

ENERGIA E CONSTITUIÇÃO

ENERGIA E CONSTITUIÇÃO

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA
FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA
YANKO MARCIUS DE ALENCAR XAVIER
(ORGANIZADORES)



Konrad
Adenauer
Stiftung

FORTALEZA | CEARÁ 2010

© Copyright – 2010

EDITORA RESPONSÁVEL
Anja Czymmeck

COORDENAÇÃO EDITORIAL
Miguel Macedo

PROJETO GRÁFICO e CAPA
Wiron Teixeira

As opiniões externadas nas contribuições deste livro são de exclusiva responsabilidade de seus autores

Todos os direitos desta edição reservados à
FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER
Avenida Dom Luís, 176, Edifício Mercury - Mezanino
CEP 60160-230 - Fortaleza - CE, Brasil
Telefone: 0055 – 85 – 3261.9293 / Telefax: 0055 – 85 – 3261.2164
www.kas.de/brasil - www.sustentavel.inf.br
e-mail: kas-fortaleza@kas.de

Impresso em papel reciclado
Impresso no Brasil – Printed in Brasil

SUMÁRIO

Definição das competências constitucionais dos estados-membros e do distrito federal em matéria de energia	23
Competências constitucionais dos municípios para dispor sobre matérias relacionadas ao serviço de energia	23
Reflexões sobre o regime jurídico dos monopólios federais do petróleo e gás natural no sistema constitucional brasileiro	23
O perfil constitucional da contribuição de intervenção do estado no domínio econômico aplicável ao setor de petróleo e gás natural	23
Tributação indutora no setor energético como instrumento de redução das desigualdades sociais e regionais	23
Terras indígenas e aproveitamento de recursos hídricos para fins de exploração energética	23
A produção e uso do etanol brasileiro em face do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável	23

Reúso de água produzida na indústria do petróleo e gás natural na promoção do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável	23
A utilização dos royalties como instrumento de promoção do desenvolvimento sustentável nos municípios: o caso do rio grande do norte	23
Conteúdo local: redução das desigualdades regionais mediante a regulação da indústria do petróleo e gás natural	23
Limites constitucionais à utilização de recursos hídricos no setor energético	23

AUTORES

Anderson Souza da Silva

Mestre em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Professor Assistente do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Cíntia Bezerra de Melo Pereira Nunes

Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT n. 36.

Edílson Pereira Nobre Júnior

Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Juiz Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte.

Flaviana Marques de Azevedo

Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT n. 36.

Hellen Priscilla Marinho Cavalcante

Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT n. 36.

Indhira de Almeida Cabral

Mestra em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Professora do Curso de Direito da Faculdade Câmara Cascudo.

José Marcelo Ferreira Costa

Mestre em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Professor Convidado do Curso de Especialização em Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – Procurador do Estado do Rio Grande do Norte.

Karoline Lins Câmara Marinho

Especialista em Direito Constitucional - Mestra em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Luiz Paulo Santos Diniz

Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT n. 36.

Otacílio dos Santos Silveira Neto

Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba – Doutor em Direito da Universidade de Saragossa (Espanha) - Professor Assistente do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Patrícia Borba Vilar Guimarães

Mestre em Ciências da Sociedade pela Universidade Estadual da Paraíba - Mestre em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - Doutoranda em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande - Pesquisadora Visitante do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT n. 36.

APRESENTAÇÃO

Esta seleção de textos é composta por ensaios que têm por objeto temas pertinentes ao modo como a questão da energia foi positivada na Constituição Federal de 5.10.1988, abóbada do sistema constitucional brasileiro.

A iniciativa para a sua realização partiu da Coordenação do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, PRH-ANP/MCT nº 36 e do Grupo de Pesquisa em Direito e Regulação dos Recursos Naturais e da Energia, atuantes na Universidade Federal do Rio Grande do Norte desde 2001. Registre-se que há, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, a preocupação de oferecer à comunidade jurídica uma perspectiva constitucional para as demandas e desafios que a economia da energia leva ao ordenamento jurídico.

Na oportunidade, em nome dos coordenadores desta obra, agradeço à Fundação Konrad Adenauer pelo apoio editorial e pelo frequente endosso à produção científica de nosso programa de estudos pós-graduados.

Vladimir da Rocha França

DEFINIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS-MEMBROS E DO DISTRITO FEDERAL EM MATÉRIA DE ENERGIA

Anderson Souza da Silva

1 ENERGIA E DIREITO NA MODERNIDADE

A economia encontrou no último século níveis de expansão antes não experimentados pela humanidade. O desenvolvimento de tecnologias diversas aplicadas ao processo de produção não somente permitiu as transformações do próprio capitalismo – de um capitalismo industrial para um capitalismo financeiro -, mas também das formas de interação social, extravasando os espaços locais para dimensionar relações regionais e globais (FARIAS, 2000, p. 7-8).

O século XXI carrega a herança de uma economia que quer continuar ser veloz e acelerada, desenvolvendo-se nos mesmos níveis ou mesmo em níveis maiores do que o dos períodos anteriores. A tecnologia da informação é emblemática deste ritmo econômico, que torna, em períodos cada vez mais curtos, obsoletos os inventos e as formas de interação humana (FARIAS, 2000, p. 75-81).

A manutenção deste ritmo da economia na Modernidade, porém, é uma questão delicada. Vários pontos de ordem econômica, política e social trazem ao cenário novos desafios.

Dentre os desafios, um que interessa de perto é o da energia. A energia é insumo fundamental da atividade econômica e, dentre as fontes energéticas disponíveis no mundo moderno, foi o petróleo o responsável por esta velocidade da economia atualmente presenciada.

Iniciada no século XIX, a indústria do petróleo vai ser o fundamento de várias atividades econômicas, uma vez que os motores de combustão interna com base nos

derivados do petróleo permitiram uma logística de transporte, otimizando a realização das atividades econômicas em tempo, custo e qualidade.

No século XXI, surgem novamente as preocupações com a escassez e exaustão das reservas de petróleo. A economia, contudo, ainda permanece com forte dependência tecnológica dos derivados de petróleo, com custos consideráveis de substituição em curto prazo até 2030 (OECD/IEA, 2006, p. 37-38).

Além do petróleo, outra fonte de energia que causa preocupação para a economia mundial é o carvão, forte na produção de termelétricidade (OECD/IEA, 2006, p. 38). Tanto o carvão quanto o petróleo não só preocupam pela sua escassez, como também pelos impactos ambientais e sociais, muitas vezes danosos e irreversíveis.

Nestas situações, fala-se em energias alternativas ao petróleo e ao carvão como as energias renováveis (as provenientes de biomassa, força hidráulica e eólica) e em fontes antes condenadas (energia nuclear).

Neste contexto, a gestão da energia muda de papel, em que, além de servir como elemento de geração de riqueza, deve estar preocupada com a eficiência, o impacto ambiental e o impacto social, situando o homem em harmonia com a natureza. Todos esses elementos formam o arcabouço para se falar numa gestão da energia em direção a um desenvolvimento sustentável (MACHADO, 2002, p. 47-48).

Feita esta constatação, há a necessidade de formulação de políticas públicas que envolvam estas novas peculiaridades da gestão energética, bem como o Direito regula o espaço possível para a realização.

Dimensionando estes aspectos, este trabalho investiga o espaço cabível aos Estados-membros e ao Distrito Federal para a realização de políticas públicas na área de energia, com a delimitação da competência destes entes nesta seara. Para isso, em primeiro lugar, situa-se o tema da energia na Constituição para se dar o significado do exercício das competências na área de energia pelos Estados-membros e pelo Distrito Federal. Depois, delimita-se o modelo de competência previsto para estes entes na área de energia, fazendo-se considerações sobre certas fontes de energia e extraindo-se as conclusões do estudo para a efetiva prática de políticas públicas consonantes com a necessidade de nosso tempo.

2 ENERGIA E CONSTITUIÇÃO

A busca de indagações e soluções sobre as questões postas pela energia demanda de toda sociedade respostas multifacetadas. Isto significa a interdisciplinaridade e a multidisciplinaridade ínsitas ao tema, permeando diversos setores do saber. Assim, não só do economista e do engenheiro, mas também do jurista, exigem-se soluções para os desafios institucionais expressos pelo tema.

A energia não é somente um tema de preocupação operacional em termos de custos, eficiência e logística, mas também da melhor forma de organização institucional, considerando os diversos interesses e bens a serem protegidos em face do Estado e da Sociedade.

Pensar Direito e energia é entender a necessidade de organização dos valores institucionalmente relevantes que serão levados em conta numa proposta de uso e aplicação das fontes energéticas disponíveis nos diversos processos em sociedade. O Direito é, antes de tudo, um espaço de intermediação, comunicação entre esses valores (políticos, econômicos, éticos, entre outros) presentes em sociedade, o que possibilita que a energia não seja levada em consideração apenas de um ângulo.

