expansão econômica de um país. Traduzindo: o petróleo representa não somente energia, mas uma fonte de energia altamente qualificada, e tê-lo revela soberania e independência externa. Bem resume este pensamento trecho do parecer de Barbosa Lima Sobrinho, relator do que então era o projeto da futura Lei nº 2.004/53:



Por ser uma das principais fontes de energia, o petróleo constitui uma das riquezas básicas do País, um dos fatores de que dependem essencialmente o seu desenvolvimento e o seu progresso. Deve, portanto, ficar sob o controle do Estado, não apenas no seu aspecto patrimonial e de exploração. **Constituindo patrimônio nacional, as jazidas petrolíferas devem ser exploradas com o objetivo exclusivo de assegurar o abastecimento de combustíveis líquidos, de beneficiar com essa exploração toda a coletividade, e não com o fim de proporcionar lucros a grupos econômicos ou ao capital privado, que têm amplos setores de aplicação. Esse postulado exclui, necessariamente, o regime de concessões a empresas privadas e impõe à União o dever de assumir a exploração da indústria petrolífera.** (grifos não originais)

Fatores externos também influenciaram essa guinada em prol da preservação do patrimônio público. Na América Latina, primou-se por uma postura mais nacionalista, que nessa esfera significou a necessidade de uma maior intervenção do Estado, a fim de garantir a prevalência do interesse coletivo.

Paulatinamente, também na âmbito internacional, o modelo das concessões passou a ser colocado de lado e, em substituição, surgiram os acordos de participação na produção, conhecidos como *production sharing*, além dos regimes denominados *joint-venture* e contratos de risco.

Pelo modelo do *production sharing*, a empresa petroleira executa as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção por sua conta e risco, mas com diferenças fundamentais em relação ao regime das concessões: os ativos pertencem ao país no qual existem as jazidas e o Governo entrega uma parte do petróleo para as empresas, a título de ressarcimento dos investimentos realizados e de lucro, parcela previamente estipulada. O restante fica para o Estado.

No sistema da *joint-venture* ocorre uma associação entre duas empresas, uma estrangeira e outra, geralmente, estatal, visando à divisão proporcional - previamente estabelecida em contrato - dos gastos com investimentos e da produção alcançada.

O caso do México é bastante ilustrativo: inicialmente, os minerais encontrados no subsolo pertenciam ao Estado. Com a assunção do ditador Porfírio Diaz, adotou-se o sistema acessionista, em que os recursos minerais não mais pertenciam ao Estado, mas ao proprietário do solo.

Tal abertura deu margem a um enorme afluxo de investimentos norte-americanos, fazendo com que a produção de petróleo mexicana chegasse a ocupar a segunda posição no cenário mundial. Nos Estados Unidos, houve a opção política de explorar alhures, deixando-se sempre reservado parte do que houvesse em território norte-americano para necessidades futuras, considerado o incremento do consumo a cada ano. As reservas são conhecidas do Governo estadunidense, mas não exploradas, constituindo-se no que se convencionou chamar "Reservas de Petróleo Estratégicas", que continuam a existir até hoje, como se pode aferir do pronunciamento de Spencer Adams, Secretário de Energia daquele País, em 22 de janeiro de 2002: "O Presidente George W. Bush se compromete a garantir que nossas reservas de emergência estarão de prontidão, e aumentá-las hoje significa a proteção para uma eventual quebra de fornecimento amanhã".

A entrega do petróleo mexicano ao capital estrangeiro deu ensejo à Revolução Mexicana de 1910, cujos líderes se posicionaram contra a dependência e vinculação ao capital internacional. Em 1917, o Governo revolucionário restabeleceu a propriedade do Estado sobre os recursos do subsolo, nacionalizando as companhias de petróleo mexicanas. Atualmente, a PEMEX, petroleira estatal que, por determinação da Lei Maior do País, é a única produtora de petróleo e gás, produz 3,6 milhões de barris de petróleo diários e é a segunda maior produtora do mundo, atrás apenas da Saudi Aramco, da Arábia Saudita.

Na Venezuela, inicialmente foi adotado o regime de concessão, no qual as empresas internacionais exploravam o petróleo e detinham a propriedade da lavra, cabendo ao Estado apenas a obtenção de *royalties*.

Posteriormente, com a descoberta de grandes reservas de petróleo, começou o processo de revisão das concessões que haviam sido conferidas às empresas internacionais, e, a partir da aprovação, em 1943, da Lei do Petróleo, autorizaram-se novos contratos, desta feita no sistema *fifty-fifty*, por meio do qual caberia ao Governo venezuelano a metade daquilo que fosse descoberto pelas multinacionais. Tal sistema permanece até hoje.

Mesmo com esses novos modelos contratuais, vários países preferiram partir para a nacionalização do setor, como o Irã, com a Anglo-Iranian, a Líbia e o Egito, com o Canal de Suez. Outro

ato de afirmação de soberania diante das *Majors* - alcunha mediante a qual se fazia conhecer o poderoso oligopólio de empresas petrolíferas, as também chamadas *Sete Irmãs*, Shell, Texaco, Móbil, Gulf, Chevrom, Esso e British Petroleum - foi a criação da Organização dos Países Exportadores de Petróleo - OPEP em 1960. O fortalecimento da soberania nacional contra as *Sete Irmãs* influenciou ainda a Noruega, que em 1972 instituiu a *Statoil* para explorar as jazidas do Mar do Norte.

Paulo Valois Pires⁴ bem comenta a transição do regime de concessões para outros regimes:

As décadas de 40 e 50 foram marcadas pela reação dos Estados produtores de petróleo contra as concessões outorgadas às companhias internacionais. No início do século, as concessões petrolíferas abrangiam imensos territórios e os *royalties* pagos eram ínfimos quando comparados ao resultado obtido pelo concessionário dos campos. Com o crescimento da importância estratégica do petróleo, os Estados produtores e as companhias internacionais passaram a incorporar nos contratos de concessão a política do "fifty-fifty", pela qual haveria uma distribuição igualitária dos resultados auferidos com a produção petrolífera entre as partes. O modelo do fifty-fifty foi primeiramente adotado pela Venezuela e, alguns anos mais tarde, pela Arábia Saudita, tornando-se um "divisor de águas" para os países produtores de petróleo.

Essa postura de valorização do nacional foi reforçada pelas diversas resoluções aprovadas na Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, ao longo das décadas de 50 e 60, como a Resolução 523 (VI), de 12 de janeiro de 1952, a 626 (VII), de 21 de dezembro de 1952, a 1.314 (XIII), de 12 de dezembro de 1958, a 1.515 (XV), de 15 de dezembro de 1960, e a 1.803 (XVII),

ADI 3.366 / DF

de 14 de dezembro de 1962, com as quais se reconheceu o direito dos Estados à soberania permanente sobre os próprios recursos naturais.

Na última das resoluções referidas, chegou-se mesmo a mencionar a necessidade de recursos e riquezas naturais serem vistos como elementos básicos do direito à livre determinação dos povos, ressaltando-se a possibilidade de reformulação de recomendações anteriores, se fosse o caso.

Esses atos não surgiram no contexto internacional por acaso. Tratava-se de uma resposta à influência quase coercitiva que as grandes empresas petrolíferas exerciam para tentar impor o regime de concessão aos países produtores de petróleo, regime este que terminava por lhes garantir lucros fenomenais. As condições estabelecidas nos contratos de concessão beiravam à espoliação de países já subdesenvolvidos, como foram exemplos o Irã e a Indonésia, quando o pagamento dos *royalties* girou em torno de US\$ 1,65 por tonelada de óleo extraído.

Pode-se atribuir uma das razões para a política nacionalista implementada no Governo Vargas em relação à Petrobrás à necessidade de criar uma empresa estatal forte o suficiente para fazer frente às conhecidas *Majors* - o que parece ter funcionado, a Petrobrás é atualmente a 20ª companhia do mundo. Essa foi uma das maneiras encontradas por Vargas para não se submeter ao imperialismo que estava se instaurando em se tratando de exploração de petróleo, para não obedecer a uma estrutura de mercado fortemente concentrada, dominada por cartéis, com imponentes barreiras ao ingresso dos novos

concorrentes, preços previamente estipulados e divisão antecipada das áreas de exploração entre as empresas cartelizadas.

Na América Latina, atualmente, também correm ventos estatizadores. Na Bolívia, em setembro de 2004, o Presidente, Carlos Mesa, enviou ao Congresso Nacional um projeto de lei que modifica os *royalties* pagos pelas petroleiras - aumentando-os de 18% para 50% - e que altera o regime de venda do petróleo, passando a ficar a cargo da petroleira estatal - PETROBOLÍVIA. Na Argentina, os planos são de criação de uma petroleira estatal, fortalecendo a intervenção no setor. No Peru, o Governo de Alejandro Toledo traça estratégias para fortalecer a estatal PETROPERU, não contemplando novas privatizações no setor energético.

No Brasil, o processo de nacionalização do petróleo atingiu o ápice com a alçada do monopólio da pesquisa e da lavra à categoria de norma constitucional, na década de 60. A partir de então, o tratamento diferenciado conferido ao petróleo em comparação com os demais recursos minerais - que havia surgido desde a instituição do Conselho Nacional de Petróleo, em 1938 - passa a ter sede constitucional, como se pode depreender da leitura dos artigos 161 e 162 da Carta Política de 1967:

Art. 161. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na

forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§ 3º A participação referida no parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto único sobre minerais.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

Art. 162. A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.

Não foi diferente o tratamento dado à matéria pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969:

Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

§ 3º A participação de que trata o parágrafo anterior será igual ao dízimo do imposto sobre minerais.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida.

Art. 169. A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.

Outro modelo alternativo ao sistema das concessões foi revelado pelos contratos de risco. Como leciona Thadeu Andrade da

Cunha, "a preservação dos interesses dos países produtores passou a exigir a busca de um regime de exploração que conciliasse a necessária participação de grupos econômicos multinacionais com a manutenção da soberania do Estado, provocando o surgimento dos contratos de risco"⁶.

Os acordos não significaram a implementação de uma única forma contratual: as cláusulas variaram de país para país, conforme a política por eles adotada.

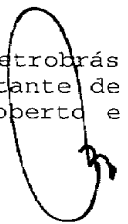
Em alguns países, o contrato estabelecia que, no caso de a empresa petrolífera localizar petróleo, deveria ser reembolsada dos gastos e obteria o direito de adquirir petróleo a preços favorecidos. Em outros, a empresa assumia a obrigação de vender ao Governo todo o petróleo encontrado, a preços previamente fixados. No Brasil, os contratos de risco revelavam as seguintes características⁷:

- Se a empresa contratante, ao fim do período de exploração, não descobrisse óleo bruto em quantidade apta a possibilitar a exploração comercial, o contrato terminaria, arcando a empresa com todas as despesas que já tivessem sido efetuadas;

- Se por acaso fosse descoberto um campo comercial, a empresa seria reembolsada dos dispêndios feitos com a exploração e com o desenvolvimento dos campos de petróleo, ressarcimento a ser efetuado em um período previamente estipulado no contrato;

- Além do reembolso, teria jus a contratante a uma remuneração, calculada sobre a produção do campo, durante determinado período. Seria ainda facultada à contratante adquirir parte do óleo produzido no campo comercial por ela descoberto e desenvolvido, a preços obtidos no mercado internacional;

- Havia, ainda, a possibilidade de a Petrobrás suspender, a qualquer tempo, a opção concedida à contratante de adquirir parte do óleo produzido no campo por ela descoberto e



desenvolvido, se ocorresse crise no abastecimento nacional do petróleo;

- A empresa deveria dar preferência à contratação de mão-de-obra e equipamentos nacionais;

- Todos os dados técnicos, os ativos, o petróleo, o gás e os bens utilizados pertenceriam à União.

Entre os anos de 1976 até 1988, foram assinados 243 contratos de risco, dos quais 156 com 32 empresas estrangeiras e 87 com 11 empresas brasileiras. Foram descobertos cinco campos de produção - Merluza, Serra Vermelha, Redonda, Noroeste do Morro do Rosado e Ponta do Mel.

É importante destacar que a contratação de tais serviços - a serem executados por empresas estrangeiras, e por constituírem simples contratos de serviços - em momento algum foi considerada quebra do monopólio. A propriedade do petróleo sempre permaneceu sob o controle do Estado.

Voltemos à Lei nº 2.004/53. Os artigos 1º e 2º estabeleceram as atividades objeto de monopólio por parte da União, criaram a Petrobrás e previram que a empresa seria o órgão executor da política monopolista que se iniciava:

Art. 1º Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, existentes no território nacional;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo

produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem.

Art. 2º A União exercerá o monopólio estabelecido no artigo anterior:

I - por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização;

II - por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.

E assim foi feito: a Petrobrás executou diretamente a política de monopólio de 1953, ano em que foi criada, até 1975, quando surgiram os primeiros contratos de risco. É importante destacar que, mesmo no período em que pôs em prática a política governamental de extração do petróleo, a estatal assinou vários contratos de serviços com outras empresas, para desenvolver algumas atividades exploratórias especiais. Tais acordos, entretanto, em momento algum, implicaram a quebra do monopólio.

Para implementação dos contratos de risco no Brasil, foi utilizada a experiência adquirida pela subsidiária da Petrobrás no exterior, a Braspetro, cuja criação se respaldou, entre outros motivos, justamente na necessidade de se adquirir prática nesse tipo contratual, largamente difundido nos países produtores de petróleo no mundo.

Eis a justificativa apresentada pelo Presidente da República, Ernesto Geisel, em 9 de outubro de 1975, para a assinatura dos contratos de risco:

A análise meticulosa a que procedemos, inclusive debatendo o assunto com a Petrobrás, no âmbito da CDE e, hoje, de todo o Ministério, e levando em conta minha experiência pessoal como presidente da empresa, levou-nos à convicção de que o Governo deve autorizar a Petrobrás, sem quebra do regime de monopólio, a realizar contratos de serviço, com cláusula de risco por conta da empresa executora, em áreas previamente selecionadas. A medida será posta em prática com base na experiência dos contratos já celebrados pela Petrobrás no exterior, garantindo-se o princípio essencial do monopólio e definindo-se condições, níveis e prazos rigorosos para os investimentos a serem realizados sempre sob controle da Petrobrás.[...]

Nesses contratos, a exploração ou pesquisa - que constituem a fase aleatória do processo, ainda com fortes nuances de aventura geológica - é custeada pela empresa contratante, a qual se propõe a executá-la em área limitada e em condições preestabelecidas, entre estas, basicamente, a de que o dispêndio correspondente à exploração não será ressarcido se o resultado for negativo (e daí a qualificação de risco) e, ao contrário, se positivo, será compensado com algumas vantagens.[...]

O governo, quando autorizou, em 1971, a constituição de subsidiária da Petrobrás, para exercer atividades no exterior, teve em vista, entre outros importantes objetivos, obter experiência sobre a natureza e a execução de contratos desse tipo, inclusive quanto aos aspectos jurídicos, o que efetivamente se conseguiu, através dos que a Braspetro firmou em diversos países, a começar pelo Iraque.[...]

Por fim, cabe frisar que esses contratos não implicarão reduzir ou violar o monopólio atribuído à Petrobrás, pois constituirão, de fato, uma modalidade de execução indireta, realizada, no âmbito da empresa, sob a sua jurisdição e pleno controle. (grifos não originais)

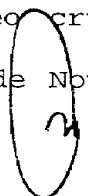
E mesmo assim, nas eleições gerais de 1982, certo partido, à época de oposição, cunhou as palavras de ordem: "com os contratos de risco, os tubarões pouco arriscam e muito petiscam".

A conveniência de se firmarem contratos de risco decorreu da grande alta que o petróleo teve na década de 70, quando houve um aumento médio de 128% no preço do barril, associada ao fato de que, no Brasil, estávamos vivenciando uma fase de intenso crescimento, conhecida como o "Milagre Brasileiro".

O nosso PIB, em 1973, aumentou em 11,4%, índice até hoje não superado. Esse progresso estava atrelado à necessidade de mais energia, e a nossa balança comercial começava a demonstrar um desequilíbrio muito grande, devido à constante importação de petróleo. Era preciso achar mais reservas, extrair mais petróleo das nossas jazidas para que ficássemos desvinculados do mercado externo e pudéssemos equilibrar as finanças públicas.

