



Constitucionalidade da Lei do Petróleo e da adoção de novos regimes de contratação

PAULO CÉSAR RIBEIRO LIMA

Consultor Legislativo da Área XII

Recursos Minerais, Hídricos e Energéticos

FEVEREIRO/2009

NOTA TÉCNICA

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	3
2. TRECHOS DOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF.....	4
O SENHOR MINISTRO NELSO JOBIM (PRESIDENTE) –	4
O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE –	4
O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO –	5
O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA –	5
A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE –	5
O SENHOR MINISTRO EROS GRAU –	5
O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES –	6
O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO –	6
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO –	7
O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO –	7
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	8

© 2009 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados o autor e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seu autor, não representando necessariamente a opinião da Câmara dos Deputados.



Câmara dos Deputados
Praça 3 Poderes
Consultoria Legislativa
Anexo III - Térreo
Brasília - DF

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO PETRÓLEO E DA ADOÇÃO DE NOVOS REGIMES DE CONTRATAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Esta Nota Técnica visa a analisar a constitucionalidade a Lei do Petróleo e a possibilidade de sua alteração no sentido de se possibilitar a adoção de novos regimes de contratação de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no Brasil.

O plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou constitucional a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, conhecida como Lei do Petróleo. A decisão, por maioria, foi tomada no dia 16 de março de 2005, no julgamento de Ações Diretas de Inconstitucionalidade ADIs 3273 e 3366 propostas, respectivamente, pelo Governador do Paraná, Roberto Requião, e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

Divergindo do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, e do Ministro Marco Aurélio, que não admitiram a transferência da propriedade da lavra a particulares e votaram pela procedência parcial do pedido, o Ministro Eros Grau considerou que o contratado pode deter a propriedade do produto, não sendo, porém, titular de sua livre disponibilidade.

Para o Ministro Eros Grau, a escolha sobre o regime de contratação de exploração da atividade petrolífera, que no caso se dá pela contratação de empresas estatais ou privadas, como dispõe o artigo 177 da Constituição Federal, é política, e o Poder Judiciário não poderia intervir.

Os Ministros Carlos Velloso, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim acompanharam o voto divergente do Ministro Eros Grau e consideraram improcedente a ação. Já o Ministro Joaquim Barbosa votou pela procedência parcial do pedido.

O Ministro Joaquim Barbosa concluiu não haver qualquer inconstitucionalidade no fato de a lei conferir ao concessionário a propriedade do petróleo e do gás natural depois de extraídos. Ele concordou com afirmação do Ministro Eros Grau de que esse tipo de contrato "traduz uma opção política do legislador," no sentido de concretizar a flexibilização do monopólio da União, prevista na Emenda Constitucional nº 9, de 1995.

Ele concordou com o Ministro Carlos Ayres Britto apenas quanto à inconstitucionalidade da parte da Lei que prevê a aprovação de planos e projetos de desenvolvimento e produção da concessionária de forma automática, caso o órgão regulador não se manifeste sobre eles num prazo de 180 dias.

Os Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio entenderam que a União continua a ter o monopólio do petróleo no Brasil e, por isso, a propriedade da lavra não poderia ser transferida a empresas concessionárias, como dispõe a Lei nº 9.478.

2. TRECHOS DOS VOTOS DOS MINISTROS DO STF

A seguir são transcritos alguns trechos dos votos dos Ministros do STF que demonstram ser constitucional, na forma da lei, a adoção de novos regimes de contratação.

O SENHOR MINISTRO NELSO 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 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 recrutando 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 no incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.” “

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 CARLOS VELLOSO –

“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 por lei as condições sobre as quais os contratos serão realizados.”

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA –

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

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE –

“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.”

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU –

“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”.

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].

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. 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 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.”

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES –

“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.”

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO –

“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.”

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO –

“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.

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.”

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO –

“Com efeito, monopólio é atividade ou propriedade de um só. Unitariedade 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 públicos na sua titularidade. Não, claro, no plano do seu exercício ou da sua prestação aos usuários.”

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de a Lei do Petróleo ter sido declarada constitucional, restou claro da maioria dos Ministros do STF que a propriedade dos bens extraídos decorre do tipo de contratação estabelecido nessa Lei, que é a concessão, e não do art. 176 da Constituição Federal. Restou claro, ainda, que é o artigo 177, que, de fato, rege a matéria.

Assim, a Lei nº 9.478, que atualmente prevê apenas o regime de concessão para atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, pode ser alterada de modo a estabelecer novos regimes de contratação, não sendo inconstitucional a possibilidade de adoção de contratos de partilha de produção e de prestação de serviços, por exemplo, entre a União e empresas estatais ou privadas.