Na Modernidade, o espaço por excelência da comunicação – e por que não dizer, “tensão” – da sociedade consigo mesma por meio do Direito é a Constituição. Pelo menos numa sociedade democrática, as constituições passaram a abarcar uma cosmovisão eclética sobre o mundo, ou seja, não se fechando a uma visão totalizante da sociedade em valores absolutos, na medida da crescente complexidade da sociedade. E a forma privilegiada pela qual esta amplidão valorativa funda o Direito sobre visões múltiplas da sociedade são os princípios.

Além do valor normativo, ressaltado na teoria jurídica, os princípios são formas do Direito fazer circular na sociedade e dentro de si os diversos valores e sentidos que permeiam a textura da realidade social humana. Daí se entender também o caráter de tensão, uma vez que, aumentando a complexidade da comunicação jurídica e as suas possibilidades de realização em sociedade conforme os múltiplos valores em jogo, aumenta-se a capacidade do Direito em não poder realizar num mesmo espaço e tempo os valores por ele preconizados na sua máxima extensão, É a chamada “colisão de princípios”, que não é um problema meramente normativo, mas também de decisão.

Como exemplo, no plano da nossa ordem constitucional relativa à temática abordada, nem sempre direito de propriedade e ao meio ambiente saudável são exigências igualmente realizáveis (MOREIRA, 1987, p. 181).

Quando se fala em decisão, ressalta-se o aspecto importante dos princípios para a matéria deste ensaio, que é seu caráter finalístico. Os princípios atuam na prática do discurso normativo como programas que orientam as busca de finalidades, selecionando consequências normativas (ÁVILA, 2006, p. 78-79). Resulta desse aspecto, não desconsiderando outras características levantadas pela teoria jurídica, que sobre um problema posto ao Direito há de ser levadas em consideração as finalidades a alcançar e, muitas vezes, inconciliáveis, sobre a organização institucional de um tema.

Não é objetivo falar dos princípios constitucionais sobre o tema da energia (SIMONI, 2007, p. 96-120), mas, recorrendo ao art. 170 da Constituição Federal, tem-se que são princípios da ordem econômica – e, conseqüentemente, da regulação sobre a energia, a livre iniciativa e a defesa do meio ambiente (art. 170, *caput* e VI). Considerando-se,

por exemplo, a exploração de petróleo em águas profundas numa região de rica vida marinha, como os corais, há diversas maneiras de se pensar esta situação: 1) proibição da exploração (meio ambiente prevalecendo sobre a livre iniciativa); 2) exploração da área mediante licença ambiental (conciliação entre meio ambiente e livre iniciativa); 3) exploração da área sem licença (livre iniciativa prevalecendo sobre meio ambiente). Há a possibilidade de outras opções normativas, mas este exemplo hipotético, considerando apenas os princípios e não a Constituição vigente no Brasil¹, ressalta as questões que a aplicação dos princípios implicam na prática do discurso normativo.

Em face dessa necessidade de selecionar consequências normativas, para todo princípio uma operação de concretização, densificação faz-se necessária, não como uma passo a mais, mas como intermediação necessária para a operatividade dos princípios. Essa concretização não é só uma tarefa do juiz, mas primeiramente do legislador.

A concretização neste aspecto está na previsão de competências, âmbito de atuação dado as pessoas e órgãos do Estado para atuar na sociedade. Do ponto de vista dos princípios, as competências são a instrumentalização da realização de políticas públicas pelo Estado que densificam os princípios, aqui os voltados para o setor energético. Este sentido insere-se num entendimento da Constituição não apenas como um valor de garantia, mas num conjunto de programas diretivos, ainda que na atualidade esta “diretividade” signifique um diálogo incessante com a sociedade.

3 COMPETÊNCIA ESTADUAL SOBRE ENERGIA

Tratando-se da realização de políticas públicas, a delimitação das competências das pessoas componentes do Estado é importante na coordenação eficaz das atividades da sua alçada. Aqui é relevante definir em que medida os Estados-membros e o Distrito Federal possuem competência para definir políticas públicas para a área energética. Para fins práticos, dividiu-se esta análise sobre o aspecto geral da energia e as regras específicas sobre petróleo, energia elétrica e gás.

Antes, porém, de se adentrar especificamente o tema, deve-se situar a reflexão sobre os pressupostos que definem a competência dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Falar de competência dos Estados-membros pressupõe certo modelo de Estado. Num Estado unitário, falar de competência dos Estados-membros não possui sentido em virtude da sua definição, uma vez que esta forma de Estado não possui níveis de governo, mas apenas um, podendo haver desconcentração e descentralização administrativa (BONAVIDES, 2006, p.160-169).

¹ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

A existência de competência dos Estados-membros está na vinculação do Estado brasileiro ao modelo de Estado Federal. Este modelo de Estado, nascido nos Estados Unidos, pressupõe a existência de pessoas políticas com autonomia, constituindo níveis de governo dentro de um mesmo território, cujo pacto – a Constituição - forma a União. Neste modelo, o Estado possui a soberania e seus membros autonomia (BONAVIDES, 2006, p.193-206).

No caso dos Estados, a autonomia envolve auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração, que se expressam na capacidade de se dar uma Constituição (SILVA, 2005, p. 283).

No federalismo, o modelo brasileiro se distanciou do estadunidense. Nos Estados Unidos, as competências dos estados são reservadas, subtraídas do pacto realizado por meio da Constituição do País, em virtude de a Federação dos EUA ter sido realizada por meio da união efetiva das colônias independentes, antes plenamente soberanas.

No caso do Brasil, a Federação foi mais uma artificialidade do Direito, já que apenas representou a transição de um Estado unitário para um Estado federal por meio da Constituição. Os estados brasileiros eram províncias, entes administrativos sem autonomia. Em virtude dessas características, tradicionalmente no Direito Constitucional brasileiro a técnica que define a competência dos Estados-membros é a dos poderes remanescentes, ou seja, as competências que sobram, não sendo pertencentes nem à União nem aos municípios (SILVA, 2005, p. 288).

Quanto a sua explicitação textual, as competências podem ser: a) escritas expressas, quando diretamente mencionadas no Texto Constitucional; b) escritas implícitas, quando não diretamente mencionadas no Texto Constitucional, mas com suporte nas suas normas escritas; c) não escritas, quando definidas sem suporte expresso ou implícito no Texto Constitucional. A delimitação da competência estadual sobre a matéria energética passa, em primeiro lugar, pelo exame do Texto Constitucional e, portanto, pelas categorias aqui definidas, embora as competências não escritas não seja uma tipologia bem vista pelos autores (CANOTILHO, 2002, p. 543).

No âmbito do Direito brasileiro, conforme a atual Constituição, classificam-se as competências com relação ao federalismo nos seguintes termos: a) competência privativa: competência própria de um órgão com a possibilidade de delegação; b) competência exclusiva: competência

própria de um órgão exercida com a exclusão do outro; c) competência comum: a competência de um órgão não exclui a de outro (são também chamadas de competências administrativas); d) competência concorrente: são competências comuns às pessoas políticas do Estado, em que a União tem o papel de estabelecer as normas gerais (SILVA, 2005, p. 263; 273; 276).

Analisando o Texto Constitucional, é perceptível que os Estados não possuem uma competência genérica sobre a regulação da atividade energética. Conforme o art. 22, IV da Constituição Federal, cabe à União legislar privativamente sobre energia. Nas constituições, anteriores era particularizado o caso da energia elétrica. Atualmente, conforme este dispositivo, incluem-se neste conceito várias fontes de energia não renováveis e renováveis (térmica, elétrica, eólica, entre outras) (SILVA, 2005, p. 266).

O parágrafo único do art. 22, contudo, possibilita que lei complementar autorize os Estados a legislar sobre questões específicas sobre essa matéria, excluídos os casos da energia nuclear (competência exclusiva e monopólio da União, em virtude do art. 21, XXIII e art. 177, V, Constituição Federal) e do petróleo e derivados na extensão delimitada pelos arts. 177, I a IV da Constituição Federal.

É observável que, do ponto de vista das competências expressas escritas, resta muito pouco aos Estados para formação de políticas genéricas na área energética, com exceção do gás, o que será analisado posteriormente.

Quando analisadas as competências comuns e concorrentes mais de perto, verifica-se um espaço interessante de atuação dos Estados-membros e do Distrito Federal. No âmbito da competência comum (competência administrativa, diga-se), encontra-se uma matéria importante para a regulação estatal sobre a energia, que é a defesa do meio ambiente (art. 23, VI e VII da Constituição Federal). De fato, atividade de produção, distribuição e consumo de energia, ainda que proveniente de energias renováveis, causa impactos significativos no meio ambiente, necessitando o Estado de operar instrumentos que preservem o meio ambiente para as gerações futuras, como o estudo prévio de impacto ambiental (art. 225 da Constituição Federal).