O interessante é constatar que a referida alta de petróleo na verdade significou a subida do barril de U\$ 3,01 para U\$ 11,65! Apenas para traçar um paralelo entre aquela época e a atual: na década de 70, vigorava o monopólio e a alta do preço do barril - de U\$ 3 para U\$ 11 dólares-, associada a desequilíbrios permanentes na balança comercial, levou à adoção do regime de contratos de risco, a fim de agilizar o processo de pesquisa e de lavra do petróleo.

Atualmente, o Brasil está a um passo da auto-suficiência, a ser plenamente atingida em 2006. Produz-se 90% daquilo que se consome e, em 2006, chegar-se-á aos 100%. No mercado externo, a alta do petróleo é assustadora: o barril do óleo cru, negociado no dia 25 de outubro de 2004, na Bolsa Mercantil de Nova



torque, atingiu a marca de U\$ 55,67. Nesse mesmo dia, foi divulgada a notícia de que a Balança Comercial do País acumula um superávit anual na ordem de U\$ 27,476 bilhões.

A despeito de todo esse panorama favorável ao resguardo das reservas de petróleo brasileiras - encontrando-se novas jazidas e explorando-as, ou não, a depender da demanda de abastecimento do mercado interno, guardando-se as jazidas que forem localizadas para eventuais necessidades futuras, se por acaso o consumo nacional já estiver garantido -, a perdurar o modelo imposto pela Lei nº 9.478/97, estar-se-á transferindo a propriedade do petróleo para as empresas exploradoras e, o que é pior, por meio de contratos firmados com prazos muito longos, de quase três décadas.

Esta questão remanesce duvidosa: se for alcançada a auto-suficiência da maneira como se espera, em 2006, o que se fará com o petróleo que exceder às necessidades internas? Será exportado e, com isso, o Brasil receberá o ínfimo pagamento de 10% - podendo inclusive chegar a 5%, a depender dos "riscos geológicos, expectativas de produção e outros fatores pertinentes", conforme dispõe o § 1º do artigo 47 da referida lei⁹ - a título de *royalties*, acrescido de mais umas migalhinhas¹⁰ previstas no artigo 45 da citada lei? Ficarão o País sem reservas, ou com poucas, para o futuro?

Essa posição, longe de ser desarrazoada ou fruto de um nacionalismo histórico, reflete a política atual do governo norte-americano. Os Estados Unidos possuem a maior reserva estratégica de petróleo, implementada desde a crise de 1973-74. O presidente norte-

ADI 3.366 / DF

americano, George W. Bush, chegou recentemente a ordenar que as reservas atuais fossem ampliadas e que atingissem a capacidade máxima em 2005. O Departamento de Energia estadunidense permanece com a política de, a qualquer preço, extrair petróleo em outras regiões e manter as reservas norte-americanas intactas, sob o inaceitável argumento de que as jazidas se encontram muito profundas e que seriam de difícil exploração.

A Assembléia Constituinte de 1988 foi marcada pelas crises internacionais do petróleo e pelo receio de que os contratos de risco pudessem prejudicar os interesses da Nação. Daí a redação original da norma relacionada à exploração dos recursos minerais em geral - artigo 176 - e do petróleo em particular - artigo 177:

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 brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 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.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

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 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.

§ 2º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

Logo, da leitura do § 1º do artigo 177, na redação original, depreende-se que se vedou a possibilidade de a União instituir novos contratos de risco, mantidos apenas os que já estivessem em vigor para a pesquisa do petróleo. Além disso, fez-se ressalva no artigo 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. As refinarias em atuação no País ficaram excluídas da previsão do monopólio.

Esboçada essa visão, é chegada a hora de algumas considerações sobre o que se entende como monopólio. Tal conceito sempre esteve associado a uma atividade empresarial, mas não pode

ADI 3.366 / DF

ser confundido com simples autorização administrativa, na qual a Administração Pública aquiesce com o exercício de uma conduta eminentemente privada, implementada no interesse particular, e submetida a controle apenas para verificar se não há qualquer tipo de gravame ao interesse público.

Ora, se o monopólio previsto na Carta da República se fizesse no sentido da Lei nº 9.478/97, de fato não haveria mais qualquer tipo de monopólio, e sim mera autorização administrativa, porque ao Governo caberia tão-somente fiscalizar a execução das atividades por particulares, de modo que tais condutas, desenvolvidas com o fim de atender ao interesse particular, não viessem a ofender o interesse público. Isso, obviamente, nada tem a ver com o conceito de monopólio! Seria interpretar a Constituição Federal a partir da lei, em uma clara inversão de valores hermenêuticos.

O conceito de monopólio, em sua origem, é de natureza econômica e significa dizer que alguém possui o controle exclusivo do comércio de certa mercadoria. Poder-se-ia afirmar, admito, que o termo não conduz, necessariamente, ao controle de toda a propriedade do bem, de modo que, mesmo quem detenha a atividade monopolizada, poderá dispor de parte dessa propriedade.

Bem diversa, entretanto, é a situação prevista na cabeça do artigo 26 da Lei nº 9.478/97, por meio da qual se pretende transferir totalmente a propriedade do petróleo aos concessionários. Esse regime não se coaduna com o monopólio estabelecido

constitucionalmente, porque retira da União qualquer ingerência sobre a propriedade do bem, passando apenas a regular a atividade comercial exercida pelos particulares. Repita-se: monopólio não se confunde com autorização administrativa, porque a finalidade daquele é garantir a atuação de acordo com o interesse coletivo, preservando o interesse público, enquanto esta atende a objetivo eminentemente privado.

A Emenda Constitucional nº 9/95 deu nova redação ao § 1º do artigo 177 e inseriu o atual § 2º, a saber:

[...]

§ 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.

[...]

Em momento algum, houve quebra do monopólio, mesmo porque a própria redação do artigo 177, cabeça, remete a tal fato, norteando o sentido jurídico-constitucional do parágrafo. O controle continua pertencendo à União. Apenas a partir da Emenda Constitucional nº 9, a execução das operações deixou de ser exclusiva da Petrobrás, de modo que atualmente pode ser efetuada por

outras empresas, mediante contrato de prestação de serviços. Eis o sentido da expressão "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", contida no § 1º do artigo 177, cujo comando encerra o núcleo, o monopólio.

Essa nova modalidade operacional longe fica de implicar quebra. A execução das atividades sim, em vez de se realizar de forma direta, agora pode ser implementada indiretamente, por meio de empresas diversas e de capital integralmente privado. As atividades sujeitas ao regime do monopólio continuam submetidas à titularidade, à jurisdição e ao controle do Estado. Isso significa que, terminada a fase de pesquisa e de exploração, uma vez descoberto o campo, a contratante já prestou o serviço para o qual foi contratada, podendo retirar-se da área ou nela continuar, sem a perda, pela União, da propriedade alcançada.

A forma de contraprestação devida à empresa particular é, de fato, uma escolha política. O argumento de que, sem contratos de concessão com transferência total da propriedade do bem, não haverá interessados em explorar, porque o risco da atividade é muito grande, apresenta-se falacioso e não se coaduna com a verdade. A história mostra-se pródiga e revela que existiram e existem diversas modalidades operacionais, todas elas atraindo empresas e remetendo-lhes a lucros exorbitantes e riquezas incalculáveis: pode ser a remuneração pelos serviços prestados, a opção de compra do petróleo descoberto a preços mais vantajosos do que o estipulado no mercado

ADI 3.366 / DF

internacional ou a partilha da produção. O que não se admite, porquanto não há qualquer dispositivo constitucional que, interpretado, assim o permita, é a transferência integral da propriedade para a empresa concessionária, desconhecendo-se o sentido vernacular e técnico do vocábulo "monopólio" alçado ao patamar mais seguro que é o constitucional.

Sendo o petróleo um bem público especial, o Estado não pode dele dispor ao livre arbítrio. Primeiro, em razão de possuir destinação específica, que é atender às necessidades de consumo do mercado interno, conforme previsão expressa do artigo 177, § 2º, inciso I, da Constituição Federal. Segundo, pelo fato de o petróleo não se caracterizar como uma simples mercadoria, uma *commodity*, porque é um bem estratégico que se traduz em soberania.

O principal argumento que justificou a edição da Emenda Constitucional nº 9/95 foi a necessidade de investimentos externos para financiar as atividades de exploração. Tais investimentos são realmente necessários e bem-vindos. Entretanto, vincular a participação das empresas privadas à entrega da propriedade do bem é desconhecer como o mercado internacional de petróleo opera e operou ao longo desse tempo, é esvaziar totalmente o instituto do monopólio, tornando-o ausente de qualquer significado, um mero penduricalho constitucional desprovido de substância. Cabe frisar mais uma vez: mundialmente, o regime de concessões vem sendo progressivamente abandonado, porque significa perda da propriedade e, conseqüentemente, de soberania.

A opção pelo tipo de contrato adotado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não pertence ao Poder Judiciário. Todavia, uma leitura mais aprofundada sobre o tema mostra que não é verdadeira a alegação maniqueísta de que ou se transfere a propriedade do petróleo ou nenhuma empresa terá interesse em investir na pesquisa e na lavra do produto no Brasil.

O argumento de que ou se tem monopólio com exploração exclusiva da Petrobrás ou, então, concessão com transferência total da propriedade é falso, porquanto resulta no desconhecimento dos vários tipos de contratos firmados, nesse setor, pelo mundo e que, inclusive, já foram praticados no Brasil, tanto no período em que a Petrobrás explorava diretamente, como na época dos contratos de risco.

Vale destacar que existem outras formas contratualmente possíveis para que as empresas privadas possam operar no mercado de petróleo brasileiro, sem que isso signifique diminuição de soberania. Se a Petrobrás não tem condições de satisfazer a necessidade nacional de pesquisa e de lavra de petróleo, argumento de todo improcedente, que se façam contratos com outras empresas, uma vez que o monopólio da execução da atividade foi, de fato, mitigado com a Emenda Constitucional nº 9/95. Não se venha dizer, no entanto, que a transferência de propriedade é o único meio possível ou que, pior, está autorizado pela Carta Federal, porque esse argumento perigoso pode levar a uma situação de

ADI 3.366 / DF

dependência irreversível, além de encerrar menosprezo inconcebível do texto constitucional.

Não se trata de defender esta ou aquela opção política de tipo contratual. O que não se aceita é querer fazer conviver dois regimes, por natureza, incompatíveis: o monopólio e a transferência total de propriedade, em regime de concessão. Se o Poder Judiciário não pode se imiscuir em decisões de natureza política - e o tipo de contrato que virá a ser assinado entre o poder concedente e as empresas exploradoras representa, sem dúvida, uma opção política -, também não pode fechar os olhos e ignorar que determinada norma, em vez de tentar preservar o interesse público, na verdade garante interesses particulares e, para tanto, faz escorrer o patrimônio público, a riqueza nacional, e, com isso, a soberania, a independência, a possibilidade de crescimento. Repito: não é possível a convivência do regime do monopólio, previsto na Constituição que Ulisses Guimarães apontou como cidadã, com a transferência integral de propriedade!

Da mesma forma, não cabe argumentar que o artigo 176, que prevê a possibilidade de o concessionário ficar com a propriedade da lavra dos recursos minerais, também se aplica ao petróleo. Esse tipo de interpretação mostra-se impossível e iguala-se a dizer que verde é amarelo. Ainda que admitamos, em exercício de retórica, a convivência de várias escolas de interpretações diferentes, simplesmente esse tipo não se encaixa em nenhuma delas. Pelo método da evolução histórica, constatamos que o petróleo é

tratado de maneira autônoma desde 1938, e que constitucionalmente essa separação vem da Carta de 1967. Na interpretação literal, ou exegética, veremos que o artigo 177, em nenhum momento, expressa a possibilidade de se transferir a propriedade, ao contrário do artigo 176, sendo eloqüente o silêncio, o cuidado diferenciado, presente a cláusula reveladora do monopólio quanto ao petróleo, e não em relação às demais jazidas de minerais. Pela interpretação sistemática, aliada do princípio da unidade constitucional, é comum afirmar-se que a Carta da República é um todo uno de preceitos que possuem a mesma importância normativa, de maneira que não se pode adotar na interpretação axiomas da anterioridade ou da generalidade, para que se faça prevalecer um dispositivo sobre outro. Aliás, pela leitura dos debates ocorridos no Senado Federal, relativos ao projeto da futura Lei nº 9.478/97 e registrados no Diário daquela Casa, percebe-se que os senadores se manifestaram no sentido de assentar a diferença de tratamento existente entre o artigo 176 e 177 da Constituição Federal, apenas este se aplicando ao petróleo.

A Emenda nº 12 ao projeto da referida lei foi apresentada pelo então senador, e hoje Governador do Estado do Ceará, Lúcio Alcântara e versava sobre a necessidade de alteração da cabeça do artigo 26, por entender que não se coadunava a transferência de propriedade para o concessionário com o monopólio da União sobre o petróleo. Esclarecedores foram os argumentos despendidos, nos debates que antecederam a aprovação daquela lei,



pelo ex-senador José Eduardo Dutra, um dos líderes do Partido dos Trabalhadores na época e atual Presidente da Petrobrás:

Procuramos reafirmar que o monopólio é da União. Lembramos aos Srs. Senadores que a combinação da redação do artigo 26 com o artigo 60 dará um poder absurdo a possíveis empresas que aqui virão explorar petróleo, por exemplo, na Bacia de Campos, e que depois terão todo o poder de exportá-lo. [...] Lembramos aos Srs. Senadores que na Argentina, quando do processo de privatização, houve aumento da produção de petróleo, aumento que decorreu de uma lavra absolutamente predatória, que fez com que o tempo de duração das reservas argentinas fosse diminuído em proporção muito maior do que o aumento da sua produção. A combinação do art. 26, como está redigido, com o art. 60 permite que uma empresa exploradora de petróleo, independentemente das necessidades do Brasil, produza a quantidade de petróleo que quiser, sem se preocupar com a manutenção das reservas e depois o expor-te. [...]

Portanto, Sr. Presidente, Sr^s e Srs. Senadores, entendemos que a redação do art. 26, como está proposto pelo nobre Senador Lúcio Alcântara, repõe aquilo que era dito quando da defesa da flexibilização do monopólio do petróleo, ou seja, que o monopólio continua nas mãos da União. [...]

Portanto, sem qualquer ranço, sem qualquer concepção atrasada, arraigada, entendemos que essa emenda está de acordo com tudo aquilo que foi dito até aqui quando da votação da mudança do art. 177 da Constituição, que trata do petróleo. Por isso, encaminhamos favoravelmente a esta emenda do Senador Lúcio Alcântara, do PSDB.

Em síntese: pensaram juntos o Partido da Social Democracia Brasileira e o Partido dos Trabalhadores de outrora, o que, entretanto, não foi suficiente. A Emenda nº 12 ao projeto de lei não conseguiu ser aprovada, mas obteve todos os votos dos que, na ocasião, estavam em oposição ao Governo de Fernando Henrique Cardoso.

O memorial entregue pela Advocacia-Geral da União quer fazer crer que aquilo que a Carta Federal expressamente não proibiu está permitido! Ora, isso é presumir o teratológico! Se desde 1938 o

ADI 3.366 / DF

petróleo é tratado de maneira separada dos demais minérios, se desde 1953 o monopólio instituído significou ter controle do produto da lavra e, ainda, se, na Lei Maior de 1967, esse monopólio foi alçado à condição de norma constitucional - fato este que se repetiu na Emenda Constitucional nº 1/69 e na Carta da República de 1988, na redação original e na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 9/95 -, somente o hermenauta mais criativo pode agora dizer, a partir de uma técnica de interpretação totalmente desprovida de qualquer embasamento histórico, teleológico, sistêmico ou literal, que a Constituição Federal autoriza a convivência do monopólio da União e da transferência total da propriedade do petróleo para quem o explore. Esse regime de transferência de propriedade no Brasil somente era possível antes do monopólio. Jamais depois dele.

Quando analisado o contexto histórico em que as coisas aconteceram, percebe-se justamente o oposto: o monopólio surgiu em oposição ao regime de concessão, no qual havia transferência de propriedade.

E ainda há outros óbices, notados quando se examinam os incisos V e IX do artigo 20 da Constituição Federal de 1988, que assim prevêem:

Art. 20. São bens da União:

[...]