Desta maneira, cada Estado no seu âmbito pode exigir as medidas necessárias para a proteção ambiental. O problema que surge é relativo à delimitação de competência de cada ente federal envolvido (União, estados e municípios) haja vista que muitas vezes não pode restar claro quem será responsável pela realização das exigências de proteção ambiental cabíveis no caso, podendo haver choques e superposições no âmbito legislativo e administrativo e falta de coordenação na prática (ANTUNES, 2004, p. 85; 90). A Constituição exprime que caberá a leis complementares fixar normas de cooperação entre os entes federados (art. 23, parágrafo único, da Constituição Federal). Enquanto não editada a lei complementar, a responsabilidade é solidária entre os entes da Federação pela proteção ambiental no âmbito da competência comum (MILARÉ, 2007, p. 181).

No plano da competência concorrente (competência legislativa, diga-se), encontra-se o poder para regular sobre a matéria de direito tributário, direito econômico, produção e consumo, responsabilidade por dano ao meio ambiente e defesa do consumidor. No terreno da competência concorrente, cabe à União editar normas gerais, podendo os estados e o Distrito Federal suplementar esta legislação (art. 24, § 1 e 2, da Constituição Federal).

A competência tributária caminha lado a lado com a competência em sede de Direito Econômico. Pela tributação, os estados podem incentivar ou desincentivar a utilização de certo energético. Ao cobrar o imposto estadual sobre circulação de mercadorias e serviços - ICMS, pode haver alíquotas diferenciadas para cada energético em razão do princípio da seletividade (art. 155, § 2, III, da Constituição Federal), bem como poderá o Estado dar tratamento diferenciado sobre o fato de o veículo usar certo tipo de energético (art. 155, § 6, II).

A competência tributária anda lado a lado com a de Direito Econômico, uma vez que, ao lado das funções de fiscalização e planejamento, cumpre aos Estados na sua função de agente regulador e normativo da economia a função de incentivo (art. 174 da Constituição Federal). Na função de planejamento, os estados podem elaborar planos estaduais de energia, de modo a, por exemplo, mapear os potenciais energéticos de cada Estado e assim elaborar suas peças orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Anual Orçamentária) de maneira que contemplem ações no campo da energia.

Ainda no âmbito do Direito Econômico, uma questão interessante é da possibilidade de os Estados criarem empresas que explorem energia. Sendo a atividade classificada como atividade econômica, deve respeitar a subsidiaridade da atuação estatal, ou seja, somente na constatação de relevante interesse coletivo e por imperativos de segurança nacional (art. 173, da Constituição Federal). Não haverá dúvidas dessa possibilidade no caso do oferecimento de serviços públicos, uma vez que é dever de prestá-los em primeiro lugar na sua forma direta (art. 175, da Constituição Federal).

Ressalta-se a competência para a defesa do consumidor. No caso da energia, ela volta-se para o consumidor de energia, isto é, o usuário, que é uma figura mais ampla do que o consumidor caracterizado no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que podem ser usuários pessoas jurídicas nãohipossuficientes. Considerando-se num sentido estrito, porém principalmente o consumidor pessoa física, problemas no consumo da energia podem ser cuidados pelos estados por meio de instrumentos administrativos que recebam as reclamações do consumidor.

Percebe-se que, se do ponto de vista das competências expressas escritas não restam muitas tarefas para os Estados-membros o Distrito Federal, sob o prisma das competências implícitas escritas.

3.1 Competência sobre petróleo

No âmbito da indústria petrolífera, as atividades de exploração, produção, refino, exportação, importação, transporte marítimo e transporte dutoviário de petróleo e derivados são monopólio da União (art. 177 da Constituição Federal). Pelo lado da distribuição e da revenda, é prevista lei federal para a regulação desta matéria (art. 238, da Constituição Federal).

A Constituição prevê, no entanto, no âmbito da competência comum, a competência dos estados-membros para registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios (art. 23, XI, da Constituição Federal). Por esta norma, estão autorizados os estados-membros e o Distrito Federal a acompanhar a exploração e produção de petróleo na interpretação de que eles foram tratados como minério na Constituição (BUCHER, 2007, p. 7-8), embora do ponto de vista estritamente técnico o petróleo e derivados sejam hidrocarbonetos. Independentemente desta questão, a Lei do Petróleo (Lei 9478/97), prevê, no seu art. 8º, VII, a possibilidade de realização de convênio entre a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP para fiscalizar as atividades integrantes da indústria do petróleo e gás.

3.2 Competência sobre energia elétrica

Com relação à energia elétrica, o serviço público de energia elétrica e o aproveitamento de potenciais hidráulicos são de competência da União (art. 21, XII, b, da Constituição Federal).

Os estados possuem competência nessa matéria em duas situações. A primeira, já reportada, é a de registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos em seus territórios (art. 23, XI, da Constituição Federal). A segunda, prevista pelo próprio art. 21, XII, b, é a articulação da União com os estados para os oferecimentos de serviço de energia elétrica.

No caso do serviço de energia elétrica, a União tem-se articulado com os estados-membros no Brasil por meio das agências reguladoras, em que a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL realiza convênios de fiscalização e acompanhamento das concessões de distribuição de energia elétrica com as agências reguladoras estaduais do País, como ocorre nos casos da ARSEP - Agência Reguladora de Serviços Públicos do RN e da ARSESP - Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo.

3.3 Competência sobre gás

Conforme o art. 25, §2º, da CF, aos estados cabe prestar diretamente os serviços locais de gás canalizado. A Constituição permitiu a possibilidade de execução indireta por meio da concessão de serviço público. Desta maneira, a competência para prestação do serviço está conjugada com o poder de regulação sobre a atividade (CAVALCANTI, 2002, p. 167-168). Percebe-se na prática que os estados fizeram a opção por executar indiretamente a atividade, mediante a celebração de contrato de concessão com empresas públicas e privadas.

Assim, estão excluídas as atividades da cadeia do gás natural que definem o monopólio da União, presentes no art. 177 da Constituição Federal e comentadas há pouco. Estas atividades são a pesquisa e a lavra de jazidas de gás natural, importação e exportação de gás natural, transporte marítimo e transporte por conduto de gás natural.

A competência sobre a distribuição de gás natural envolve dois problemas: a) a extensão do poder regulatório dos Estados sobre as formas da distribuição; e b) a separação da atividade da distribuição de transporte.

A respeito da extensão do poder regulatório, na atualidade, há duas formas básicas de o gás chegar ao consumidor: canalizado, na forma de GNC – gás natural comprimido, cuja distribuição é feita por caminhões; na forma de GLP – gás liquefeito de petróleo.

A Constituição enseja um problema na prática ao falar em gás canalizado. Esta expressão, combinada com o art. 22, IV, CF, significaria que os estados possuem competência apenas para o gás canalizado, ficando a regulação do GNC para a União. Este ponto de vista não é pacífico, havendo dúvidas se o GLP está excluído do poder regulatório estadual pelo simples fato de ser derivado de petróleo ou se poderia ser incluído no caso de ser distribuído na forma canalizada (SILVA, 2005, p. 288; MANOEL, 2006).

No que concerne à separação da atividade de transporte da de distribuição, a definição da competência dos estados-membros mescla argumentos econômicos e jurídicos. O argumento econômico é de que, na prática da indústria brasileira, a divisão técnica entre transporte e distribuição está no momento de transferência da custódia do gás. Considera-se atividade de transporte a condução do gás por dutos até um ponto que é chamado na indústria de *city gate* (portão da cidade), que é o local de transferência de custódia do gás para as distribuidoras, bem como muitas vezes local de abaixamento de pressão do gás recebido. Do ponto do *city gate* até os consumidores do gás, considera-se atividade de distribuição.

Essa prática da indústria a interpretação de que “serviços locais de gás canalizado” são equiparados à “distribuição de gás natural”, não obstante a expressão “serviços locais de gás canalizado” presente no dispositivo remeta a outras raízes históricas, que

era a distribuição de gás pelos estados, remontando ao início do século XX, como alternativa para iluminação das grandes cidades. A interpretação desta atividade como prestada em serviço público está ligada ao fato de que o dispositivo fala em concessão, o que nos cânones da doutrina administrativa no Brasil se construiu sobre a noção de serviço público.

Há de se notar, no entanto, que a Constituição silencia sobre um critério para afirmar onde começa a atividade da distribuição e termina a de transporte, gerando dúvidas.

Esta “dúvida” apresentada leva a interpretações sobre este problema da competência regulatória quanto à divisão das atividades de transporte e distribuição.

Uma interpretação se pauta na defesa da concorrência. A Secretaria de Direito Econômico – SDE, em parecer no Ato de Concentração n.º 08000.021008/97-91 na privatização da Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro – CEG, definiu os “serviços locais de gás canalizado” em função da pressão no gasoduto. A atividade de distribuição é aquela feita a baixa pressão e o transporte é a atividade de conduto a alta pressão. Esta definição é razoável, pois um grande consumidor pode adquirir gás em alta pressão sem precisar se valer da aquisição à distribuidora.