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

[...]

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

O petróleo, dessa forma, constitui um bem público, por pertencer à União. Entretanto, não pode ser considerado um bem público dominical, uma vez que, diferentemente dos que compõem tal classe, possui destinação pública específica. Cumpre analisar a cabeça do artigo 173, presente o inteiro teor do artigo 177 da Constituição Federal:

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. (grifos não originais)

[...]

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. (grifos não originais)

O bem público dominical, ou dominial, é justamente aquele que não tem afetação a um destino público específico. É próprio do Estado como objeto de direito real, enquadrando-se no conceito de patrimônio disponível. Hely Lopes Meirelles¹¹ o define com precisão:

Bens dominiais, ou do patrimônio disponível, são aqueles que, embora integrando o patrimônio público como os demais, **deles diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim, ou mesmo alienados pela Administração se assim o desejar.** Daí por que recebem também a denominação de bens patrimoniais disponíveis, ou de bens do patrimônio fiscal. Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de direito real ou pessoal, isto é, sobre eles a Administração exerce poderes de proprietário, segundo os preceitos de direito constitucional e administrativo, na autorizada expressão de Clóvis Beviláqua. (grifos não originais)

Ora, classificar o petróleo como bem público dominical significaria dizer que a União poderia dispor dessa propriedade sempre que bem entendesse, ou ainda, que poderia aliená-la sempre que desejasse, observados necessariamente os requisitos previstos em lei. Esse não é o alcance fidedigno da Carta de 1988, que a todos submete.

Da leitura da cabeça do artigo 173 da Constituição Federal, depreende-se que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente pode ocorrer quando for necessária aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. E o monopólio da União, previsto no artigo 177, foi estabelecido justamente para obedecer a tais ditames de preservação do interesse público e da soberania nacional. Pode-se afirmar, sem contestação, com um mínimo de honestidade intelectual, que o petróleo é um bem público que possui destinação específica. A propriedade desse minério, garantida pelo regime do monopólio, visa exatamente a proteger o interesse coletivo e a soberania nacional. Essa é a destinação pública a que a propriedade do petróleo está sujeita.

E mais: de acordo com o inciso I do § 2º do artigo 177, a lei que estipular as condições por meio das quais a União poderá contratar com empresas privadas deverá obrigatoriamente determinar a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em território nacional. Em outras palavras, independentemente da natureza jurídica do contrato estabelecido, ou dos termos em que ocorrerá a participação da empresa privada, o contrato deverá conter, necessariamente, uma cláusula mediante a qual se assegure o fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional. Tal garantia, sem dúvida, constitui limitação ao livre exercício da propriedade do petróleo, que não poderá ser alienado por mera disponibilidade de vontade da Administração Pública, ou

seja, ele não poderá ser exportado ou vendido a particulares sem que se tenha preservado o abastecimento interno.

Neste ponto, destaco o fato de a Constituição Federal apenas mencionar que a União poderá contratar com empresas particulares ou privadas para a realização das atividades previstas - artigo 177, § 1º -, mas não determina que isso ocorra por meio de contratos de concessão, o que somente foi estabelecido pela Lei nº 9.478/97, cujo artigo 5º dispõe:

As atividades econômicas de que trata o artigo anterior serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

É necessário fazer ainda a distinção quanto à utilização dos bens públicos, se de uso comum ou de uso especial - classificação que não se confunde com a dos próprios bens (de uso comum, dominicais ou especiais).

O uso dos bens públicos será comum, ou ordinário, quando observados os fins inicialmente previstos, de acordo com os objetivos e a destinação primeira. Como exemplo, tem-se o uso das vias para tráfego de veículos, ou de universidades para aulas e palestras.

De outra maneira, a utilização dos bens públicos poderá ser especial, ou seja, quando a aplicação do bem fugir àquela finalidade propedêutica, em casos em que houver alteração no destino



final do bem. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹² explica melhor:

Além do uso comum dos bens de uso comum, isto é, deste uso livre, podem ocorrer hipóteses em que alguém necessite ou pretenda deles fazer usos especiais, ou seja, que se afastem das características dantes apontadas, por implicarem *sobrecarga* do bem, *transtorno* ou *impedimento para a concorrente e igualitária utilização de terceiros* ou ainda por demandarem até mesmo o desfrute de uma *exclusividade* no uso sobre parte do bem. Em tais situações, ora será indispensável (a) a prévia manifestação administrativa concordante (autorização de uso ou permissão de uso), ora será necessário (b) dar prévia ciência à Administração de que se pretende fazer determinada utilização de um certo bem público de uso comum, para que o Poder Público possa vetá-la, se for o caso. Com efeito, nesses casos não mais se estará ante o uso comum, mas ante usos especiais.

A possibilidade de se empregar um bem público estratégico para fins de exploração econômica, obtendo vultosos lucros, enquadra-se na modalidade de uso especial. Eis a razão por que deverá haver um contrato, por meio do qual a Administração Pública manifestará expressa concordância com a exploração econômica do bem público por terceiros, para atender também a fins particulares, tendo ainda de ser precedido de licitação, em obediência à moralidade e à impessoalidade que devem pautar as atividades do Governo.

Assim, conclui-se que o petróleo é um bem público especial, a ser explorado pela União diretamente - caso de uso comum - ou por empresas particulares - hipótese de uso especial.

A flexibilização decorrente do regime monopolista, ocorrida com a promulgação da Emenda Constitucional nº 9, de 1995, permitiu que a execução da atividade não mais ficasse a cargo de

apenas uma empresa - a Petrobrás - e sim que pudesse ser compartilhada com outras empresas privadas, mas sempre no intuito de preservar o interesse público.

Justamente quando o preço do barril de petróleo no mercado internacional ultrapassa os 50 dólares e apresenta uma tendência de alta indefinida - em um ano, o preço do petróleo subiu 79%, devido aos constantes conflitos na região do Oriente Médio, à baixa quantidade de novas reservas e ao aumento da demanda -, exatamente quando o País atinge um grau elevado de conhecimento tecnológico e está a um passo da auto-suficiência, pretender-se, considerada a lei e não a Constituição, entregar as riquezas existentes no subsolo do território nacional ao lucro fácil das empresas privadas é vender muito barato aquilo que não tem preço.

Para aqueles que creditam o aumento da produção de petróleo, de 2% a 6,8%, entre 1997 - ano em que sancionada a Lei nº 9.478 - e 2002, apenas à abertura do mercado e à participação das empresas privadas, recente reportagem da revista *Época*, de 25 de outubro de 2004, na Seção *Época Negócios*, tem o condão de desmitificar essa interpretação dos acontecimentos. Isso porque, com o preço do barril cotado acima dos U\$ 50, não há negócio de exploração do petróleo que não seja altamente rentável. E tal fato, mesmo que isoladamente considerado, já teria feito a produção brasileira aumentar. Em 2001, o preço imaginado pelas empresas - Petrobrás, inclusive - para calcular os riscos e os lucros da exploração havia sido de U\$ 18 o barril. Todavia, pouco tempo

depois, o produto já vale bem mais que o dobro, gerando lucros estrondosos.

Antes da alta do petróleo, as reservas de difícil acesso - com mais de 1.500 metros de profundidade -, mesmo já identificadas e delimitadas, não eram exploradas de imediato, porque os custos de produção não eram compensados na venda. Diferentemente, no período de alta constante em que o produto se apresenta no mercado, até as reservas que não eram consideradas prioridade começam agora a ser exploradas. Qualquer campo passa a valer a pena com o preço do produto nos patamares atuais. A própria Petrobrás informa que cerca de vinte descobertas que estavam aguardando desenvolvimento entraram em operação, devido à fantástica alta dos preços.

Vale ressaltar o ponto de vista daqueles que participam ativamente desse negócio. Alessandro Novaes, dono de uma das empresas beneficiadas pela abertura do mercado brasileiro, a W. Washington, chegou a afirmar, na reportagem citada, que, no período de apenas um ano, conseguiu recuperar tudo aquilo que havia sido investido nos campos adquiridos nos leilões. Depois, o resto converteu-se em lucro.

É preciso ainda destacar que os especialistas no setor lembram que, por volta de 2015, a curva da demanda pelo petróleo superará a da oferta. Pela previsão, na ocasião, o preço do barril ultrapassará os cem dólares, causando o terceiro grande choque do petróleo.

Por tudo, cabe ter presente a advertência do professor Fábio Konder Comparato sobre o tema, em artigo publicado na Folha de São Paulo de 24 de setembro de 2004, dia seguinte ao de início do julgamento e no qual antecipei pedido de vista:

É nessa perspectiva global que deve ser interpretado o monopólio instituído pela Constituição nessa matéria. Soberania é poder. E poder não se abandona nem se vende. O petróleo, na verdade, não pertence à União. Pertence à nação brasileira. Seria um escárnio que as autoridades federais, a quem compete primariamente a defesa da nossa soberania, tivessem, por razões rasteiramente financeiras, a licença de leiloar o patrimônio da nação.

Alfim, nunca é demais relembrar as palavras de Cristóvam Buarque sobre a Amazônia - as quais já veiculei neste Plenário, durante o exame da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.399-3 -, em "Para todos os brasileiros", quando o agora Senador da República referiu-se, ainda que indiretamente, ao tema:

Durante debate recente em uma Universidade, nos Estados Unidos, o ex-governador do Distrito Federal, Cristovam Buarque, do PT, foi questionado sobre o que pensava da internacionalização da Amazônia. O jovem introduziu sua pergunta dizendo que esperava a resposta de um humanista e não de um brasileiro. Segundo Cristovam, foi a primeira vez que um debatedor determinou a óptica humanista como o ponto de partida para a sua resposta:

De fato, como brasileiro eu simplesmente falaria contra a internacionalização da Amazônia. Por mais que nossos governos não tenham o devido cuidado com esse patrimônio, ele é nosso. Como humanista, sentindo o risco da degradação ambiental que sofre a Amazônia, posso imaginar a sua internacionalização, como também de tudo o mais que tem importância para a Humanidade. Se a Amazônia, sob uma ótica humanista, deve ser internacionalizada, internacionalizemos também as reservas de petróleo do mundo inteiro. O petróleo é tão importante para o bem-estar da humanidade quanto a Amazônia para o nosso futuro. Apesar disso, os donos

das reservas sentem-se no direito de aumentar ou diminuir a extração de petróleo e subir ou não o seu preço. Da mesma forma, o capital financeiro dos países ricos deveria ser internacionalizado. Se a Amazônia é uma reserva para todos os seres humanos, ela não pode ser queimada pela vontade de um dono, ou de um país. Queimar a Amazônia é tão grave quanto o desemprego provocado pelas decisões arbitrárias dos especuladores globais. Não podemos deixar que as reservas financeiras sirvam para queimar países inteiros na volúpia da especulação. Antes mesmo da Amazônia, eu gostaria de ver a internacionalização de todos os grandes museus do mundo. O Louvre não deve pertencer apenas à França. Cada museu do mundo é guardião das mais belas peças produzidas pelo gênio humano. Não se pode deixar que esse patrimônio cultural, como o patrimônio natural amazônico, seja manipulado e destruído pelo gosto de um proprietário ou de um país. Não faz muito, um milionário japonês, decidiu enterrar com ele um quadro de um grande mestre. Antes disso, aquele quadro deveria ter sido internacionalizado. Durante este encontro, as Nações Unidas estão realizando o Fórum do Milênio, mas alguns presidentes de países tiveram dificuldades em comparecer por constrangimentos na fronteira dos EUA. Por isso, eu acho que Nova York, como sede das Nações Unidas, deve ser internacionalizada. Pelo menos Manhattan deveria pertencer a toda a Humanidade. Assim como Paris, Veneza, Roma, Londres, Rio de Janeiro, Brasília, Recife, cada cidade, com sua beleza específica, sua história do mundo, deveria pertencer ao mundo inteiro. Se os EUA querem internacionalizar a Amazônia, pelo risco de deixá-la nas mãos de brasileiros, internacionalizemos todos os arsenais nucleares dos EUA. Até porque eles já demonstraram que são capazes de usar essas armas, provocando uma destruição milhares de vezes maior do que as lamentáveis queimadas feitas nas florestas do Brasil. Nos seus debates, os atuais candidatos a presidência dos EUA têm defendido a idéia de internacionalizar as reservas florestais do mundo em troca da dívida. Começemos usando essa dívida para garantir que cada criança do mundo tenha possibilidade de ir à escola. Internacionalizemos as crianças tratando-as, todas elas, não importando o país onde nasceram, como patrimônio que merece cuidados do mundo inteiro. Ainda mais do que merece a Amazônia. Quando os dirigentes tratarem as crianças pobres do mundo como um patrimônio da Humanidade, eles não deixarão que elas trabalhem quando deveriam estudar; que morram quando deveriam viver. Como humanista, aceito defender a internacionalização do mundo. Mas, enquanto o mundo me tratar como brasileiro, lutarei para que a Amazônia seja nossa. Só nossa.



A toda evidência, cuida-se de valores nacionais da mais alta relevância, que devem ser preservados. Compromissos, embora já firmados, não podem ameaçá-los, ainda que envolvendo a comunidade internacional. Formalizados à luz da Carta da República, assim presume-se, hão de estar em harmonia com o duradouro, com o patrimônio do povo brasileiro, tão indispensável ao enfrentamento de tempos difíceis.

Imperdoável é a visão míope da subserviência, pouco importando a quadra; imperdoável, gerando frustração ímpar, decepção inigualável, é o entreguismo, a alienação, se possível falar-se em alienação, considerado o caráter imensurável das vantagens que poderão advir dos contratos autorizados na lei; desses contratos que revelam equação perniciosa - 90% para o explorador (da jazida) e 10% para a nação brasileira (porcentagem digna de uma gorjeta), embora seja esta a detentora do monopólio. Estranho e triste monopólio, assegurado constitucionalmente, ante os termos da lei, porque despojado do predicado titularidade.

O imediatismo é vulgar e inexiste política pública, governamental, que não se submeta à Constituição da República, tão mal-amada nos dias que correm. A hora é de reflexão, de análise das questões em jogo, de apego à nacionalidade - que longe fica de implicar isolamento ou saudosismo. O compromisso maior da Corte está voltado à visão fidedigna do que contido na Lei Maior, à preservação do amanhã, devendo atuar, nesse mister, com desassombro. Descabe fechar os olhos à situação, sob pena de menosprezo à Carta Federal,

ADI 3.366 / DF

surgindo omissão a ser cobrada futuramente, como um verdadeiro crime de lesa-pátria.

Defiro o pleito formulado na inicial para declarar a inconstitucionalidade da expressão "conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos", contida no artigo 26, cabeça, bem como do § 3º do mesmo artigo, dos incisos I e III do artigo 28, do parágrafo único do artigo 43 e do parágrafo único do artigo 51, todos da Lei nº 9.478/97.

Indefiro o pedido no que tange ao artigo 60, cabeça, por entender que o setor petrolífero caracteriza-se pela alta especialização, a demandar um monitoramento constante. A criação da Agência Nacional do Petróleo como entidade reguladora, e conforme previsão constitucional, busca evitar práticas abusivas por parte das empresas privadas que poderão explorar petróleo, além de condutas anticoncorrenciais ou concentrações empresariais, bem como procura garantir a qualidade da produção, o abastecimento do mercado interno, a continuidade do serviço, o respeito às questões ambientais, sempre em prol da preservação do interesse público.

É como voto.

¹ Combustível líquido natural constituído quase só de hidrocarbonetos, e que se encontra preenchendo os poros de rochas sedimentares, formando depósitos muito extensos.

² estacam-se algumas exceções: a propriedade dos recursos minerais caberia aos Estados membros, se estivessem localizados em terras devolutas, e à União, quando se achassem nos territórios e ilhas federais bem como nos terrenos de marinha.

ADI 3.366 / DF

³ TAVARES, Flávio. *O dia em que Getúlio matou Allende*. p. 41.

⁴ PIRES, Paulo Valois. *A Evolução do Monopólio Estatal do Petróleo*. p. 84.

⁵ Mais informações sobre a política desenvolvida atualmente na América Latina podem ser encontradas na *AméricaEconomia*. Edição Brasil, de 7 de outubro de 2004, páginas 48 a 50.

⁶ CUNHA, Thadeu Andrade da. "O contrato com cláusula de risco para exploração de petróleo no Brasil". In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 32, n° 127, jul/set. 1995, p. 224.

⁷ Resumo formulado a partir da minuta dos contratos de risco aprovada pela Petrobrás em 29 de janeiro de 1976.

⁸ MARKUN, Paulo. *O Sapo e o Príncipe*. p. 195.

⁹ Assim está disposto na Lei n° 9.478/97: "Art. 47. Os royalties serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

§ 1º Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, **a redução do valor dos royalties estabelecido no caput deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção**". (grifos não originais)

¹⁰ Refiro-me às seguintes participações governamentais: bônus de assinatura, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção da área.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 433.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. pp. 793 e 794.

16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERAL
VOTO

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: A Lei n. 9.478/97 é a lei a que faz referência o § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, na redação a ele atribuída pela EC 9/95. O tratamento da matéria reclama, além da prudência de sempre, a consideração de conceitos indispensáveis a sua compreensão e a prévia superação de alguns equívocos.

01.1. Primeiro desses equívocos: o petróleo seria bem público especial [não dominial], de uso comum da União e de uso especial por empresas particulares.

É surpreendente que um mesmo bem público especial possa ser, concomitantemente, bem de uso comum da União e bem de uso especial por empresas particulares...

Além disso, se fosse bem de uso especial, o petróleo --- como todos os bens de uso comum e de uso especial --- seria inalienável enquanto conservasse essa qualificação, isto é, enquanto afetado a sua destinação; apenas poderia ser alienado ao ser desafetado¹. Como o que o caracterizaria como de uso especial seria a proteção do interesse coletivo e a soberania nacional, a sua desafetação implicaria precisamente que ele já não se prestasse a prover essa proteção... A concepção do petróleo como bem de uso

¹ V. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 17ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.004, pág. 806.

especial conduz à conclusão lógica, porém literalmente incompreensível, de que o petróleo é inalienável! Nada mais é necessário dizer neste apartado.

01.2. Quanto à forma de contraprestação devida à empresa particular, trata-se efetivamente, como anteriormente afirmado, de uma escolha política. A opção pelo tipo de contrato que será adotado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não pertence ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de natureza política. A eleição do tipo de contrato que virá a ser assinado ---valho-me da dicção de quem o afirmou, neste ponto corretamente --- entre "poder concedente" e as empresas exploradoras é, sem dúvida, uma opção política.

Logo, bastará apartarmos o conceito de monopólio do de propriedade, o que farei mais adiante, para que certos tropeços de raciocínio sejam evitados.

01.3. O terceiro equívoco respeita à suposição de que a transferência da propriedade do petróleo aos particulares "não se coaduna com o regime de monopólio estabelecido constitucionalmente, porque retira da União qualquer ingerência sobre a propriedade do bem, passando apenas a regular a atividade comercial exercida pelos particulares". Essa suposição não é verdadeira, o que demonstrarei mais adiante, aludindo ao artigo 60 da lei questionada na presente ADI e ao disposto no artigo 4º da Lei n. 8.176/91. O contratado, como veremos, detém a propriedade do produto, mas não é titular da sua livre disponibilidade.

2

01.4. Por fim, neste passo preliminar do meu voto, desejo apontar a circunstância de o entendimento de que, a partir da Emenda Constitucional nº 9, a execução do monopólio haveria de ser efetuada mediante contrato de prestação de serviços conduziria, se acolhido, à destruição da Petrobras, como também adiante demonstrarei.

02. A Lei n. 9.478/97, disse eu, é a lei a que faz referência o § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, na redação a ele atribuída pela EC 9/95.

A esta Corte incumbe aplicar a Constituição, não reformá-la. Sua reforma, neste ou naquele ponto, há de ser empreendida pelo Poder Constituinte, não pelos Juizes do Supremo Tribunal Federal, qualquer que seja a opinião pessoal de cada um --- antipatia ou simpatia --- quanto à EC 9/95.

Aplico a Constituição. A interpretação constitucional, no nível lingüístico, é *interpretação semântica*, voltando-se à determinação do *significado* das palavras e expressões contidas no texto da Constituição. Vale dizer: refere-se a "normas reveladas por enunciados lingüísticos", estando, como observa CANOTILHO², condicionada pelo *contexto*, na medida em que se opera em condições sociais historicamente caracterizadas. A interpretação da Constituição não é para ser procedida à margem da realidade, sem que se a compreenda como elemento

² Direito Constitucional, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 1.987, pág. 148.

da norma resultante da interpretação. A práxis social, nesse sentido, é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorizações nutridas em idealismo que não a tome, a práxis, como seu fundamento. Ao interpretá-la, a Constituição, o intérprete há de tomar como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá.

03. Fazendo-o --- isto é, aplicando a Constituição como um todo orgânico, ancorado na realidade --- não visualizo incompatibilidade de qualquer ordem entre os preceitos atacados pela ADI e a Constituição do Brasil. A ADI, em verdade, investe contra a EC 9/95; está prenhe de antipatia em relação a ela.

04. O monopólio pressupõe, em princípio, apenas um agente apto a desenvolver as atividades econômicas a ele correspondentes³.

³ Veja-se MODESTO CARVALHOSA (Poder econômico - a fenomenologia - seu disciplinamento jurídico, São Paulo, 1967, pág. 30): o vocábulo "monopólio" tem origem na adição de duas palavras gregas: "monos" só; "polein" vender; *donde vender só*. No mesmo sentido, HAROLD G. FOX, Monopolies and patents; a study of the history and future of the patent monopoly, Toronto, The University of Toronto Press, 1.947, pág. 19. O vocábulo *monopólio* é geralmente entendido, entre nós, como expressivo da posição dominante de um agente econômico. Ora, ainda que o vocábulo passe a idéia de que seu detentor é titular de independência e indiferença no mercado, a sinonímia entre ele e a expressão *posição dominante* é equivocada. Talvez a confusão entre essas expressões tenha origem na tradução do termo "monopoly" para as línguas latinas. "Monopoly", como assinala THOMAS E. KAUPER ("Article 86, excessive prices, and refusals to deal", Antitrust Law Journal, v. 59, 1991, pág. 443), é comparável à expressão *posição dominante* mas não, necessariamente, a *monopólio*.

O monopólio (i) pode decorrer do lícito exercício de uma vantagem competitiva ou (ii) ser instituído mediante lei. O agente econômico, no primeiro caso, valendo-se de sua superioridade em relação aos competidores, logra eliminar seus concorrentes, transformando-se no único a atuar em determinado segmento da economia. Aqui, embora se dê a eliminação dos concorrentes, inexistente prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa. Já no segundo caso [instituição de monopólio mediante lei, *monopólio legal*], tem-se situação diversa: aí o Estado exerce uma opção política, em razão da qual o sistema jurídico atribui a determinado agente a faculdade do exercício, com exclusividade, de uma certa atividade econômica em sentido estrito. Estabelece-se artificialmente [= pela lei] um ambiente impermeável à livre iniciativa; a ausência de concorrência é total. Qualquer outro agente econômico que se disponha a explorar a atividade monopolizada estará impedido de fazê-lo --- a lei não admite essa exploração.

Os monopólios legais dividem-se, por sua vez, em duas espécies: (i) os que visam a impelir o agente econômico ao investimento e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia.

Transitamos, quando diante daquele primeiro tipo de monopólio, pela seara da chamada *propriedade industrial*: da e na proteção dos patentes, marcas, *know-how* etc. emerge autêntico monopólio privado; ao detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração.

O segundo tipo de monopólio legal consubstancia atuação estatal no domínio econômico: o Estado assume o exercício de determinada atividade em regime de monopólio, em cumprimento a preceito contemplado no plano constitucional.

05. Reportando-me ao que escrevi alhures⁴, lembro que é atribuída a ARISTÓTELES a cunhagem do vocábulo *monopólio*⁵, usado, n' A Política⁶, para referir expediente de que se valeu TALES DE MILETO visando à enriquecer. Conta ARISTÓTELES que o filósofo, dispendo de pequena quantidade de dinheiro, assegurou para si o direito de utilizar todos os lagares de azeite de Mileto e Quio; chegando o momento favorável, diante de demanda inesperada, TALES os sublocou, os lagares, sob as condições que desejava. Tendo assim acumulado uma soma considerável --- diz ARISTÓTELES --- provou ser fácil para os filósofos enriquecer quando queiram, ainda que isso não seja objeto de sua ambição. Mas, ainda que TALES assim tenha feito prova de sabedoria, o expediente que adotou para fazer fortuna é válido para qualquer pessoa que possa assegurar a si mesmo um *monopólio*. E prossegue ARISTÓTELES observando que certas cidades

⁴ Monopólio de atividade econômica - Petrobras - Propriedade e empresa - Bens públicos, in RDA 222:361-364.

⁵ FRITZ MACHLUP, em sua clássica obra The political economy of monopoly, identifica a seguinte cronologia dos monopólios, na história antiga: 347 a.C. - a palavra "monopólio" é utilizada, pela primeira vez, na Política de Aristóteles; aproximadamente 30 d.C. - Tiberius introduz a palavra "monopólio" na língua latina em um comunicado ao Senado; aproximadamente 79 d.C. - Plinius faz referência às reclamações dos cidadãos contra os excessos dos monopólios; 483 d.C. - Zenão proíbe todos os monopólios, quer aqueles criados em virtude de decreto imperial ou da ação privada.

⁶ A Política, I, 11, na trad. de J. Tricot, quatrième tirage, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1.982, pág. 70.

empregam esse expediente quando à busca de dinheiro: criam monopólios de certas mercadorias.

A exploração dos monopólios pelo poder centralizado era também praticada em Roma, onde a exclusividade da atividade de comercialização do sal assegurava ao governo grande parte de suas rendas⁷. Já no final do Império, para aumentar os recursos do Estado, o número de monopólios concedidos aos particulares mediante retribuição multiplicou-se de forma a abranger toda a distribuição de alimentos⁸.

A prática da concessão de privilégios [i.e., a concessão do direito à exploração de monopólios de determinadas atividades] pelos soberanos foi muito difundida, tanto na Idade Antiga, quanto na Idade Média⁹.

Posteriormente, na Inglaterra, a contestação aos monopólios até então tidos como lícitos expressava, na realidade, contestação ao poder do monarca que os concedia. É paradigmático o "Caso dos Monopólios"¹⁰, de 1.603, quando se decidiu pela ilegalidade do monopólio da atividade de fabricação e importação de cartas de jogo, que havia sido

⁷ HAROLD G. FOX, Monopolies and patents, cit., pág. 20, sobre o sistema de comércio na Roma antiga: "The Roman theory of trade was that of free competition, but the practice of obtaining exclusive sale was so widespread that the Senate received many complaints on the subject" (pág. 22).

⁸ HAROLD G. FOX, Monopolies and patents, cit., pág. 22. Essa política de monopólios foi regulamentada pelo Édito de Zenão (ou Zeno), de 483.

⁹ FRANCESCHELLI (Trattato di diritto industriale, Milano, I, 1960, pág. 77) dá destaque ao processo que culminou na distinção entre monopólios lícitos e ilícitos: a outorga de monopólios, na medida em que a "causa publicae utilitatis vel necessitatis", era justificada

¹⁰ 11 Coke 84, 77 Eng.Rep. 1260 (K.B. 1603).

concedido pela Rainha a Edward Darcy. Segue-se, em 1.624, o Statute of Monopolies, que proíbe a sua indiscriminada concessão pela Coroa --- *crown-granted monopolies*, como dizem os de língua inglesa --- limitando-os aos que correspondem às patentes de invenção.

06. É bem evidente que, no evoluir do tempo, as referências feitas aos monopólios estiveram sempre vinculadas ao desenvolvimento exclusivo de uma *atividade*, geralmente a atividade de comercialização de determinado bem. Em outras palavras, a atenção social atribuída ao tema dos monopólios está, desde sempre, visceralmente ligada ao *desenvolvimento de uma atividade*, não à propriedade.

Diz FÁBIO KONDER COMPARATO¹¹: “[o] monopólio, portanto, diz respeito a uma atividade empresarial, nada tendo a ver com o domínio e a propriedade”. A propósito, ao dizê-lo, FÁBIO socorre-se de PONTES DE MIRANDA¹², para quem “[m]onopolizar não é desapropriar, nem encampar. Desapropria-se ou encampa-se sem se monopolizar, como se, havendo duas ou mais empresas que exploram determinado ramo de indústria ou de comércio, a entidade estatal desapropria os bens da empresa, ou encampa a empresa, e não se dirige contra as outras. Pode a entidade estatal desapropriar os bens de todas as empresas existentes, sem estabelecer monopólio, isto é, sem proibir que se instalem e funcionem outras empresas com a mesma atividade”.

¹¹ Direito Público - Estudos e Pareceres, Saraiva, São Paulo, 1.996, pág. 148; afirmação reiterada na página 151.

¹² Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1.972, t. 6, pág. 86.

07. O conceito de monopólio efetivamente não se presta a explicitar características da propriedade, de modo que não cabe aludirmos a *monopólio de propriedade*.

Na medida em que *erga omnes*, a propriedade é sempre exclusiva. Isso significa que o conceito de propriedade porta em si a exclusividade [= monopólio] do domínio do bem pelo seu titular. Por isso são redundantes e desprovidas de significado as expressões "monopólio da propriedade" ou "monopólio de um bem".

08. A Constituição do Brasil enumera, em seu art. 177, *atividades* que constituem monopólio da União [v.g., pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, refinação de petróleo, importação e exportação de produtos derivados de petróleo, transporte marítimo de petróleo bruto etc.] e, em seu art. 20, os *bens* que são de sua exclusiva propriedade [terras devolutas, ilhas fluviais, mar territorial, terrenos de marinha, recursos minerais, sítios arqueológicos etc.]¹³. *Atividades* e *bens*, uma coisa distinta da outra.

Por isso não é adversa à Constituição a existência ou desenvolvimento de uma atividade econômica sem que a propriedade do bem empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade --- o que também é afirmado por FÁBIO KONDER COMPARATO¹⁴. Dizendo-o de outro modo: o conceito de atividade

¹³ As Constituições de 1.946 e de 1.967-69 facultavam aos Poderes Públicos, sob certas condições, "monopolizar determinada indústria ou atividade".

¹⁴ Direito Público - Estudos e Pareceres, cit., pág. 152: "... o agente executor do monopólio não precisa ter a propriedade dos bens, móveis ou imóveis, utilizados na exploração da atividade monopolizada, podendo, por exemplo, tomá-los em arrendamento de terceiros".

econômica [enquanto atividade empresarial] prescinde da propriedade dos bens de produção.

09. Os juristas tradicionalmente se valem dos ensinamentos da teoria econômica para acolher a definição da empresa como "organismos econômicos, que se concretizam na organização dos fatores de produção e que se propõem à satisfação das necessidades alheias, mais precisamente, das exigências do mercado geral"¹⁵; o conceito de empresa firma-se na idéia de que ela é o exercício da atividade produtiva¹⁶. Por atividade entenda-se, como anota OSCAR BARRETO FILHO¹⁷, "a série coordenada e unificada de atos em função de um fim econômico unitário. (...) A prática reiterada" de "atos negociais, de modo organizado e estável, por um mesmo sujeito, visando a uma finalidade unitária e permanente, cria, em torno desta, uma série de relações interdependentes que, conjugando o exercício coordenado dos atos, o transmuda em *atividade negocial*. Essa atividade (...) manifesta-se economicamente na empresa e se exprime juridicamente na titularidade do empresário e no modo ou nas condições de seu exercício".

Por isso a empresa [= atividade] não pode ser confundida com o complexo de bens que possibilita seu desenvolvimento [= estabelecimento].

¹⁵ RUBENS REQUIÃO, Curso de direito comercial, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 1.977, pág. 47.

¹⁶ Idem, pág. 57.

¹⁷ Teoria do estabelecimento comercial, São Paulo, Max Limonad, 1969, páginas 18 e 19. Em idêntico sentido, SYLVIO MARCONDES, Problemas de direito mercantil, São Paulo, Max Limonad, 1970, pág. 136.

De outra parte, a propriedade do resultado da atividade --- vale dizer, propriedade dos produtos ou serviços da atividade --- também não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.