Nas palavras do Parecer, no Brasil, a atividade da distribuição de gás canalizado é implicitamente entendida como o transporte que se faz do produto a partir do *city gate* para os consumidores finais. Essa definição não guarda relação com a pressão com a qual o transporte está sendo realizado. De forma diversa, nos países da Comunidade Europeia, por meio da Diretiva do Gás², a distribuição é definida como o transporte de baixa pressão do gás canalizado, ao passo que o transporte de alta pressão é considerado como atividade de transmissão. A definição europeia é bem mais razoável do que a utilizada no País, dado que os grandes consumidores de gás canalizado não necessariamente precisam se utilizar do serviço de transporte de baixa pressão, ao contrário dos pequenos e médios consumidores (CAVALCANTI, 2002, p. 164).

Outra interpretação é de que a expressão “serviços locais de gás canalizado” deve ser interpretada em dois sentidos: de que o termo gás limita a competência estadual ao caso de gás combustível não quando matéria-prima e de que a competência estadual atua com exclusividade apenas do âmbito do conduto do gás, não da sua comercialização. Em suas palavras, partindo da premissa de que o objeto da competência estadual é o gás destinado a uso combustível, pode-se deduzir que o serviço local de gás canalizado significa o serviço de entrega de gás, através de dutos, para uso como combustível (CAVALCANTI, 2002, p. 165).

É perceptível nessas interpretações o fato de que elas, embora circunscritas a preocupações diferentes, levam ao mesmo caminho, isto é, de que se crie uma série de agentes econômicos compradores de gás na indústria que sejam consumidores livres na área

2 A referência da SDE é à Diretiva 98/30/CE, atualmente revogada.

da distribuição (livre acesso na distribuição), com opção de contratar diretamente a compra do gás com o produtor ou outro agente.

As interpretações que forcejam “criar” uma categoria de consumidores livre esbarram numa série de obstáculos, dos quais se destaca o problema semântico do texto. Notadamente os textos constitucionais usam termos que se tornam com o uso semanticamente muito abrangentes perante o estado da articulação dos termos gerais do texto e a busca empírica de sua correspondência, ou, mais tecnicamente, as suas referências. Isto fica mais patente no caso em foco, já que tanto a expressão “transporte de gás natural” quanto “serviços locais de gás canalizado” cobrem uma vastidão de possibilidades. O uso de um termo na Constituição não implica de *per se* que exista previamente uma delimitação de sua extensão de modo a lhe dar uma referência empírica.

Deste modo, as expressões “transporte” e “serviços locais de gás canalizado”, tanto pela ambigüidade de usos que permitem, quanto pelos termos em que se encontram no Texto Constitucional, são insuficientes para delimitar a distinção entre cada uma delas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização de políticas públicas para a condução da exploração do setor energético no Brasil é uma necessidade imposta por um modelo de desenvolvimento sustentável, que equilibre crescimento econômico com os impactos sociais e ambientais.

É perceptível, entretanto, que os Estados-membros e o Distrito Federal não possuem ampla competência expressa escrita no sistema constitucional brasileiro. Salvo o caso do gás canalizado, as competências que podem ser desenvolvidas pelo Estado estão à sombra do trabalho desempenhado pela União.

Igualmente, constata-se que a competência estadual sobre gás canalizado levanta muitas dúvidas quando comparados o Texto Constitucional e a prática do mercado.

Isso acontece pelo fato de que a competência sobre a matéria energética foi estabelecida em dois níveis: geral (qualquer fonte de energia) e específica (tratamento diferenciado para cada fonte energética).

Diante das mudanças tecnológicas, em que a complementaridade das fontes em oferecer energia (hidráulica e gás, para oferecer energia elétrica) é uma realidade cada vez mais comum, bem como o desuso ou mesmo a falta de importância de certas fontes, é importante pensar se este modelo constitucional é ainda adequado para os novos tempos.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiro Editores, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BUCHEB, Jose Alberto. *Direito do Petróleo: a Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2002.
- CAVALCANTI, José Roberto P. C. Faveret. Limites da competência estadual em matéria de gás. In: VALOIS, Paulo (org.). *Temas de direito do petróleo e gás natural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MANOEL, Cácio Oliveira. *Aspectos Regulatórios e Modelos Contratuais Aplicáveis ao Mercado de Distribuição de Gás Natural a Granel (Gás Natural Comprimido – GNC e Gás Natural Liquefeito – GNL) no Brasil*. São Paulo: USP/IEE, 2006.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente – a Gestão Ambiental em Foco*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.
- MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. Lisboa: Editorial Caminho, 1987.
- OECD/IEA. *World Energy Outlook 2006*. Paris: OECD/IEA, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- SIMONI, Rafael Lazzarotto. Princípios do Direito da Energia e Integração com o Direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 47, p. 96-120, 2007.

COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS MUNICÍPIOS PARA DISPOR SOBRE MATÉRIAS RELACIONADAS AO SERVIÇO DE ENERGIA

José Marcelo Ferreira Costa

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este estudo tem por finalidade abordar as competências constitucionais reservadas aos municípios sobre matérias referentes à prestação do serviço de energia.

Não há dúvida de que a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia se encartam no âmbito de titularidade dos serviços reservados à União (art. 21, XII, da Carta de 1988), cuja atividade se impõe ao Poder Público para prestação direta ou sob o regime de concessão ou permissão (art. 175 da Carta de 1988).

A disponibilização do benefício material à coletividade, entretanto, pressupõe a utilização de sistemas ou redes coletivas para o atendimento direto ao usuário. Tais equipamentos ou estruturas são implantados em áreas privadas ou públicas localizadas na urbe.

Considerando que os municípios possuem competências administrativas e legislativas para dispor sobre uso e ocupação do solo urbano (art. 30 da Carta de 1988), bem assim a garantia da função social da cidade (art. 182, *caput*, da Carta de 1988), exsurge a relevância da investigação pertinente à ação da edilidade e os limites constitucionais para edição de normas sobre a matéria.

2 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS PARA LEGISLAR E EXPLORAR SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA

O Texto Constitucional prescreve competências que reservam a titularidade da União para execução do serviço de energia e para expedir normas que inovam na realidade

jurídica (competência legislativa constante dos art. 21, XII, “b”, Art. 22, IV, Art. 23, XI, da Carta de 1988³).

No âmbito infraconstitucional, o setor recebeu marco regulatório com a edição da Lei Federal n. 8.987, de 1995, Lei Federal n. 9.074, de 1995, e Lei Federal n. 9.427, de 1996, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, bem como fixou que a atividade é complexa por envolver produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica.

A etapa da **geração** envolve a transformação de outras formas de energia em energia elétrica, cujo regime poderá ser público, autoprodução e o de produtor independente (art. 6º da Lei Federal n. 9.074, de 1995).

Conforme prevê o art. 4º do Decreto n. 41.019, de 1957, a fase da transmissão refere-se ao “transporte de energia do sistema produtor às subestações distribuidoras, ou na interligação de dois ou mais sistemas geradores”.

A comercialização foi inserida recentemente no sistema brasileiro em virtude da abertura do setor energético à exploração de empresas particulares. A comercialização de energia pode ser feita livremente pelos geradores (público, autoprodução e o de produtor independente), conforme prevê o art. 10 do Decreto Federal nº 2.655, de 02 de julho de 1998.

Interessa anotar que o comercializador é o que aliena a energia elétrica, mas só a entrega na hipótese de ser o concessionário das instalações físicas existentes no local da destinação do produto; ou seja, se houver coincidência entre comercializador e distribuidor local. Não se pode olvidar a existência de situações em que o usuário adquire diretamente do produtor a energia elétrica que pretende utilizar.

Vê-se, portanto, que todas as atribuições legislativas e administrativas relacionadas ao setor elétrico encartam-se no rol de competências da União. O Ente Federal não só expede normas sobre a matéria, como também celebra contratos de concessão ou expede atos de autorização para que entes públicos ou particulares explorem o serviço de energia elétrica.

3 Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

(...)

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

(...)

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

Art. 20. São bens da União:

(...) VIII - os potenciais de energia hidráulica;

3 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS: AÇÕES LEGISLATIVAS E ADMINISTRATIVAS RESERVADAS AOS MUNICÍPIOS

A Federação consubstancia-se em uma forma moderna de organização do poder estatal, surgida em 1787, com o advento da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Seus traços *clássicos* fundam-se na repartição de competências entre uma pessoa jurídica central, denominada “União”, e as expressões das organizações regionais, mais frequentemente conhecidas por “Estados-Membros” ou, em certos casos, “Províncias”. O modelo federativo enseja a *existência de mais de um núcleo de poder autônomo dentro de um Estado*, cujo exercício se dá consoante as repartições empreendidas no seio da Constituição para cada compartimento político (cf. TEIXEIRA, 1991, p. 647).

Perante a realidade jurídica nacional, desde o primeiro Documento Magno da República (1891), o federalismo⁴ foi acolhido como princípio basilar à estruturação do Estado, consubstanciando-se em evidente exemplo de *decisão política fundamental*, no sentido empregado por Carl Schmitt (cf. FERREIRA, 1995, p. 739). Sem fugir da nossa *tradição constitucional*, a Carta de 1988 definiu precisamente quais são os entes federativos⁵ da República e lhes conferiu competência para se organizarem e se administrarem.⁶

Raul Machado Horta (2003, p. 311) esclarece que “*a importância da repartição de competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação constitucional de cada um.*” (Grifos acrescidos).