10. Do monopólio da atividade trata, no caso, o artigo 177 da Constituição; da propriedade detida pela União em relação a determinados bens, o artigo 20.

Tem-se bem presente, destarte, a separação que se manifesta tanto no mundo do ser, quanto do dever-ser [na medida em que uma e outra suportam regulamentação segundo princípios e regras específicos], entre atividade econômica¹⁸ e propriedade.

Sendo assim, temos que

[i] é perfeitamente possível, em face da Constituição do Brasil, que um monopólio da União seja exercido mediante a utilização, para esse exercício, da propriedade de outrem; e

[ii] a propriedade é sempre exclusiva, isso significando que o conceito de propriedade porta em si a exclusividade [= monopólio] do domínio do bem pelo seu titular; por isso, repito, são redundantes e desprovidas de significado as

¹⁸ Aqui menciono a atividade econômica em geral, não apenas em sentido estrito. Para a distinção entre *atividade econômica em sentido amplo* e *atividade econômica em sentido estrito*, meu A ordem econômica na Constituição de 1988, 9ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.004, págs. 93 e ss.

expressões "monopólio da propriedade" ou "monopólio de um bem".

11. Concluo este momento de meu voto relembrando que o monopólio é de *atividade*, não de *propriedade*. Isso explica porque a propriedade do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos pode ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva do monopólio, contemplada no artigo 177 da Constituição.

Cabe como uma luva, neste ponto, a lição de FÁBIO KONDER COMPARATO¹⁹: "O titular do monopólio público não está obrigado a explorá-lo diretamente, podendo essa exploração ser exercida por outrem, pessoa jurídica de direito público ou privado". E prossegue: "O único ponto discutível, nessa matéria, é o modo de se instituir a delegação do monopólio: por meio de decreto do Poder Executivo, ou por lei. No meu entender, como todo monopólio público em nosso sistema constitucional decorre de norma expressa da Constituição, que excepciona o princípio da livre iniciativa empresarial, somente a lei pode autorizar o seu exercício por pessoa diversa do titular". No caso --- digo eu --- precisamente a Lei n. 9.478/97.

A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuída ao concessionário pelo artigo 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção social capitalista. A concessão seria materialmente impossível sem

¹⁹ Ob. cit., pág. 151; tb pág. 152.

que o proprietário se apropriasse do produto da exploração da jazida. O mesmo se dá quanto ao produto do exercício das atividades contratadas com empresas estatais ou privadas nos termos do § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil. Essas contratações --- contratações, note-se bem; não concessões --- seriam materialmente impossíveis sem que os contratados da União se apropriassem, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos.

Apropriação direta ou indireta --- ênfase --- no quadro das inúmeras modalidades de contraprestação atribuíveis ao contratado, a opção por uma das quais efetivamente consubstancia, como anteriormente afirmado, uma escolha política. O que não cabe é reduzir as contratações com empresas estatais ou privadas, nos termos do § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, ao modelo da prestação de serviços. Voltarei ao tema, mais adiante.

12. Feitas essas observações, prossigo.

A EC 9/95 tornou relativo o monopólio do petróleo.

O § 1º do artigo 177 da CB, em sua redação originária, vedava 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".

A redação do preceito passou a ser a seguinte:

"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".

Extirpada do preceito a proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração petrolífera, seja em espécie [petróleo] ou em valor [dinheiro], a EC 9/95 permite que a União transfira ao "concessionário" a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. Aí um novo regime de monopólio, que é o que a EC n. 9/95 preconiza.

Note-se bem: o monopólio permanece íntegro; não foi extirpado da Constituição; apenas tornou-se relativo em relação ao contemplado na redação anterior do texto da Constituição. Anteriormente, de modo bem amplo, projetava-se sobre o produto da exploração petrolífera. Ia para além da *atividade* monopolizada. A Constituição impedia que a União cedesse ou concedesse 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 --- isto é, a participação dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim dos órgãos da Administração Direta da União, no resultado da exploração de petróleo ou gás natural etc. Esse preceito do parágrafo fazia, como permanece a fazer, exceção ao regime de propriedade das jazidas, matéria da *propriedade* dos bens da União [inciso IX desse mesmo artigo 20].

13. O parágrafo que substituiu o contemplado na redação original da Constituição conteve os efeitos do monopólio no plano da *atividade*, autorizando expressamente a União a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do artigo 177, observadas as condições estabelecidas em lei. Dispõe, diretamente, não sobre a *propriedade* das jazidas, mas sobre a exploração, pela União, da *atividade* monopolizada. Como essa contratação supõe, no modo de produção social capitalista, a apropriação direta ou indireta, pelo contratado, do produto da exploração da jazida, os efeitos do monopólio foram contidos no plano da *atividade*, sem projetar-se sobre o *produto* da exploração petrolífera e sem a inclusão dos riscos e resultados inerentes à atividade. Nesse sentido é que se tornou relativo em relação ao regime anterior, sem deixar, contudo, de caracterizar monopólio de *atividade*.

Permito-me deixar dois aspectos bem vinculados:

[i] a inovação introduzida pela EC 9/95, no sentido de tornar relativo o monopólio, não se encontra na permissão de que a União contrate com empresas estatais ou privadas a sua exploração; desde anteriormente à emenda a União não estava obrigada a explorar o monopólio diretamente; desde sempre essa exploração poderia ser exercida por outrem, pessoa jurídica de direito público ou privado;

[ii] o monopólio de que se trata tornou-se relativo precisamente porque antes da EC 9/95 projetava-se, de modo amplo, sobre o produto da exploração petrolífera; ia, neste sentido, para além da atividade monopolizada; a ausência dessa projeção, no regime da EC 9/95, é que o torna relativo em relação ao regime anterior.

14. A EC 9/95 permite que a União transfira ao "concessionário" os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais.

Ocorre, no entanto, que a Constituição não coloca esse a quem estou a chamar de "concessionário" sob o regime do disposto no artigo 176.

Ao contrário, a ele confere tratamento diferenciado, razão pela qual estou de acordo em que os preceitos veiculados pelos §§ 1º e 2º do artigo 177 da Constituição do Brasil são específicos em relação ao artigo 176. E isso de modo tal que as empresas estatais ou privadas a que refere o § 1º não podem ser chamadas de "concessionárias", eis que titulares de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o artigo 176 da Constituição do Brasil.

A primeira leitura dos preceitos já evidencia que não há concessão, ato administrativo veiculado mediante decreto do Poder Executivo --- que se dá em relação às



jazidas e recursos minerais a que respeita o artigo 176 --- não há concessão, dizia eu, no caso da contratação, com empresas estatais ou privadas, da realização das atividades previstas nos incisos I a IV do artigo 177, autorizada pelo seu § 1º.

15. Permito-me lembrar, ademais, que a propriedade não existe; existem as propriedades --- a propriedade não constitui uma instituição única, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens²⁰. Instituições jurídicas conformadas segundo distintos conjuntos normativos --- distintos regimes --- aplicáveis a cada um deles.

Um é o regime jurídico geral da propriedade do produto das explorações de que trata o artigo 176 da CB; outro é o regime jurídico --- especial em relação àquele²¹ -- do produto da exploração de jazidas de petróleo e gás natural, desdobrado do disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 177.

Não se trata de dizer que o direito de propriedade dos primeiros é mais amplo do que o direito de propriedade destes últimos, visto que cada regime de direito de propriedade manifesta-se, existe tal e qual o ordenamento jurídico o estabelece. Mas é correto dizermos, sim, que a propriedade dos primeiros é mais ampla do que a propriedade

²⁰ Meu A ordem econômica na Constituição de 1988, cit., págs. 215-6.

²¹ Os atributos da especialidade e da generalidade, que apartam as normas gerais das especiais, derivam de um juízo de comparação entre duas normas [NATALINO IRTI, L'età della decodificazione, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1.999, 53 e ss.]. Norma geral e norma especial não são geral e especial em si e por si, mas sempre relativamente a outras normas. Assim, uma norma que é geral em relação à outra, pode ser tida como especial em face de uma terceira.

das empresas estatais ou privadas às quais respeita o § 1º do artigo 177 da CB²².

O artigo 176 --- ainda que o artigo 20, IX da CB estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União --- garantiu ao concessionário da lavra a propriedade do produto da sua exploração, sem estipular qualquer restrição a ela, do que decorre a conclusão de que, existindo concessão de lavra regularmente outorgada, a propriedade sobre o produto da exploração é plena.

É erro nefando o de confundir os recursos minerais --- inclusive os do subsolo, que são bens da União --- isto é, as jazidas, com o que se extrai delas.

16. No caso do petróleo e do gás natural, no entanto, a propriedade de que se cuida não é plena, mas relativa, visto que a comercialização de ambos é administrada pela União, através de uma autarquia sua, a ANP.

Veja-se o artigo 60 da lei questionada na presente ADI, observando-se que, para exportar, exige-se seja

²² Não há limitações aos direitos de propriedade; há limitações tão-somente à *propriedade*. Isso porque os regimes de propriedade são aqueles definidos pela ordem jurídica. Vale dizer: o direito de propriedade só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como o definiu a ordem jurídica. Por certo que, na comparação entre ordens jurídicas distintas, poder-se-á afirmar que nesta, em relação àquela, a propriedade é mais - ou menos - dilatada, em decorrência de ser menos ou mais limitada. Não, porém, que o *direito* de propriedade aqui ou ali seja limitado, neste ou naquele grau. Cada direito de propriedade é direito integral nos quadrantes da ordem jurídica positiva que o contempla (vide RENATO ALESSI, Principi di Diritto Amministrativo, v. II, Giuffrè Editore, Milão, 1.978, p. 590).

atendido o disposto no artigo 4º da Lei n. 8.176/91, observadas as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE. Nos termos do artigo 2º, V, da Lei 9.478/97, compete ao CNPE "estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender às necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, gás natural e condensado, e assegurar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991". O CNPE²³ é órgão de assessoramento da Presidência da República, integrado por Ministros de Estado, cujas propostas são submetidas à apreciação do Chefe do Poder Executivo, órgão ao qual incumbe prover a preservação do interesse nacional. Mais: as resoluções expedidas pelo colegiado passam pelo crivo do Presidente da República.

A propriedade decorrente do disposto no § 1º do artigo 177 da CB é exercida pelo seu titular no quadro dessas políticas, especialmente no que respeita à liberdade de exportar, pois quem decide a respeito dessa possibilidade é o CNPE, sujeitas suas decisões à aprovação do Chefe do Executivo, sendo posteriormente autorizada, ou não, pela autarquia²⁴.

Em suma: o contratado detém a propriedade do produto, mas não é titular da sua livre disponibilidade.

²³ Decreto n. 3.520/00.

²⁴ Decreto n. 2.926/99.

17. Há mais, porém, a distinguir a propriedade afirmada pelo artigo 176 da outra, que decorre do disposto no § 1º do artigo 177. É que jazidas de petróleo ou de gás natural não são licitadas.

O objeto da licitação, no caso, é a pesquisa e lavra inicialmente; apenas haverá propriedade de um ou outro se a pesquisa resultar frutífera. Na hipótese do artigo 176 há concessão da exploração de jazida. Aqui não. Haverá exploração apenas se um ou outro --- petróleo ou gás natural; ou outro hidrocarboneto fluído --- vier a ser encontrado.

Isso é suficiente para evidenciar que cogitamos de objetos distintos e que os preceitos nos §§ 1º e 2º do artigo 177 são especiais em relação ao artigo 176 da Constituição do Brasil; por isso são distintas as propriedades em um e outro caso.

18. Insisto ainda em que à impossibilidade material de concessão sem que o concessionário se aproprie do produto da exploração da jazida corresponde a evidente impossibilidade da contratação prevista no § 1º do artigo 177 sem que o contratado se aproprie direta ou indiretamente do produto da exploração da pesquisa e lavra do petróleo e do gás e seus derivados. A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não pertence ao Poder Judiciário: este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. Opção pelo tipo de contrato a

ser celebrado pela União e as empresas é, sem dúvida, opção política.

De mais a mais, a suposição de que essa contratação deva ser operada sem que a propriedade do produto da exploração seja atribuída direta ou indiretamente aos contratados da União porta em si a proposta de que a Petrobras seja reduzida à condição de mera prestadora de serviços. Pois é certo, como enfatizarei mais adiante, que ela atua, no regime instalado pelo § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, redação da EC 9/95, na qualidade de empresa estatal que explora atividade econômica em sentido estrito e não serviço público; em regime de competição com a empresa privada, portanto.

Seriam desastrosas, para a economia nacional, as conseqüências de eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 26, *caput* da Lei n. 9.478/97.

Tornado relativo o monopólio, a Petrobras perdeu a qualidade de sua executora, que lhe fora atribuída pela Lei n. 2.004/53. Assim, impedidos os leilões, tal como regulados pela Lei n. 9.478/97, a Petrobras resultaria impossibilitada de dar continuidade a sua atividade de pesquisa e lavra, e sua possível exploração, do petróleo e do gás natural.

Permito-me anotar a circunstância de, nessas condições, a Petrobras ficar impedida de renovar, de repor os seus projetos de pesquisa, imprescindíveis à manutenção do ciclo produtivo do petróleo, recurso natural não-

renovável, como bem anotado pelo Autor, mas que reclama a pesquisa e descoberta de novas jazidas para a sua manutenção. Observe-se, ademais, ser notória a participação extremamente relevante da Petrobras nos blocos leiloados, alcançando, no sexto leilão realizado, 91% dos blocos adjudicados.

19. Note-se bem que, não sendo prestadora de serviço público, a Petrobras não pode ser concebida como delegada da União.

Embora, na dicção do Ministro Carlos Britto, possa ser tida como "expressão do setor público, e não do setor privado da Economia", explora atividade econômica em sentido estrito, estando sujeita, portanto, ao disposto no § 1º, II, do artigo 173 da Constituição do Brasil. Vale dizer: está sujeita ao "regime jurídico próprio das empresas privadas". Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios, as contratações previstas no § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil.

A União não poderá, *ex vi* do disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição, contratá-la senão mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, observadas as condições estabelecidas na lei prevista no § 1º do artigo 177 da Constituição²⁵.

²⁵ A lei referida no § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil é especial em relação à Lei n. 8.666/93; ao caso não se aplica, portanto, o disposto no inciso VIII do artigo 24 desta última

Seriam realmente desastrosas, logo se vê, para a economia nacional, as conseqüências de eventual declaração de inconstitucionalidade do artigo 26, *caput* da Lei n. 9.478/97. Impedida de licitar a contratação da realização das atividades previstas no artigo 177, incisos I a IV da Constituição --- objetivo da ADI --- a União não poderia valer-se, diretamente, da Petrobras para tanto.

O argumento segundo o qual esta poderia comercializar o petróleo da União porque a sua propriedade [dela, Petrobras] é detida pela União não se sustenta. Pois é certo que mesmo para contratar unicamente a comercialização de petróleo a União teria de licitá-la. De qualquer modo a Petrobras, transformada em simples agente comercial da União, feneceria, ao passo que resultaria marcante e marcadamente sacrificada a exploração do petróleo e do gás natural entre nós.

Vê-se bem, destarte, que quem investe contra o disposto no artigo 3º da Constituição do Brasil é, na verdade, a ADI; não a lei por ela contestada.

Ela sim, a ADI --- *data venia* do eminente Ministro Carlos Britto --- abespinha a Petrobras, em última instância afrontando a soberania e o desenvolvimento nacionais. Permito-me repetir: a interpretação da Constituição não é

[“aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”].

para ser procedida à margem da realidade, sem que se a compreenda como elemento da norma resultante da interpretação; interpretações corretas são incompatíveis com teorizações nutridas em idealismo que não a tome, a práxis, como seu fundamento; ao interpretá-la, a Constituição, o intérprete há de tomar como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá. No caso, se não a História, a estória parece repetir-se. Antes se afirmava, em afronta à soberania nacional, que não existiria petróleo no subsolo brasileiro, não haveria razão a justificar a criação da Petrobras. Hoje --- não importa a boa ou perniciososa intenção de quem o pretenda, ingenuamente ou não --- se a pretende inviabilizar como empresa que integra o patrimônio nacional.