Na acepção jurídico-constitucional, a ideia de *competência* não significa apenas a possibilidade de o ente editar normas jurídicas por intermédio de seu respectivo Parlamento. Perante a Carta de 1988, é visível a coexistência de nexos de atribuições *legislativas e administrativas* (cf. SILVA, 2002, p. 475 ss.; e SAMO, 2002, p. 63), cujos limites são estabelecidos no Texto Constitucional a fim de que se evitem *ações sobrepostas* ou mesmo *incompatíveis* com as *finalidades precípua*s de cada ente federativo (cf. SUNDFELD, 1993, p. 272 ss).

4 A Constituição atual reservou à descentralização política tratamento especial, conferindo-lhe o caráter de cláusula pétreia, ou seja, imutável perante o chamado Poder Constituinte Derivado (Poder de Reforma), diante o disposto no art. 60, § 4º, inciso I, que estabelece: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado”.

5 Ressalte-se que a Federação no Brasil não reproduz – com exatidão – o modelo clássico estadunidense, uma vez que elevou os municípios à categoria de entes autônomos. Com efeito, há correntes doutrinárias que não reconhecem status de ente federativo aos municípios, uma vez que este não reúne certos requisitos necessários, tais como uma câmara de representação na aliança, a tripartição dos poderes etc. Malgrado pese tais considerações, não se pode negar que o art. 1º e o 18, da Constituição Federal de 1988, conferiram autonomia aos municípios.

6 Arts. 18 a 36, da Constituição Federal de 1988.

As *competências legislativas* classificam-se em: (i) exclusivas (art. 25, § 1º e § 2º; art. 30, I); (ii) privativas (art. 22), (iii) concorrentes (art. 24 e art. 30, II); e, (iii) suplementares (art. 24, § 2º). Registre-se que, em se tratando de competência para editar normas jurídicas, é inexorável que cada pessoa política não deve ultrapassar as fronteiras fixadas, sob pena de se expedir um ato inconstitucional. *Exempli gratia*, se é atribuição da União legislar sobre Civil, qualquer pretensão normativa de um município sobre a matéria será evidentemente viciada.

Já as chamadas *competências administrativas* ou de *execução – destinadas à prestação dos serviços públicos, à expedição de atos que limitam o exercício da liberdade e propriedade dos indivíduos, à implementação de programas de governo, à cooperação entre entes públicos e/ou privados* – catalogam-se sob as formas seguintes: (i) privativa (art. 21), somente exercitáveis pelo ente indicado na Constituição; e (ii) comum ou paralela (art. 23), que podem ser desempenhadas *indistintamente* por todos as pessoas políticas, na medida dos seus respectivos interesses *geral, regional* ou *local*, ou mediante cooperação entre os entes nos limites da legislação.

Vê-se, portanto, que a reserva de competências estabelecida na Constituição Federal – *para o exercício da função administrativa* – tem por objetivo impor a cada ente político o dever de agir na sua esfera de atribuições, sem usurpar as competências originalmente conferidas a outrem. Não há vedação, no Texto Constitucional, à possibilidade de as pessoas políticas firmarem termos de cooperação entre si, a fim de se obter o implemento das finalidades fixadas no pacto federativo.⁷

No caso específico dos municípios, reservou-se a tutela dos *interesses locais* (art. 30 da Carta de 1988⁸) entendidos como aqueles que envolvem apenas as questões

7 Lei Federal n. 9.427, de 1996:

"Art. 20. Sem prejuízo do disposto na alínea "b" do inciso XII do art. 21 e no inciso XI do art. 23 da Constituição Federal, a execução das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização dos serviços e instalações de energia elétrica poderá ser descentralizada pela União para os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio de cooperação.

§ 1º A descentralização abrangerá os serviços e instalações de energia elétrica prestados e situados no território da respectiva unidade federativa, exceto:

I - os de geração de interesse do sistema elétrico interligado;

II - os de transmissão integrante da rede básica.

§ 2º A delegação de que trata este Capítulo será conferida desde que o Distrito Federal ou o Estado interessado possua serviços técnicos e administrativos competentes, devidamente organizados e aparelhados para execução das respectivas atividades, conforme condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A execução, pelos Estados e Distrito Federal, das atividades delegadas será permanentemente acompanhada e avaliada pela ANEEL, nos termos do respectivo convênio."

8 Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da

intramunicípio. O interesse local é aquele predominantemente do município e que se esgota nas suas fronteiras. Eis a razão pela qual os serviços públicos de titularidade reservada constitucionalmente envolvem o transporte intramunicipal, saneamento local, limpeza pública, entre outros.

Inserem-se no âmbito de atribuições do município o disciplinamento do uso e ocupação do solo, o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, bem como promover a função social da propriedade (cf. FRANÇA, 1999, p. 12) e da cidade (art. 182, *caput*)⁹. Tais atividades exercidas pelo Poder Público relacionam-se ao rol das ações do poder de polícia estatal.

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO “PODER DE POLÍCIA”

Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 688) esclarece que o poder de polícia se destina a condicionar a liberdade e a propriedade,¹⁰ abrangendo tanto os atos do Legislativo como do Executivo (enquadrando-se em acepção ampla ou estrita).

Quando envolve atos decorrentes das funções legislativa e administrativa, tem-se o sentido amplo. Se as intervenções, “quer gerais ou abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças e as injunções) do Poder Executivo”, acolhe-se o sentido mais estrito, equiparável à expressão polícia administrativa.

Apesar da filiação à exegese do administrativista da PUC/SP, não se corrobora sua asserção ao referir que, por meio do poder de polícia, busca-se do

ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

9 “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (sem grifos no original). (...).

10 Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 684-686) segue as lições de Renato Alessi e oportunamente nos esclarece: “convém desde logo observar que não se deve confundir liberdade e propriedade com direito de liberdade e direito de propriedade. Estes últimos são as expressões daqueles, porém tal como admitidas em um dado sistema normativo. Por isso, rigorosamente falando, são limitações administrativas ao direito de liberdade e ao direito de propriedade – é a brilhante observação de Alessi – uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito.” Em outra passagem de igual valor o autor conclui: “De todo modo, entretanto, descaberia falar em limitação a direitos, pois os atos restritivos, legais ou administrativos, nada mais significam senão a formulação jurídica no âmbito do direito. Exatamente por isso, é ilegal a ação da Administração que, a pretexto de exercer o poder de polícia, se interna na esfera juridicamente protegida da liberdade e da propriedade. Eis por que, se não há tumulto, descabe dissolver comício sob tal fundamento (...). Portanto, as limitações ao exercício da liberdade e da propriedade correspondem à configuração de sua área de manifestação legítima, isto é, da esfera jurídica da liberdade e da propriedade tuteladas pelo sistema. É precisamente esta a razão pela qual as chamadas limitações administrativas à propriedade e à liberdade não são indenizáveis.”

particular uma abstenção, ou seja, “não se exige nunca um *facere*, mas um *non facere*” (cf. MELLO, 2001, p. 690). Para o renomado jurista, mesmo nas supostas situações em que há um aparente dever de agir, na verdade, busca-se uma inação ou abstenção (*v.g.*, não se eximir de instalar equipamentos de incêndio em prédios). Este aspecto teórico (isoladamente) não nos parece ser o mais correto.

A concepção de Agustín Gordillo (1998, p. V-19), diversa da formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, é mais adequada, pois “el que la actividad policial sea solamente prohibitiva es una concepción sin curso actualmente:

las obligaciones de hacer instalaciones de seguridad contra accidentes, contra incendios, de primeros auxilios, et cétera; la obligación de vacuarse, de poner silenciadores en los escapes de los vehículos, de construir cercos, de exponer al público listas de precios (...), son todas obligaciones policiales positivas y no meras prohibiciones. Luego, también ha desaparecido esta característica de la policía”.

Na doutrina nacional, Lúcia Valle Figueiredo (1979, p. 284-286)¹¹ segue o mesmo entendimento do administrativista argentino, destacando que o poder de polícia enseja não apenas a obrigação de não fazer, como também a obrigação de fazer.¹²

A orientação segundo a qual a municipalidade determina obrigações positivas aos particulares já tinha figurado no parecer da lavra do então procurador do Município de São Paulo, o juspublicista J. H. Meirelles Teixeira (1949, p. 254-280), quando preclaramente manifestou a possibilidade jurídica do Poder Público impor, nas novas edificações, a construção de coberturas denominadas “marquises”, seja por questões de embelezamento da cidade ou em benefício da saúde, segurança e conforto da população.

No texto da Carta de 1988, há hipótese normativa segundo a qual a Administração – no exercício da polícia administrativa – pode determinar uma obrigação de fazer ao particular. Trata-se do enunciado prescritivo do art. 182, § 4º, inciso I, que impõe o parcelamento e edificação compulsória, cuja recente regulamentação, em sede de legislação infraconstitucional, encontra-se atualmente prevista no art. 5º, da Lei Federal n. 10.257, de 2001 (Estatuto da Cidade).