20. Insisto em que a ADI, ela sim, investe contra o disposto no artigo 3º da Constituição do Brasil.

Pois é certo que, a acatar-se a linha de raciocínio nela eleito, isolado da práxis, tomando-se os textos destacadamente do todo no qual se compõem, a acatar-se essa linha de raciocínio a Petrobras já teria sido, desde 1.988, desmilingüida.

Demonstro-o.

Dizia o § 1º do artigo 177 da Constituição de 5 de outubro de 1.988, em sua redação de então:

“§ 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.

Aí se encontravam dois distintos comandos:

[i] o monopólio inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades; e

[ii] é 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 § 1º do artigo 20.

Uma das interpretações possíveis desse parágrafo conduziria às seguintes conclusões:

[a] o primeiro comando aplicava-se a todas as atividades discriminadas no *caput* do artigo 177; o segundo, apenas às atividades de exploração de jazidas de petróleo ou gás natural --- ressalvado o disposto no § 1º do artigo 20;

[b] a Lei n. 2.004/53 não teria sido *recebida* pela Constituição, dado que os riscos e resultados das atividades de exploração de jazidas de petróleo ou gás natural --- bem assim das demais, incisos II a

IV do artigo 177 --- sendo exclusivos da União, não poderiam mais ser atribuídos à Petrobras;

[c] ademais, ainda que perseverasse a empreendê-las, a Petrobras não poderia participar, em espécie ou em valor, dos resultados da exploração de jazidas de petróleo ou gás natural.

Ao aniquilamento da Petrobras --- ao qual levaria a procedência da presente ADI --- já se teria chegado se esse tipo de interpretação do texto do § 1º do artigo 177 da Constituição de 5 de outubro de 1.988, em sua redação de então, fosse consagrado.

As conclusões não são, porém, corretas, seja porque não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços²⁶, seja porque --- como venho insistindo --- a sua interpretação não é para ser procedida à margem da realidade.

A norma que se extrai da redação originária do § 1º do artigo 177 da Constituição de 1.988, no seu todo e em especial considerando-se o disposto no parágrafo único do artigo 45 do ADCT [*Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição*] é a seguinte: "São da União, ou de empresa sob seu controle

²⁶ Vide meus Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 2ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.003, págs. 40 e 121-2 e A ordem econômica na Constituição de 1988, cit., 2.004, pág. 159.

acionário, os riscos e resultados decorrentes da exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, sendo vedado à União, diretamente ou através de empresa sob seu controle acionário, ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou valor, nessa exploração, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º²⁷.

O que, de todo modo, ora importa considerarmos é a redação assumida pelo § 1º do artigo 177 da Constituição nos termos da EC 9/95, em face do qual tenho como inquestionável a constitucionalidade do artigo 26, *caput*, da Lei n. 9.478/97.

21. Um outro aspecto, como que voltando a minhas observações iniciais, desejo ainda ferir.

É que nas democracias, estruturadas também --- mas não exclusivamente --- sobre o princípio da interdependência e harmonia entre os poderes, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade dos atos e procedimentos do Executivo, na implementação de suas políticas públicas. Incumbe-lhe rechaçar a implementação de opções políticas, pelo Executivo, que não sejam plenamente adequadas ao todo orgânico que a Constituição é. Mas não compete ao Poder Judiciário substituir essas opções por outras, quando não afrontem, como ocorre no caso presente, a Constituição. Esta Corte está a serviço da Constituição, para afirmar a sua força normativa, não se prestando a fazer praça de verdades proclamadas por quantos se atribuem, sem que tenham recebido

²⁷ Vide Carlos Eduardo Bulhões Pedreira, Monopólio - Gás, in RTDP 10:154 e ss.

mandato popular para tanto, a faculdade de, com ar de certeza, proclamá-las.

22. Alcançado este ponto, vou sucintamente ao exame dos demais preceitos atacados --- § 3º do art. 26; incisos I e III do artigo 28; parágrafo único do artigo 43; parágrafo único do artigo 51; e artigo 60, *caput*.

23. Quanto ao § 3º do artigo 26, seria inconstitucional por traduzir conduta negativa da Administração [aprovação tácita dos planos e projetos de desenvolvimento e produção do bloco que couber ao concessionário se a ANP não se manifestar em cento e oitenta dias].

A lei dá regulação, neste ponto, ao chamado *silêncio da Administração*. Aqui se trata de matéria de lei, ordenação no plano da infraconstitucionalidade, sem ofensa direta à Constituição.

24. Em relação aos demais preceitos questionados, são próprios às contratações de que se cuida, admitidas expressamente no § 2º do artigo 177. Não visualizo, aqui também, ofensa à Constituição.

25. O artigo 60, *caput* respeita à possibilidade da exportação do produto, que, como anotei linhas acima, é administrada pela União.

Repito: veja-se o artigo 60 da lei questionada na presente ADI, observando-se que, para exportar, exige-se

seja atendido o disposto no artigo 4º da Lei n. 8.176/91, observadas as políticas aprovadas pelo Presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE.

A leitura isolada do preceito é falaciosa, dando lugar a questionamento que o conhecimento da totalidade do regime estabelecido pela lei prontamente espanca. *Permissa venia*, vou repetir: o direito não pode ser interpretado em tiras, aos pedaços, senão no seu todo.

De resto, a ANP é uma autarquia, pouco importando seja chamada de "agência". Como autarquia, compõe-se na unidade estrutural e sistemática²⁸ que a Administração é, sob a direção superior do Presidente da República, nos termos do artigo 84, II, da Constituição do Brasil. A ANP não pode ser, e efetivamente não é, senão uma autarquia.

Nenhuma inconstitucionalidade, portanto, no preceito.

Sendo assim, julgo improcedente a ADI n. 3273 e, em consequência, a ADI n. 3366.



²⁸ Dicção de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA e TOMAS-RAMON FERNANDES, Curso de Derecho Administrativo, 4ª ed., v. I, Madrid, Civitas, 1.983, pág. 34.

16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERALV O T O

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, como sou o Relator, quero me pronunciar sobre o voto.

O Senhor Ministro Eros Grau, a pretexto de não interpretar a Constituição em tiras, reduziu não só o meu voto, mas também o do Ministro Marco Aurélio, a farrapos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não o meu voto, porque o único citado pelo ministro Eros Grau foi o de Vossa Excelência.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Ministro, Sua Excelência desancou a distinção entre bem de uso especial e bem de uso comum do povo, que está no voto de Vossa Excelência, e não no meu.

Sem dúvida, o Ministro Eros Grau nos brinda com um voto, como de hábito, muito bem urdido e a partir de premissas também estudadas. Todavia, fiquei um pouco assustado com o rigor de certas contraditas, sobretudo quando o Ministro se refere à distinção empreendida entre o monopólio de propriedade e o de atividade como - palavras de Sua Excelência - nefanda, ou seja, execrável, abominável, depravada, sacrílega, segundo o Dicionário Eletrônico Houaiss.

Em verdade, o núcleo do meu voto está no juízo de o monopólio do setor petrolífero ser incompatível com o regime de transpasse da propriedade da lavra ou da apropriação mesma das jazidas. A Constituição, a meu ver, usou a palavra "monopólio" não aos farrapos, não em tiras, mas em um sentido, para mim, nitidamente pró-indiviso. Todo o complexo do setor petrolífero está monopolizado

a partir das jazidas, depósitos, **latu sensu**, de minérios. Valho-me da própria Constituição quando, no art. 176, **caput**, diz:

"Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade..."

As jazidas constituem, caracterizam um tipo de propriedade, diz a Constituição, acrescentando: uma propriedade distinta da do solo.

No artigo seguinte - art. 177 -, ao falar em jazidas - "a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural" -, é interessante: a Constituição diz que jazida é propriedade distinta da do solo e, mais: "passível de transpasse ao proprietário" - art. 176. O concessionário pode se apropriar do produto da lavra. O discurso do art. 177 é diferente: ninguém pode se apropriar do produto da lavra a título privado. Está na Constituição:

"Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural..."

Vale dizer, é possível, sim, o monopólio de um tipo de propriedade, porque a propriedade comum - ou qualquer uma, diria o Ministro Eros Grau -, implicando unititularidade de domínio, seria o monopólio, mas não é bem assim.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Ela porta em si.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Ela porta em si as característica do monopólio.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Não é isso, mas considero esta uma discussão teórica que não vai conduzir a nada.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Vai conduzir a tudo, Excelência.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Não vai conduzir a nada, mesmo porque uma coisa é a propriedade da jazida.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Isso tento distinguir. A propriedade admite alienação, co-titularidade, sucessão hereditária, comodato, aluguel, mas não as jazidas de petróleo e de gás. Aqui, a propriedade é infensa, arredia a todas essas formas pontuais de disposição ou de exploração.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Então nunca poderá haver um produto da lavra?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Chego lá. Parece-me que cabe fazer a distinção entre propriedade pura e simples, de um lado, e monopólio, de outro.

A Constituição, no art. 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, chega a falar em monopólio não de uma atividade, mas de uma propriedade:

"Art. 45. Ficam excluídas do monopólio estabelecido pelo art. 177, II, da Constituição, as refinarias em funcionamento no País..."

Ou seja, não a refinação, mas as próprias refinarias.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ocorre que, em 1988 - essa foi uma discussão em que estavam envolvidas a Ipiranga e a Mangueiras -, tínhamos a refinação de petróleo em refinarias privadas, tal como essas duas. Quando ocorreu a estatização e tornou-se monopólio da União, se disse que só ela poderia explorar e teve de se ressaltar aquelas duas, porque, senão, elas teriam de ser desapropriadas e internalizadas no domínio da Petrobras.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Isso, porém, não infirma a base do meu raciocínio.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mostra que a história não coincide com o raciocínio.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não, o monopólio, como diria o Ministro Marco Aurélio, é um grande todo, não pode ser interpretado em fatias. Compreende todo o setor petrolífero.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Inclusive as jazidas?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Sobretudo as jazidas, porque quem for proprietário da jazida e do produto lavrado não pode se submeter a regras rígidas da União, porque vai alegar que detém essa propriedade a título particular; o domínio é privado. É preciso que a União detenha essa propriedade, mas permita a participação daquele que lavrou o produto ou mediante uma paga pré-acertada ou um percentual sobre esse produto à medida que ele aflorar, que for dimensionado.

Digo no meu voto:

"Contratação que, para preservar o necessário regime de monopolização estatal do setor, só pode significar a mera execução de um trabalho que se faz para o ente monopolizador e em nome deste."

Esse contratado, em rigor, não vai concorrer com a Petrobras; não é um competidor, até porque o monopólio elimina esse tipo de competição. Ele é um contratado, é um preposto da União.

No que tange à questão da Petrobras, repito, ela não faz parte do setor privado; integra o setor público - sociedade de economia mista que é -, mas numa atividade que é monopólio da União. Então, ela não se submete a todas as regras da iniciativa privada porque, em rigor, na lavra e na pesquisa, por exemplo, não há outro agente da iniciativa privada para competir com a Petrobras. Ela atua sozinha; não é expressão do setor privado, mas do setor público, controlada acionariamente pela União.

Outro aspecto do bem elaborado voto do Ministro Eros Grau é uma citação a pontos de vista do eminente publicista Fábio Comparato, que também reverencio de longa data por se tratar de escritor e cidadão que tenho na mais alta conta. O Professor Fábio Comparato, em recente artigo publicado na Folha de S. Paulo, faz uma afirmativa não retomada pelo Ministro Eros Grau.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Reportei-me à doutrina, não a um artigo de jornal. Cito a obra jurídica do autor.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Perfeito. Retiro, então, a possível crítica que se esconderia por trás da minha observação. A intenção não é criticar. Grande homem público, o Professor Fábio Comparato diz que petróleo não é propriedade do Estado, mas da Nação. Com essa afirmação - ele não expressa isso no artigo, mas se trata de uma leitura minha, um pouco mais extensiva

-, ele me trouxe à consciência aquela velha distinção necessária, de quando em vez, entre Nação e Estado. Há bens que a Constituição entrega, nominalmente, à titularidade da União. Por exemplo: as terras indígenas.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Quer dizer que é uma propriedade natural da Nação? Se a Constituição não pode alterar isso, significa que é uma propriedade natural da Nação. Vossa Excelência é um **jus** naturalista nacional.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não, de jeito nenhum. Vou fazer uma distinção: sabemos, de cor e salteado, que Nação é uma realidade anterior ao Estado, até porque estrutura o Estado em cima de uma Constituição que não é dele, é dela. Sabemos que a Nação é exterior ao Estado, e é superior a ele - todos sabemos disso, mas temos uma tendência ao esquecimento. Pensamos que a Nação faz a Constituição e fica do lado de fora, como se ela não entrasse na Constituição como categoria jurídica, e entra. Quando a Constituição diz que pertencem à União os sítios arqueológicos, os documentos e os sítios relativos aos quilombos; quando a Constituição diz que as terras ocupadas tradicionalmente pelos indígenas pertencem à União; quando a Constituição diz que o mar territorial e a plataforma continental pertencem à União, isso é apenas nominalmente, pois essa propriedade não é da União. A União é simplesmente curadora. As propriedades são da Nação, esta enquanto realidade atemporal, incorporando, a um só tempo, a ancestralidade, a contemporaneidade e a posteridade.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Vossa Excelência, com isso, teria de devolver o Acre aos bolivianos. A compra feita do território do Acre é boliviana. Teria de devolver o Texas ao México.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Não. Quero dizer que petróleo é um bem tão referido à identidade nacional, ao bem-estar do povo brasileiro, é tão funcionalmente ligado - esse bem chamado "petróleo" - à soberania nacional, condicionador do desenvolvimento nacional que não podemos entregá-lo à propriedade pura e simples da União.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Teríamos de entregar a parte do Rio Grande do Sul à Espanha e aos missionários do Uruguai.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - É diferente, Excelência.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Território não é Nação?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Que não podemos interpretar a Constituição em tiras, é verdade, mas não debaixo de uma technicalidade linear; é preciso um pouco mais de pensamento orgânico a ponto de tocar os debruns da sentimentalidade mesmo.

Tobias Barreto dizia, por volta de 1870, 1873, algo que permanece enxutamente contemporâneo: "*Direito não é só uma coisa que se sabe, é também uma coisa que se sente.*"

Esse tema - petróleo - está carregado de sentimentalidade nacional. Não se pode separar a Nação do Estado, nesse momento. Enquanto outros povos fazem guerra atrás do petróleo - e, recentemente, um país invadiu outro para se apropriar de jazidas de petróleo e gás -, estamos, por meio dessa Lei nº 9.478, convocando,

em rigor, empresas estrangeiras para lavrar o nosso petróleo e exportá-lo para suas matrizes geográficas, financeiras e jurídicas.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Depois de atendido o mercado interno, diz a lei. O crescimento incrível da inflação do petróleo deu-se agora, nesse período.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Como vai ficar difícil atender ao mercado interno se reconhecemos a propriedade privada do produto da lavra para essas empresas.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Vamos passar à votação, a matéria está discutida. O Ministro Carlos Velloso precisa se retirar.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Como votei há muitos meses, vou só à parte final do meu voto.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Todos temos a cópia, Ministro.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Mas o Ministro Eros Grau fez o rebate agora, e eu gostaria de avivar a memória de todos. É uma coisa curta.

Conforme digo no meu voto:

"I - suspender a eficácia da expressão 'conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos', que se lê na cabeça do art. 26 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997;

II - dar a esse mesmo art. 26, **caput**, interpretação conforme à Constituição, no sentido de que o concessionário ali referido" - que nem chamo de concessionário, e sim de contratado - "só pode ser

'brasileiro ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha a sua sede e administração no País'".

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas isso já foi esclarecido por Vossa Excelência, mostrando que havia um equívoco.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Vossa Excelência fez um aparte, esclarecendo. Mas como o artigo lido por Vossa Excelência não foi questionado na ADIN, e esse é que foi, então estou dando uma interpretação conforme, até homenageando a achega de Vossa Excelência. "O Ministro Nelson Jobim bem lembrou ..." - está aqui no meu voto.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - É, exatamente.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) -
E prossigo:

"III - Suspender a eficácia do § 3º do art. 26 do diploma legal em causa;

IV - Suspender a eficácia dos incisos I e III do art. 28 do ato legislativo federal questionado;"

Só para lembrar, esse dispositivo dispõe:

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

I - pelo vencimento do prazo contratual;
(...)

III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato".

Entendo que, à luz da Constituição, a própria lei vai dizer quando se dá a rescisão e quando se dá o vencimento do prazo contratual. Acho que isso é matéria de reserva de lei, e não de reserva de contrato.

E continuo:

"V - suspender a eficácia do § único do art. 37 da Lei nº 9.478/97."

Esse dispositivo dispõe:

"Art. 37.....
Parágrafo único. O prazo de duração da fase de exploração..." - para fins de licitação dos blocos objeto da concessão - "...será estimado pela ANP...".

Entendo que não. Essa estimativa de prazo deve ficar a cargo do poder concedente, que é a União, pessoa política, e não da agência, que é uma pessoa simplesmente administrativa.

Prossigo no meu voto:

"VI - suspender a eficácia do parágrafo único do art. 43 da Lei".

Esse dispositivo diz que:

"Art. 43.
Parágrafo único. As condições contratuais para prorrogação do prazo de exploração ... serão estabelecidas de modo a assegurar a devolução de um percentual do bloco, a critério da ANP..."

Ainda uma vez, entendo que isso é competência do poder concedente e não da ANP.

E por fim:

VII - suspender a eficácia do parágrafo único do art. 51 e a do art. 60, **caput**, da mesmíssima lei federal nº 9.478/97".

E o faço porque esses dispositivos estabelecem que:

"Art. 51.....
Parágrafo único. O valor do pagamento pela ocupação ou retenção de área será aumentado em percentual a ser estabelecido pela ANP..."

Já o segundo diz que:

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

Da mesma forma, entendo que essas competências são típicas do poder concedente, ou seja, a própria União, e não de uma autarquia da União, que é detentora de poder administrativo, por certo, mas não de poder político.



16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Senhor Presidente,
peço licença para antecipar o meu voto.

Tomei algumas notas enquanto se desenvolviam os debates e destas notas pude apreender que a questão está basicamente em perquirir se seria inconstitucional o que está posto no art. 26, *caput*, 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."

É dizer, Senhor Presidente: a titularidade do direito de propriedade do petróleo extraído pelo concessionário, a este atribuída pelo art. 26 da Lei nº 9.478, de 1997, seria ofensiva à Constituição, art. 177. Argumenta-se que a transferência de propriedade do petróleo da União ao concessionário violaria o monopólio do art. 177 da Constituição Federal.



No que toca à ressalva do art. 176 da Constituição, que garante ao concessionário "a propriedade do produto da lavra", sustenta-se que esta ressalva não se aplicaria ao petróleo, submetido que está ao regime do art. 177 da Constituição.

Postas assim estas premissas, permito-me, então, enfrentar a questão.

Deve ser compreendido que, presente a regra do art. 177, § 1º, da Constituição Federal, sem a redação da Emenda nº 9, de 1995, a parte final do art. 176 da Constituição Federal, "garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra", não cuidava do petróleo e do gás natural. Petróleo e gás natural estavam previstos no citado § 1º do art. 177 da Constituição Federal, sem a redação da Emenda nº 9.

É que, verifica-se, o § 1º do art. 177, redação original, proibia a concessão da exploração de petróleo ou gás natural. Proibia também qualquer tipo de participação em espécie ou em valor na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural. Proibida estava, então, a transferência de titularidade do petróleo extraído.



Veio a lume a Emenda Constitucional nº 9, de 1995, que deu nova redação aos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição, ficando tais parágrafos assim redigidos:

"§ 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 território nacional;

II - as condições de contratação;

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

O § 1º do art. 177 da Constituição, sem a Emenda nº 9, estabelecia:

"§ 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."

Senhor Presidente, diante dessas novas disposições, parece-me evidente que a Emenda nº 9 flexibilizou o regime de exploração do petróleo, autorizando ao legislador ordinário fixar



ADI 3.366 / DF

por lei as condições sobre as quais os contratos serão realizados. Assim está na nova redação do § 1º.

Nosso eminente colega Eros Grau, na sua conhecida obra, que já li por mais de uma vez, "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", fala em "relativização do monopólio estatal do petróleo, facultando-se a contratação de empresas estatais ou privadas para realizar as atividades que vinham sendo desenvolvidas pela Petrobrás."

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Ele diz apropriar-se no trabalho dele?

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Estou citando, tendo em vista que o nosso eminente colega, autor do livro, professor da matéria, enfatiza a relativização ou a flexibilização que a Emenda Constitucional nº 9 impôs ao regime de exploração do petróleo, autorizando ao legislador ordinário fixar por lei condições sobre as quais os contratos serão realizados.

Em resumo, a Emenda nº 9, de 1995, manteve o monopólio da União e afastou a proibição à concessão pela União de



atividades ligadas à exploração de petróleo a empresas estatais ou privadas, expressamente.

Ao que penso, resultando desses novos dispositivos, dessa circunstância de ter sido afastada a proibição à concessão pela União de atividades ligadas à exploração de petróleo a empresas estatais ou privadas, caiu, então, a impossibilidade de aplicação ao petróleo do art. 176, parte final.

Caindo essa impossibilidade da aplicação ao petróleo da parte final do art. 176 da Constituição Federal, ter-se-á legítima a aplicação ao petróleo da regra constitucional que assegura ao concessionário dos direitos de lavra a propriedade do produto extraído. Pode, portanto, o legislador ordinário estabelecer regras de transferência de propriedade da União, para o concessionário, do petróleo por êste extraído.

Constitucional me parece, portanto, Senhor Presidente, a norma do art. 26 da Lei nº 9.478, de 1997. Esta, a questão básica; o resto é praticamente decorrência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Vossa Excelência diz que caiu a proibição do § 1º do art. 177, antiga



ADI 3.366 / DF

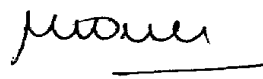
redação. Mas esse artigo só falava em participação. Então, caiu a proibição de participar. Ele não falava de transferência de propriedade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Não, Ministro Carlos Britto, cai a impossibilidade da aplicação da parte final.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - A participação pode.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro Carlos Britto, a disposição vedava. Caiu essa vedação. Simplesmente isso.

Então, Senhor Presidente, peço licença ao eminente Ministro-Relator para divergir de Sua Excelência e acompanhar o eminente Ministro Eros Grau.



* * * * *

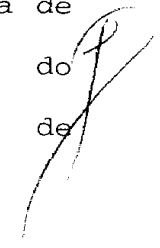
16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, peço vênia ao querido ministro Carlos Britto, pois tenho muita dificuldade em acompanhá-lo nesta matéria.

Essa minha dificuldade funda-se, inicialmente, em razões de ordem estritamente jurídicas. Antes da deliberação do Pleno para transformar o julgamento da cautelar em julgamento do mérito da ação direta, não via presente o requisito do *periculum in mora*. E a razão parecia-me muito simples. A lei impugnada está em vigor há sete anos, e, para sustentar esse meu entendimento, eu poderia fazer referência ao julgado na ADI 1.001, invocando, a esse propósito, as sábias palavras do ministro Paulo Brossard, que, citando o ilustre ministro Celso de Mello, na referida ADI 1.001, evocava a difícil convivência entre o requisito do *periculum in mora*, incontornável em matéria de medidas cautelares, e o ajuizamento tardio da ação direta de inconstitucionalidade. Admito que, após a deliberação do Plenário que transformou este julgamento em julgamento de mérito, o argumento perde um pouco a força.



Mas é fato incontestável que a lei atacada já produziu inúmeros efeitos jurídicos. Sob sua égide, dezenas de contratos de exploração das jazidas de petróleo já foram firmados pela ANP, muitos deles envolvendo somas de dinheiro cifradas em centenas de milhões de dólares. Milhares de profissionais da área de petróleo atravessaram os oceanos para vir se instalar em nosso país, por força dos contratos e das *joint ventures* que se formaram com o objetivo único de aproveitar a oportunidade de negócios aberta com a flexibilização do monopólio do petróleo. Creio, pois, que devemos ter necessariamente em perspectiva o princípio da segurança jurídica ao decidirmos a questão posta nesta ação direta.

No mérito da ação, não vislumbro, com a clareza pretendida pelo eminente ministro relator, ofensa à Constituição federal. Inicialmente, assinalo que, no meu entender, o art. 26 da lei ora impugnada tem como principal sustentáculo o art. 176 da Constituição, que reafirma a propriedade da União sobre as jazidas, em lavra ou não, e sobre os potenciais de energia hidráulica, além de garantir ao titular da concessão a propriedade do produto da lavra (CF, art. 176, *in fine*).

Por outro lado, é preciso ter em perspectiva que a chamada flexibilização do monopólio do petróleo brasileiro se dá essencialmente por meio da figura jurídica da concessão, pela qual empresas estatais e privadas constituídas sob as leis

brasileiras, **por sua conta e risco**, se lançam na atividade de pesquisa e exploração das jazidas de petróleo supostamente existentes em nosso país, mediante certas condições fixadas na lei, no regulamento e nos respectivos contratos de concessão.

A concessão, não podemos esquecer, configura aquilo que um célebre jurista francês do início do século XX caracterizou como um "*mariage de raison*". Sua concepção deriva, como se sabe, da constatação extraída da realidade concreta de que o Estado não dispõe de meios para prestar por conta própria todos os serviços públicos, tampouco para se lançar em certas atividades que implicam riscos econômicos de expressiva monta. Assim, impossibilitado de prestar certos serviços ou de empreender certas atividades de natureza econômica, o Estado delega ao particular a incumbência do empreendimento, mediante certas condições.

Não ignoro o fato de que, tendo o apogeu da concessão coincidido com o período de maior esplendor do liberalismo econômico, ela passou por longo período de ostracismo, com o advento e fortalecimento das idéias socialistas no Hemisfério Norte, no século XX. Tenho dúvidas se essa evolução se aplica a nossa realidade, mas o fato é que tanto lá como aqui a idéia de concessão jamais desapareceu por completo.

O que se impugna na presente ação é precisamente o fato de que a lei confere ao empreendedor privado, o

ADI 3.366 / DF

concessionário, a propriedade do produto extraído. Mas isso, digo eu, além de expressamente autorizado pela parte final do *caput* do art. 176 da Constituição federal, é da própria essência da concessão. O que tem de ser sopesado com essa suposta *largesse* são as contrapartidas que o Estado brasileiro extrai desses contratos. E essas contrapartidas, no caso brasileiro, estão longe de ser inexpressivas. Configuram, na linguagem especializada, os chamados *government takes*, ou participação governamental. Segundo afirmam especialistas na matéria, no mundo todo essa contrapartida governamental é em média da ordem de 55% de todo o empreendimento. Ou seja, somados todos os custos do empreendimento, e retirados os impostos de toda ordem, mais os bônus e as participações pagas ao concedente, sobra ao empreendedor privado algo em torno de 45%, ficando os governos **com 55%**. No Brasil, essa parte governamental sobe **para 60%**.

Creio que talvez seja necessária uma rápida explicação sobre o modo como se opera essa modalidade de concessão. As jazidas, como se sabe, pertencem à União (CF, art. 176). O governo brasileiro, em virtude de não dispor de recursos para se lançar na aventura de pesquisa, lavra e exploração em seu imenso território, e sobretudo no mar, ou talvez porque entenda ser mais vantajoso do ponto de vista econômico fazê-lo em outros países, por meio da ANP outorga o direito de pesquisa, exploração e produção a empresas particulares (e a sociedades de

economia mista, como a nossa Petrobras), com base no § 1º do art. 177 da Constituição. Certamente faz isso em razão da enormidade dos riscos e dos custos financeiros exigidos. Faz aquilo que o professor Chapus denomina *transfert des risques*.

Alguns dados fáticos talvez esclareçam melhor a questão. Já de início, como parte da contrapartida obtida pelo Estado brasileiro, para cada bloco a ser explorado, **a empresa candidata à concessão de um bloco paga, a título de bônus, algo em torno de 30 a 50 milhões de reais**, a depender do tamanho e da importância do bloco licitado. A essa quantia, paga unicamente pela licença de exploração, acrescentam-se todos os demais custos de um empreendimento desse vulto, o que faz com que a aventura de se lançar na exploração de um único bloco possa custar à concessionária algumas dezenas de milhões de dólares. Lembro que só na bacia de Campos, incluindo a parte que transborda para o estado do Espírito Santo, existem 51 blocos de exploração. A empresa paga ao governo, além do já mencionado bônus, a chamada participação especial, variável entre 5% e 10% de tudo o que ela encontrar, mais todos os impostos federais, estaduais e municipais incidentes nas diversas atividades dos processos prospectivo e produtivo. Paga igualmente um percentual ao chamado superficiário, isto é, o proprietário do solo. Em caso de exportação, o que não é de se descartar em médio prazo, a caixa do governo reforça-se com a entrada de divisas. E se, ao

cabo do contrato, a empresa nada encontrar, ela fica com todo o prejuízo e entrega a área de volta ao governo brasileiro. Essa é precisamente a essência do contrato de risco. Ela está estampada no art. 28, IV e V e § 1º, da Lei 9.478/1997. Leio o dispositivo:

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

IV - ao término da fase de exploração, sem que tenha sido feita qualquer descoberta comercial, conforme descrito 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 de qualquer natureza 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."

Noutras palavras, as jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos não apenas continuam no domínio da União, como definido na Constituição e reiterado no art. 3º da Lei 9.478/1997, mas também, extinto o contrato anteriormente firmado para exploração de uma jazida, a área em exploração retorna em sua inteireza ao domínio da União, acompanhada, em certos casos, até mesmo de parcelas dos bens resultantes dos investimentos feitos pelo concessionário (art. 28, § 1º).

Esse modelo contratual, consagrado na Lei 9.478/1997, traduz uma opção política do legislador, feita no momento de

concretizar a flexibilização do monopólio do petróleo levada a efeito pela Emenda Constitucional 9. Certamente o legislador levou em conta nossas experiências pretéritas. Marilda Rosado, em seu bem informativo livro **Direito do Petróleo** (Editora Renovar, 2003), elenca as diversas modalidades de contrato de exploração de petróleo, chamando a atenção para o fato de que, embora nesse tipo de avença ambas as partes busquem um objetivo comum - a exploração dos recursos petrolíferos do Estado -, raramente, contudo, obtém-se unanimidade quanto à atribuição dos riscos, quanto aos mecanismos decisórios e quanto à partilha da produção. Os modelos mais comuns são: (i) **concessão tradicional** (que não se confunde com a concessão do pós-guerra), (ii) **contratos de partilha de produção** (*production sharing agreements*), (iii) **contratos de serviços** (*service contracts*), (iv) **contratos de prestação de serviço com cláusula de risco** e (v) **as modernas licenças e os leases** norte-americanos. Evidentemente a presença maior ou menor desses fatores no contrato é que vai necessariamente determinar a natureza deste.

É importante salientar que o Brasil já experimentou outros modelos que não o da concessão adotada pela Lei 9.478, pois já na segunda metade da década de setenta do século XX, durante o governo Geisel, o País firmou os primeiros contratos de risco para exploração de petróleo, alguns deles em vigor até hoje. Não é preciso ser expert na matéria para chegar à

conclusão de que a opção por esse modelo não é interessante do ponto de vista estratégico, pois, além de onerosíssimo, coloca o País na condição de refém da empresa contratada.

Por outro lado, **é importante não esquecermos do fato de que** nossa Petrobras também é signatária de dezenas de contratos de concessão da mesma espécie em outros países, onde empreende atividade de risco da mesma espécie da que está sendo impugnada na presente ação direta. Menciono apenas alguns desses países: Estados Unidos (Golfo do México), Bolívia, Argentina, Colômbia, Venezuela, Nigéria, Angola, Guiné.

Não vejo, portanto, incompatibilidade entre o monopólio do petróleo detido pela União e a fórmula da concessão adotada pela lei, com todas as salvaguardas nela contidas relativas à política energética nacional, que deve levar em conta os interesses nacionais e garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição.

Também não vislumbro inconstitucionalidade no fato de a lei ter delegado à ANP, entidade da administração indireta, algumas das prerrogativas do poder concedente. A ANP, é importante ressaltar, é entidade componente do Estado brasileiro. Seus dirigentes são nomeados pelo chefe de governo, com aprovação do Senado, o que lhe dá plena legitimação

democrática. Não está ela imune à fiscalização a que se submetem as demais entidades da administração.