11 Hely Lopes Meirelles (2000, p. 87) diz que o poder de polícia se exterioriza “em imposições unilaterais e imperativas, sob a tríplice modalidade: positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer)”.

12 Carlos Ari Sundfeld (1997, p. 57 ss.) analisa a problemática sob o tema “condicionamentos administrativos de direitos”. Para o autor os condicionamentos dividem-se em: i) limites; ii) encargos; e, iii) sujeições. Os limites administrativos de direitos são os condicionamentos consistentes em deveres de abstenção (não fazer). Os encargos podem ser definidos como deveres positivos (de fazer). Já as sujeições geram a situação passiva do “dever de suportar”.

Seja qual for a concepção adotada, o certo é que o poder de polícia serve ao condicionamento das atividades dos particulares em prol do interesse coletivo (bem-estar social). E, apenas para ilustrar, alguns exemplos são oportunos: (i) quando a lei prevê que em determinada zona urbana os terrenos deverão ocupar apenas 80% (oitenta por cento) do lote, com área edificada, o Poder Público somente outorgará a respectiva licença se o projeto se encontrar adequado ao respectivo preceito normativo; e (ii) se para uma dada zona residencial há previsão de instalação de apenas um *shopping center*, e este já estiver edificado, o particular que pretender construir outro equipamento da mesma natureza terá seu pedido de licença negado pelo órgão municipal competente; entre outros.

5 SOLO URBANO (E URBANIZÁVEL) PARA FINS DE IDENTIFICAÇÃO DO CHAMADO INTERESSE LOCAL

Apesar da existência dos entes políticos diversos, com suas competências moldadas pela ordem constitucional, podemos dizer que habitamos no Brasil, em um determinado Estado Federal, mas vivemos nos municípios (já rotulados por mínimas células político-administrativas). É incontroverso a qualquer indivíduo constatar empiricamente, perante o município em que este esteja ou não domiciliado, a existência de áreas urbanas e áreas rurais (é certo que há alguns municípios que já não possuem áreas rurais).

O Município forma um bloco suscetível de ser juridicamente dividido em: (i) zona urbana, onde encontramos as edificações e equipamentos urbanísticos voltados às habitações, indústrias e serviços; (ii) zona urbanizável (de expansão urbana¹³ ou de urbanização específica), haja vista as aglomerações urbanas encontrarem-se em constante desenvolvimento; e (iii) zona rural, local destinado, preponderantemente, ao desenvolvimento das atividades de cunho agropecuário.

O Direito positivo brasileiro, para fins de tributação, classifica a propriedade imobiliária em rural e urbana.¹⁴ Por esta razão, considerável gama de juristas segue a corrente

13 Zona de expansão urbana é a que se reserva para receber novas edificações e equipamentos urbanos, no normal crescimento das cidades e vilas. Essas zonas, ainda que na área rural, devem ser desde logo delimitadas pelo Município e submetidas às restrições urbanísticas do Plano Diretor e às normas do Código de Obras para suas edificações e traçado urbano" (MEIRELLES, 1990, p. 70).

14 O Código Tributário Nacional acolheu o critério da localização do imóvel (art. 29 e art. 32, da Lei nº 5.172/66) para definir os espaços urbanos e rurais. Ulteriormente, o advento do Decreto-lei 57/66 modificou a sistemática, aliando a este critério o da finalidade do imóvel. A Lei 5.868/79 tratou de somente considerar "imóvel rural" aquele destinado à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial, cuja área fosse superior a um hectare independentemente da sua localização. Em 1996, mais uma inovação: o art. 1º, da Lei nº 9.393, prescreveu como "propriedade rural" todas as glebas localizadas fora da zona urbana do município (ou a ela equiparável). Isso posto, mantém-se acesa a controvérsia a respeito de os municípios tributarem ou não os então chamados sítios de recreio, bem como as pequenas propriedades localizadas em área urbana voltadas para utilização de fins rurais. Conferir "Código Tributário Nacional Comentado" (FREITAS, 1999, p. 88-89). A leitura de tal obra leva-nos a crer que a situação encontra-se pacificada. Não obstante, a complexidade do problema consiste no fato de que tanto o Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) como o Decreto-lei 57/66 foram recepcionados como leis complementares, portanto, não são passíveis de modificação por meio de lei ordinária (ambas leis nº 5.868/79 e nº 9.393/96). Por esta razão, deverá prevalecer o critério localização-finalidade para fins tributários.

que prega a coincidência dos critérios tributários e urbanísticos, para estipulação espacial da propriedade imobiliária no Brasil.

A Constituição Federal (art. 30, inciso VIII) atribui competência ao município para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”. Logo, a lei municipal deverá estabelecer, consoante sua realidade material peculiar, quais são as áreas urbanas ou as que lhes são equiparáveis (zona urbanizável), utilizando como parâmetro à sua empreitada alguns dispositivos legais.

Não obstante a competência para tributar a propriedade imobiliária no nosso País, bipartida entre a União (propriedade rural) e o município (propriedade urbana),¹⁵ a política desenvolvida no seio do planejamento urbanístico apenas toma como referencial as prescrições tributárias, até porque as finalidades dos respectivos subdomínios do direito (urbanístico e tributário) são bastante diversas.¹⁶

Sem maiores digressões, vejamos quais os pontos lançados pela lei tributária à identificação da zona urbana (ou a ela equiparável).

Reza o Código Tributário Nacional que o critério espacial da zona urbana, para efeitos de imputação da regra-matriz de incidência tributária, é o atendimento a pelo menos dois dos melhoramentos enumerados nos incisos I a V do art. 32, parágrafo único, do referido diploma legal.¹⁷

Já as zonas de expansão urbana (áreas urbanizáveis), consoante a dicção do art. 32, § 2º, do CTN, são as áreas de loteamentos destinados à indústria, serviços ou habitações. Certamente, a visão restrita do legislador na década de 1960, que selecionou tal hipótese normativa, encontra-se muito distante da missão imposta aos municípios perante a Carta de 1988.

A propósito, pertinentes são os ensinamentos de José Afonso da Silva (1997, p. 154), pois adverte que “do ponto de vista urbanístico essas limitações são inaceitáveis

(...) O Município pode, e talvez até deva, estabelecer zonas de expansão urbana,

15 Para Hely Lopes Meirelles (2000, p. 115) “a delimitação da zona urbana deve ser feita por lei municipal, tanto para fins urbanísticos como para efeitos tributários.” Mais adiante: “É de toda conveniência que a lei urbanística municipal faça coincidir as suas exigências com as do Código Tributário Nacional, ou, pelo menos, as imponha com maior rigor, a fim de que possa arrecadar na área o imposto predial e territorial urbano”.

16 “[...] não podemos apegar-nos à qualificação urbanística do solo. Mas temos que reconhecer que o Código Tributário Nacional é que fornece a base legal mais coerente para definirmos essa qualificação e nela se têm baseado algumas leis de zoneamento” (SILVA, 1997, p. 152).

17 Art. 32 – omissis.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos dois dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público:

I – meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais;

II – abastecimento de água;

III – sistema de esgotos sanitários;

IV – rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V – escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

bem como zonas urbanizáveis, antes e independentemente de qualquer loteamento, porque este só deve ser possível nas zonas já definidas como de destinação urbanística, e não o contrário como ocorre na concepção do Código Tributário Nacional, que inverte os termos do problema”.

Logo, as áreas de expansão urbana não são limitadas somente às áreas de loteamentos destinados à indústria, serviços ou habitações, tal como prescreve a legislação tributária; mas a todas as localidades destinadas ao crescimento dos aglomerados urbanos, onde se instalarão construções e equipamentos urbanos. Malgrado toda a problemática abalizada pela legislação tributária, repisemos a ideia de que os entes municipais apenas devem tê-la como parâmetro indicativo.

Ante os argumentos sustentados, concluímos que as zonas urbanizáveis podem (e devem) ser equiparadas às zonas urbanas, ainda que localizadas fora das localidades onde se encontra a maior parte do contingente populacional do respectivo município.¹⁸ A Constituição de 1988 impôs aos municípios o desafio de disciplinar o uso e ocupação do solo urbano, cujo documento normativo deverá demarcar a área urbana (e a urbanizável), independentemente da hipótese de existir inserida no seu âmbito espacial uma dada gleba cuja finalidade é produção agropecuária.

6 A COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA LEGISLAR SOBRE A ATIVIDADE DE PRESTAR SERVIÇOS DE ENERGIA

Sobre as competências reservadas aos municípios, ao contrário do que regime de competências reservadas à União e aos estados, que possuem enumeradas expressamente as matérias, a *Lex Maior* reservou aos referidos entes uma competência genérica para dispor sobre os chamados assuntos de interesse local, bem como exercer o papel de suplementar a “legislação federal e estadual no que couber.” (Art. 30).