Por fim, Senhor Presidente, permita-me fazer uma alusão específica ao § 3º do art. 26, que considera automaticamente aprovados os planos e projetos de desenvolvimento e produção apresentados à ANP pelo concessionário em caso de êxito na exploração. A lei fixa o prazo de 180 dias para que ocorra essa aprovação automática. Bem se vê que se trata de norma de prevenção contra a letargia burocrática. Cuida-se, na realidade, da introdução em nosso direito administrativo da figura da decisão administrativa implícita, bastante conhecida em direito comparado (*décision implicite de rejet*, no direito francês). O direito francês, por exemplo, admite esse tipo de decisão como instrumento apto a reprimir a letargia administrativa, de sorte que, passado certo lapso de tempo sem que a autoridade se pronuncie sobre um requerimento do particular, considera-se ter sido implicitamente baixada uma decisão de indeferimento, desencadeando-se, assim, a fluência do prazo para o ajuizamento do *recours pour excès de pouvoir*, ação constitucional equivalente a nosso mandado de segurança.

No caso, a lei brasileira consagrou a figura da decisão administrativa implícita de aprovação, e não de indeferimento.

Creio, contudo, que entre nós esse instituto esbarra na exigência constitucional de motivação das decisões administrativas, prevista para os tribunais (art. 93, X) mas extensível, com muito mais razão, aos atos do Executivo.

Assim, Senhor Presidente, com essas considerações, peço vênua ao ministro Carlos Britto para dele parcialmente discordar, e voto pela improcedência da presente ação direta, salvo quanto ao § 3º do art. 26.

É como voto.



16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERAL

(À revisão de apertes do Sr. Min. C.Britto(Relator)).

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, acho que todos os aspectos mais relevantes já foram exaustivamente discutidos.

Eu, para ser absolutamente breve, diria que - salvo à luz de princípios discutíveis em **jus naturalismo** exacerbado e cujas conseqüências, quando menos, tornariam extremamente dificultosa a missão constitucional desta Corte -, a extensão e a compreensão dos monopólios estatais, de índole constitucional, devem, por definição, ser aferidas à luz das normas constitucionais.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Ninguém pretende que seja diferente; é à luz da Constituição, mesmo. Tive cuidado de dizer que, na ação, estava analisando como categoria constitucional e não como instituto de direito natural.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Então, a opinião é unânime.

Volto a dizer. Os enunciados do artigo 20, incisos V e IX, da Constituição, não têm caráter absoluto, porque já, de início, o **caput** do artigo 176, enunciando também o monopólio, abre uma exceção expressa, garantindo à concessionária a propriedade do produto da lavra - de acordo com a Emenda Constitucional nº 6.

E, diante da mudança de redação do § 1º do artigo 177, em que ficou expressa, pela alteração do teor da norma primitiva, a vedação de participação em espécie - o que só seria possível com transferência da propriedade -, a mim não deixa nenhuma dúvida de que não há base para a inconstitucionalidade pretendida nos termos em que a pôs a petição inicial.

Finalmente, Sr. Presidente, embora isso não tenha peso decisivo na votação, não gostaria de deixar de dizer que me parece quando menos duvidoso o receio de risco ao patrimônio nacional, à conta da constitucionalidade de uma lei, que vem sendo sustentada por dois governos que, eu diria, possuem perfis ideológicos quase antípodas.



Razão por que, Sr. Presidente, não tenho nenhuma
dúvida em julgar totalmente improcedente a ação, com o
devido respeito aos votos divergentes.



16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sr. Presidente, pedindo vênias aos Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, também acompanho o voto do Ministro Eros Graus e dos que o seguiram para entender constitucional.

Entendo que a discussão aqui posta em foco reforça o caráter do monopólio enquanto garantia institucional. O próprio art. 177, na sua nova forma, define claramente as condições de execução dessa garantia institucional - como também já foi destacado nos votos citados -, quando diz:

"Art.177.....
§ 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."

Em nenhum momento se colocou em xeque a execução adequada desse modelo institucional predefinido no texto constitucional.

Parece-me que aqui é elementar, como a própria discussão do direito de propriedade - como bem destacado pelo Ministro Eros Grau, falando com uma certa radicalidade -; na verdade, trata-se de a propriedade ser o que a lei vier a dizer que é. De qualquer sorte, aqui há um núcleo essencial, e o texto, de certa forma, define-o. No entanto, isso não está em questão.

Também não me impressionou o argumento trazido agora pelo Ministro Joaquim Barbosa quanto ao § 3º, porque todos sabem que essa é uma cláusula de estímulo, de impulso, tendo em vista um processo iniciado e já avançado, envolvendo, portanto, um conceito de segurança jurídica. Depois de as empresas terem tomado as medidas necessárias e, por conseguinte, terem cumprido toda a sua parte, inclusive com a pesquisa já exitosa, é natural que haja pelo menos uma decisão sobre esse tema. Foi uma medida, portanto, que o legislador achou por bem tomar. Não me parece que haja nada de abusivo também nesse aspecto.

Diante da clara mudança do texto constitucional e da execução - que me parece não estar sendo colocada em dúvida pelos votos dos Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio -, aparentemente de premissas diferentes, também peço as devidas vênias, mas acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau.

16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Sr. Presidente, também eu - não sem antes pedir vênia ao eminente Relator e ao Ministro Marco Aurélio, que o acompanhava - adoto a linha da divergência. Assim o faço porque entendo que a flexibilização do monopólio do petróleo não implicou erradicação do mesmo monopólio.

O texto constitucional - isso já foi frisado por vários votos que me antecederam -, no art. 177, §§ 2º e 4º, estabeleceu claramente marcos de atendimento compulsório por quantos venham a contratar a atividade de exploração petrolífera. Esses marcos, todas essas regulamentações bem demonstram as demarcações rígidas, próprias do controle monopolístico.

Nesta sede, Sr. Presidente, em que estamos de contraste entre a lei e as normas constitucionais, parece-me muito oportuno referir o quanto foi expresso pelo eminente Consultor-Geral da União, Dr. Manoel Lauro Volkmer de Castilho, estimado colega do Tribunal Federal da 4ª Região, que nas suas informações refere o seguinte - o qual acho esclarecedor:

“É certo que tais dissertações” - disse ele referindo aos opositores da nova legislação - têm, alicerce na subjetiva concepção constitucional da intocabilidade do monopólio estatal do petróleo e do abastecimento interno integral pelo futuro adentro, o que as faz compreensíveis e até simpaticamente aceitáveis não fosse a decidida e manifesta divergência com o sentido objetivo e atual da disciplina constitucional inserta no art. 177 da Constituição.

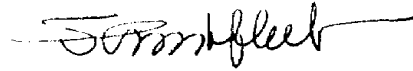
Mesmo que ao intérprete ‘engajado’ fosse fácil perceber a eventual precipitação do legislador em permitir por-se à distribuição concessões sem o cuidado do abastecimento futuro ou da refletiva preservação do resultado da lavra, parece inafastável a consideração inescandível de que o texto constitucional atual tolera a pesquisa e a lavra das jazidas do petróleo e gás natural e a

importação e exportação dos seus derivados mediante contratação com empresas estatais ou privadas, observada as condições estabelecidas em lei.

Em outros termos, o monopólio está mitigado e é desse patamar exegético que o intérprete ficou obrigado a reconstruir a tese monopolista, ao menos enquanto convier ficar limitado à extração do sentido técnico da Constituição posto que a discussão da opção político-econômica do Constituinte tem o foro próprio.”

Por isso, Sr. Presidente, entendo que, feita a opção pelo constituinte reformador, é necessário partir deste patamar novo, diverso do originalmente estabelecido para o monopólio estatal do petróleo.

Com as devidas vênias, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau e julgo improcedentes ambas as ações.



V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, meu voto será breve, e desproporcionado à longa reflexão e, até como diz o Ministro Carlos Britto, ao custo sentimental das reflexões e recordações juvenis que esta causa me suscitou.

Eu acompanharia, com grande amor, os votos dos Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio: o primeiro, pleno de nossos sentimentos; o segundo, de exaltação cívica, a me fazer reviver os tempos distantes de pregar nas esquinas, enquanto a polícia deixava, que o "petróleo é nosso", e que "ninguém tocará na Petrobrás".

Mas, com todas as vênias, a arguição de inconstitucionalidade, embora sustentada com inteligência por ambos os votos referidos, a meu ver, soa o que Barbosa Moreira tem chamado de "interpretação retrospectiva", com uma grande dose de "wishfull thinking": a primeira, por insistir em ler na Constituição o que nela já não está; o segundo, por ler a Constituição e a lei de acordo com o que desejaríamos que continuassem a ser. Mas não são mais.

Por isso, convenci-me, afinal, de que, muito mais objeto real das críticas subjacentes aos dois votos que dão pelas inconstitucionalidades é a Emenda Constitucional 09/95, não, a Lei 9.478, que nos limites que lhe impôs o texto constitucional alterado, pareceu-me razoável, tanto quanto possível.



Evidente que não se pode – e nem o fizeram os votos que acolhem a arguição e seguiram linhas diversas –, fazer abstração da Emenda Constitucional 09/95 que, além do voto muito bem posto, muito bem calçado teoricamente, do Ministro Eros Grau, teve, a meu ver, uma límpida síntese dogmática no voto do Ministro Carlos Velloso.

Já não vige – lamentemos embora – o primitivo § 1º do art. 177 da Constituição, **verbis**:

"§ 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."

Objetou-se que aqui se vedava toda modalidade de participação; mostrou, a meu ver, contudo, com grande clareza, o voto do Ministro Velloso que, eliminada essa proibição de participação, passou a incidir a ressalva feita a propósito dos minerais em geral, de que o art. 176, em cujo universo normativo, em princípio, se compreende o petróleo, salvo o que houver de excepcional no art. 177, destinado, especificamente, à lavra e à exploração dele.



conjunto de reformas, as Emendas Constitucionais de 05 a 09, de 1995, que, digamos claramente, "pôs em frangalhos" a primitiva "constituição econômica" do Texto de 1998.

De tal modo que a discussão me fez lembrar a epígrafe de um artigo do jurista português Eduardo Paz Ferreira - incluído na coletânea "**Perspectivas Constitucionais**", organizada por Jorge Miranda -, a respeito das alterações da primitiva constituição econômica portuguesa de 1974.

Vale-se o autor de uma conhecida canção de Charles Trenet, para a indagação: **Que reste-t-il de nos amours?**

O que sobra, também entre nós, depois da reforma de 1995, da "constituição econômica" de 1988?

No que diz com o petróleo - cujo monopólio estatal constituía, para a nossa geração, a afirmação simbólica da caminhada para a emancipação econômica do País - é impossível fingir que nada mudou.

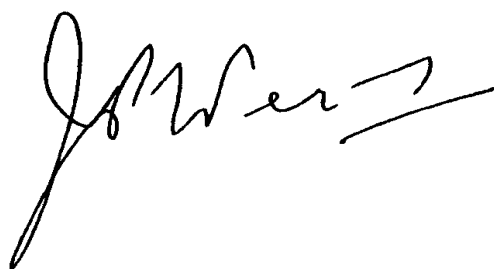
Até aqui, a lei e a execução que dois governos sucessivos vêm dando à abertura do setor ao mercado global - como propiciado pela EC 9/95 - tem trazido pouco a temer; ao contrário, tem reforçado o papel e o significado da Petrobrás.



Mas que eu tenha temores futuros - porque a Constituição, infelizmente, permite outro tipo de disciplina legal - eu não calaria.

No entanto, Sr. Presidente, dentro do que sobrou de nossos amores, não vejo, não consigo divisar as inconstitucionalidades suscitadas.

Por isso, peço todas as vênias ao Ministro-Relator e ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar o voto do Ministro Eros Grau.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eros Grau', with a long horizontal stroke extending to the right.

16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, só me permitiria dizer que se a Emenda nº 9 quisesse transferir a propriedade de um bem tão estratégico quanto o petróleo, diria expressamente. Mas respeito, como de hábito, o sempre abalizado voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O constituinte de 95 não pensava como nós, Ministro, os do "petróleo é nosso". Ele deixou uma ampla liberdade à lei para abrir a empresas privadas de capital nacional ou não, desde que organizadas e sediadas no País, a prospecção e o refino do petróleo nacional. A reversão - queiram ou não - é uma decisão constitucional inequívoca.



16/03/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2 DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.273 e 3.366

VOTO

mi
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Vou acompanhar a divergência e fazer juntar este texto ao longo voto que já tenho elaborado porque, na verdade, o autor dessas emendas fui eu, na qualidade de Ministro da Justiça do Governo Fernando Henrique Cardoso. Fui derrotado em 1993 exatamente tentando romper esses textos.

Gostaria também de explicitar um problema - deixar bem claro para que não se cobre, pelo menos no meu voto, essa posição.

O artigo 176 diz:

"Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica" - portanto, está recrutado a todos, com exceção do petróleo - "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."

Chamo atenção ao artigo 177, parágrafo 1º. Isso foi objeto de discussão quando a matéria foi suscitada:

"Art. 177.....
§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."

Ou seja, não é obrigatoriamente a lei que garante a propriedade do produto da lavra. São três opções reais nos modelos mundiais de exploração do petróleo. O modelo da concessão e licença com a outorga da propriedade, com a outorga do modelo da nossa lei e com a outorga do produto da lavra para gestão com as limitações estabelecidas na lei para gestão do concessionário ou contratante; há, ainda, uma hipótese, um modelo, chamado de "acordo de partilha de produção", referido pelo Ministro Joaquim Barbosa, o "production sharing". Além disso, há os contratos de prestação de serviço, utilizados em dois países no mundo - o que pretende o Ministro Carlos Britto, em seu voto, entendendo que teríamos que nos situar na contratação de prestação de serviços que é o modelo utilizado no Irã e, ainda, no México, tendo em vista as decisões de "Cardness" na década de 40.

Quero deixar claro o seguinte: não se leia, no artigo 177, parágrafo 1º, que ele tenha estendido todo o regime do artigo 176.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Mas, eliminou, sim, a proibição do primitivo art. 177 da Constituição.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Eliminou a proibição, mas é fundamental deixar isso claro, porque, depois, pode-se entender que todos os contratos teriam que atribuir ao produto da lavra. Não. Uma das alternativas é essa. No caso do artigo 176, sim. Ali diz: "garante-se ao concessionário a propriedade do produto da lavra". Nos casos do artigo 177 poderá ser isso ou poderão ser outras alternativas que a lei fixar.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Explicito neste ponto o meu voto. Não passa a incidir sem mais, sobre o petróleo, o disposto, no art. 176, sobre os minérios em geral: apenas se eliminou, com a alteração do art. 177, a proibição original de participação nos resultados da exploração petrolífera ou do gás natural, e, com mais razão, a transferência do produto às empresas contratadas. Mas a verdade que não o impôs: outros tipos de contratação podem ser possibilitados em lei, nos quais não haja a participação da contratada no produto da lavra do petróleo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Aí, deixa para que possamos e para que o País possa, na legislação, estabelecer alternativas de conveniência. Lembrem-se de que a regra de 1988, quando falava em monopólio de risco, tinha uma fotografia posta: os contratos - à época, feitos pelo governo militar do general Geisel, que estabelecia e contratava a exploração. Ou melhor, a pesquisa e

os riscos ficariam com a União para possibilitar que ela pagasse os riscos, o grande custo que nós temos. O curioso de toda a situação é a dúplici posição do Estado do Paraná, porque, ao mesmo tempo em que sustenta tudo isso, ele disputa com o Estado de Santa Catarina os "royalties" decorrentes de uma plataforma de petróleo na divisa do mar territorial - processo cujo Relator é o eminente Ministro Joaquim Barbosa, que terá que resolver a quem cabe os "royalties".

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.366-2

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. CARLOS BRITTO

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MIN. EROS GRAU

REQTE.(S) : PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT

ADV.(A/S) : CINTIA MARIA COSTA SAGGIN VIEGAS E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou inteiramente improcedente a ação, vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto (Relator), Marco Aurélio e Joaquim Barbosa que, na forma de seus votos, julgavam procedente, em parte, a ação. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Plenário, 16.03.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.


Luiz Tomimatsu
Secretário