A Carta de 1988 traz como critério o princípio da *predominância do interesse* para a repartição das competências. É de se destacar a existência de matérias sujeitas simultaneamente à regulamentação indistinta por todos os entes federativos, haja vista a sua repercussão nas esferas federal distrital, estadual e municipal. Por exemplo, assuntos referentes às normas de trânsito. A União expede *regras gerais*: Código Nacional

18 Hely Lopes Meirelles (2000, p. 70): “Estas zonas, ainda que na área rural, devem ser desde logo delimitadas pelo Município e submetidas às restrições urbanísticas do Plano Diretor e às normas do Código de Obras para as suas edificações e traçado urbano. Inútil seria aguardar-se a conversão dessas zonas em áreas urbanizadas, para, depois, sujeitá-las aos regulamentos edilícios e às regras urbanísticas que condicionam a formação da cidade. O Município deve orientar e preservar o desenvolvimento de seus aglomerados urbanos a fim de obter, no futuro, cidades, vilas e bairros funcionais e humanos, com todos os requisitos que propiciam a segurança, estética e conforto aos habitantes. Isto se consegue pela antecipação das exigências urbanísticas para as zonas de expansão urbana, que são as matrizes das futuras cidades”.

de Trânsito. Os estados legislam complementarmente com normas e o município disciplina assuntos locais, tais como a disciplina de estacionamentos, circulação de automóveis e pessoas, sinalização *et coetera*.

No caso da energia, não se constata a competência do município para disciplinar tal atividade qualificada como serviço público propriamente dito, mas se alinha ao conceito de ***interesse local dos municípios*** a expedição de normas sobre segurança e bem-estar da população quanto à disponibilização da comodidade material.

Portanto, as regras pertinentes à ação urbanística sobre uso e ocupação do solo municipal, especialmente onde serão instaladas as redes de distribuição ou estruturas de armazenamento de energia, inserem-se no âmbito de atribuições legislativas dos municípios.

É igualmente constitucional ao município estabelecer normas de conduta para os prestadores do serviço de energia quanto à informação periódica de dados ao Poder Público, especialmente sobre a saturação do serviço em determinada região urbana. Inclusive, o Plano Diretor do Município do Natal (Lei Complementar Municipal n. 082 de 21 julho de 2007) traz previsão detalhada sobre certas obrigações dos prestadores de vários serviços públicos.¹⁹

A lei municipal poderá, inclusive, prever a impossibilidade de novas ligações residenciais, comerciais ou industriais, envolvendo serviços de energia, acaso comprovada a saturação de infraestrutura em determinada zona da urbe, enquanto não se adotam providências para conferir estabilidade da área por parte do prestador do serviço público.

Como se vê, os municípios não possuem competência para legislar sobre energia, entretanto, o disciplinamento de regras quanto à instalação geográfica de redes ou de pontos de armazenamento, bem assim a expedição de normas que viabilizem segurança e conforto da população, inserem-se no rol de atribuições da edilidade, que poderá editar legislação condicionante ao prestador do serviço público de energia.

19 "Art. 13. As concessionárias e órgãos públicos responsáveis pelos serviços de água e esgoto, energia elétrica, rede de gás, telefonia, televisão e drenagem urbana, ficam obrigadas a manter o Município informado, em relatórios e mapas detalhados, digitalizados e georeferenciados, com informações anuais, bem como indicar a tendência de saturação da infra-estrutura urbana respectiva, estabelecida para cada bairro, como também, futuras melhorias e ampliações previstas.

§1º - Cabe ao Município monitorar os dados de novos licenciamentos para que, conjuntamente com os dados obtidos das concessionárias, permitam identificar a tendência de saturação de determinada área da cidade, assegurando a disponibilização de tais dados à sociedade;

§2º - Os dados relativos à infra-estrutura, à quantidade de edificações existentes e às licenças de novas construções expedidas para cada bairro da cidade devem ser publicados, anualmente, pelo órgão municipal de planejamento urbano e meio ambiente no Diário Oficial do Município.

§3º - Considera-se configurada a tendência de saturação de um dos itens da infra-estrutura urbana, mencionada no artigo 12, quando utilizado 80% (oitenta por cento) da planta do sistema instalado, devendo o Município:

I - informar à população, mediante publicação no Diário Oficial do Município, em jornais de grande circulação e em outros meios de comunicação, passando a monitorar semestralmente o número de licenças expedidas na área tendente à saturação;

II - suspender a concessão de outorga onerosa e transferência do potencial construtivo na área tendente à saturação;

III - incluir na previsão orçamentária os recursos necessários para evitar a saturação da infra-estrutura urbana na área em questão.

IV - buscar junto às concessionárias de serviços públicos a adoção das medidas necessárias para evitar a saturação de sua respectiva planta."

7 CONCLUSÕES

Em face do exposto, é possível apresentar as seguintes conclusões:

(i) a titularidade para execução do serviço de energia (competência administrativa) é reservada à União (art. 21, XII, “b”, art. 22, IV, Art. 23, XI, da Carta de 1988);

(ii) a Lei Federal n. 8.987, de 1995, Lei Federal n. 9.074, de 1995, e Lei Federal n. 9.427, de 1996, preveem que a atividade de prestação do serviço é complexa por envolver produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia;

(iii) as *competências legislativas* classificam-se em – (iii.1) exclusivas (art. 25, § 1º e § 2º; art. 30, I); (iii.2) privativas (art. 22), (iii.4) concorrentes (art. 24 e art. 30, II); e, (iii.5) suplementares (art. 24, § 2º);

(iv) as chamadas competências administrativas ou de execução – *destinadas à prestação dos serviços públicos, à expedição de atos que limitam o exercício da liberdade e propriedade dos indivíduos, à implementação de programas de governo, à cooperação entre entes públicos e/ou privados* – catalogam-se sob as formas seguintes – (iv.1) privativa (art. 21), somente exercitáveis pelo ente indicado na Constituição; e, (iv.2) comum ou paralela (art. 23), que podem ser desempenhadas indistintamente por todos as pessoas políticas, na medida dos seus respectivos interesses geral, regional ou local, ou mediante cooperação entre os entes nos limites da legislação;

(v) o poder de polícia administrativa serve ao condicionamento das atividades dos particulares em prol do interesse coletivo (bem-estar social), razão pela qual determinam ações (*pati*) ou omissões (*non facere*) de conduta; e

(vi) o município não goza de competência para disciplinar atividade qualificada como serviço público de energia de *per se*, mas possui atribuições para expedir normas sobre segurança e bem-estar da população quanto à disponibilização da comodidade material, especialmente regras pertinentes à ação urbanística sobre uso e ocupação do solo municipal (locais onde serão instaladas as redes da distribuição ou estruturas físicas de armazenamento de energia).

REFERÊNCIAS

DALLARI, Adilson; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina Urbanística da Propriedade*. 1979. Tese (Doutorado)- PUC, São Paulo, 1979.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Código Tributário Nacional comentado*. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1999.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da função social da propriedade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, Ano 36, n. 141, p. 9-21, janeiro/março 1999.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. t. 2.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Urbanístico – competências legislativas. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 73, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre o poder de polícia. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 9, 1969.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PINTO, Ferreira. *Princípios gerais do Direito Constitucional Moderno*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. t. 2.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito de construir e novos Institutos do Direito. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito na PUC/SP*, São Paulo, n. 2, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função Social da Propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Org.). *Temas de Direito Urbanístico I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros: 1997.

TEIXEIRA, J. H. M. Limitações ao Direito de Propriedade. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura do Município de São Paulo (Procuradoria Administrativa), 1949.

REFLEXÕES SOBRE O REGIME JURÍDICO DOS MONOPÓLIOS FEDERAIS DO PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Vladimir da Rocha França

1 INTRODUÇÃO

A atual matriz energética brasileira tem a espinha dorsal nos bens e serviços disponibilizados pela indústria do petróleo e gás natural (cf. BARRETO, 2005). Apesar do pioneirismo brasileiro no campo das energias renováveis, esse setor é considerado essencial para a subsistência e desenvolvimento economia nacional.

A Constituição Federal vigente, promulgada em 5.10.1988, procurou atender a essas demandas, ao classificar aspectos importantes do setor petrolífero como *monopólios da União*.²⁰ É o que se depreende da análise do art. 177 da Constituição Federal.

O objetivo deste trabalho é examinar o regime jurídico²¹ dos monopólios federais, no contexto do sistema constitucional brasileiro, e sob a perspectiva da Ciência do Direito.²²

2 LIBERDADE ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

20 Este trabalho toma como parâmetro o Texto Constitucional atualizado até a Emenda Constitucional n. 55, de 20.9.2007.

21 Regime jurídico é o conjunto de princípios e regras que disciplina uma atividade ou instituto específico, no sistema do Direito Positivo. Neste ensaio, toma-se princípio na acepção defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello: "Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo" (2006, p. 902-903).

22 Sobre a ciência do direito, cf. KELSEN, 1991; e VILANOVA, 1997.

Na ordem econômica instituída com a Constituição Federal, é reconhecida a atividade econômica como campo de atuação da iniciativa privada.²³ Ainda que o Estado brasileiro tenha um perfil intervencionista, comprometido com a justiça social e o desenvolvimento, não há dúvida de que o sistema constitucional brasileiro adotou uma ordem jurídico-econômica de viés capitalista (cf. BASTOS, 2000; GRAU, 2002; e TAVARES, 2003).

A liberdade econômica é direito fundamental no sistema constitucional brasileiro. Observa-se que a livre iniciativa é fundamento do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica.²⁴ Mais adiante, no art. 170, parágrafo único, da Lei Maior, assegura-se a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Embora não seja um preceito expresso no catálogo do Título II da Constituição Federal, a liberdade econômica pode ser perfeitamente deduzida do direito de propriedade e da liberdade de trabalho, direitos fundamentais expressamente consagrados no art. 5º, XXII e XIII, da Constituição Federal. Acresça-se ainda a dignidade da pessoa humana, valor avesso aos modelos totalitários de Estado.²⁵

Trata-se, enfim, de direito individual oponível contra o Estado que possui posição de direito fundamental no sistema constitucional brasileiro. A norma constitucional que o protege tem eficácia contida e aplicabilidade imediata, especialmente diante do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.²⁶

Isso significa dizer que, na ausência de lei, o particular pode exercer livremente a atividade econômica. Com efeito, a garantia da legalidade protege o particular contra intervenções arbitrárias da Administração, pois se exige lei para a imposição de condicionamentos à atuação dos particulares na economia (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006).

A proteção da liberdade econômica, porém, não se restringe apenas à exigência de veículo introdutor específico para o estabelecimento de requisitos para o exercício da atividade econômica. Convém observar que o particular tem o direito de escolher o que, como e para quem vai produzir bens e oferecer serviços no mercado numa ordem jurídica capitalista (cf. HAYEK, 1994; MOREIRA, 1987; e NUSDEO, 1997). Também é imprescindível a tutela da propriedade privada e da liberdade contratual, instrumentos intrínsecos à liberdade econômica (cf. HAYEK, 1994; e ROSENFELD, 2008).

23 A atividade econômica compreende a produção e circulação de bens e serviços no mercado, com escopo de lucro.

24 Vide os art. 1º, IV, e 170, caput, da Constituição Federal.

25 Vide art. 1º, III, da Constituição Federal.

26 Sobre as normas constitucionais de eficácia contida, assim leciona José Afonso da Silva: "Normas constitucionais de eficácia contida (...) são aquelas em que o legislador constituinte regulou, suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados." (2008, p. 116).

Mesmo assim, a liberdade econômica não é absoluta no sistema constitucional brasileiro. Como todo direito fundamental, ela pode ser objeto de limitações estas para harmonizá-la com outros direitos igualmente consagrados na Constituição Federal. O princípio da proporcionalidade serve de parâmetro obrigatório na análise da validade constitucional das medidas determinadas pelo Estado para atender tal escopo (cf. DIMOULIS e MARTINS, 2007).

É importante lembrar ainda que, consoante a ideologia constitucional, a liberdade econômica pressupõe que os agentes econômicos tenham os meios de subsistência mínimos para que possam usufruir desse direito fundamental (cf. GRAU, 2002). Também trabalha com a premissa de que o mercado é insuficiente, por si só, para preservar a livre concorrência, condição indispensável para o bom desenvolvimento da economia capitalista (cf. SALOMÃO FILHO, 2001; e SCAFF, 2001).

De certo modo, o princípio da função social da propriedade, associado a outros preceitos fundamentais, como a defesa do meio ambiente e a defesa do consumidor, oferecem para o Poder Público a obrigação constitucional de intervir na liberdade econômica para ajustá-la ao ideal de bem-estar social (cf. FRANÇA, 1999; e SCAFF, 2001).

O art. 174, *caput*, da Constituição Federal entrega ao Estado a competência de regular a economia, mediante as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, com o fim de harmonizar a liberdade econômica com os demais princípios e direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

É certo que o Poder Público carece de legitimidade constitucional para impor o cumprimento de metas econômicas à iniciativa privada, uma vez que o planejamento é “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.²⁷ Mas o ideal de desenvolvimento socioeconômico, porém, positivado na Constituição Federal, atribui ao Estado o papel de tutor da justiça social, cabendo-lhe formular e implementar políticas públicas destinadas a garantir a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social.²⁸

Merece ainda destaque o fato de que o Estado deve reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao crescimento arbitrário dos lucros, nos termos do art. 173, § 4º, da Lei Maior. Esse comando não deixa de ter relação com a dignidade humana e os princípios do rol do art. 170 da Constituição Federal (cf. SCAFF, 2001).

Em regra, a atividade econômica deve ser prestada sob o regime jurídico de livre

27 Vide o art. 174, *caput*, parte final, da Constituição Federal. Ao examinar os dispositivos constitucionais que tratam da livre iniciativa, observou Celso Antônio Bandeira de Mello: “É fundamental realçar – repita-se – que tais autorizações não dizem respeito, nem podem dizer respeito, aos aspectos econômicos do empreendimento, pois no que a isto concerne os agentes econômicos são livres. Têm assegurados pela Constituição seus direitos à liberdade de iniciativa, à liberdade de concorrência e à garantia de que o planejamento econômico que o Poder Público faça apresentar-se-lhes-á com caráter meramente indicativo, não podendo implicar sujeição ou cerceio algum à liberdade econômica que lhes é reconhecida pela Lei Magna. A não ser assim, o art. 170, o inciso IV do mesmo preceptivo e o art. 174 seriam palavras vãs, juridicamente inexistentes.” (2006, p. 755) (Grifos acrescentados).

28 Vide os arts. 3º, 170, *caput*, e 193, da Constituição Federal.

iniciativa. Trata-se de um regime jurídico de Direito Privado, fundado nos princípios da autonomia privada, igualdade e legalidade, ao lado daqueles constantes do art. 170 da Constituição Federal. Nele, o particular tem o direito de exercer livremente a atividade econômica, devendo respeitar as normas de ordem pública vigentes.

Para a compreensão do regime jurídico de livre iniciativa, é importante ter em vista que o particular é o titular da atividade econômica. Tanto que a Constituição Federal teve a cautela de delimitar as hipóteses e instrumentos de atuação do Estado na economia.

No sistema constitucional brasileiro, a intervenção do Estado na economia pode ocorrer das maneiras: (i) mediante a regulação²⁹, pelos instrumentos previstos no art. 174, *caput*, da Constituição Federal; (ii) pela criação de entes estatais para a exploração direta de atividade econômica, em face de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, nos moldes do art. 173 da Constituição Federal; e, (iii) por meio de exploração de atividades econômicas sob regime de monopólio, segundo o art. 177 da Constituição Federal.

Como os monopólios da União no setor petrolífero constituem o foco deste estudo, somente serão feitas considerações pertinentes às outras modalidades de intervenção quando isto for julgado importante para a melhor compreensão do objeto em apreço.

Antes de fazê-lo, no entanto, é importante apresentar breves apontamentos sobre a distinção entre serviço público e atividade econômica na Constituição Federal.

3 NOTAS SOBRE A DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA

De imediato, cumpre asseverar que a prestação de serviços públicos não pode ser enquadrada juridicamente como exploração de atividade econômica pelo Estado (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006; e FRANÇA, 2003).

Sob a óptica de outras ciências, mostra-se inequívoco o fato de que vários serviços de interesse público podem ser perfeitamente prestados pelos agentes econômicos privados, sem prejuízo de seu interesse lucrativo (cf. BRESSER PEREIRA, 1998).

29 Regulação é aqui entendida como a atividade administrativa que envolve o exercício das prerrogativas de controle, incentivo e planejamento, quando destinadas à concretização de políticas públicas na ordem econômica, na ordem social ou nos serviços públicos. Sobre o planejamento, já tivemos oportunidade de dizer o seguinte: "A função de planejamento não deve ser vista nem entendida como uma função autônoma em relação às tradicionais funções do Estado (legislação, administração e jurisdição, mas sim uma nova característica, uma nova atribuição jurídica do Estado Intervencionista ou Estado Social (como se queira denominá-lo). Nem deve ser encarada como elemento restrito ao subsistema constitucional da economia, haja vista ter a educação, a moradia, a seguridade social, o trabalho, a saúde, entre outras questões que obtiveram uma importância jurídica maior com o Estado Intervencionista, inegável impacto no desenvolvimento da nação. Deve sim, ser compreendida com matéria que pode inspirar o produto normativo veiculado mediante lei material, concretizado mediante uma medida jurídica individual e concreta, estando submetida toda a ação estatal dele decorrente aos meios de controle constitucionalmente previstos (podendo essa questão ser ou não submetida à apreciação jurisdicional, dependendo da opção do direito positivo)." (FRANÇA, 2000, p. 32).

Há setores respeitadas da doutrina que chegam a classificar o serviço público como uma espécie de atividade econômica no contexto da Constituição Federal (cf. GRAU, 2002).³⁰

A relevância econômica de um bem ou serviço, entretanto, não é condição necessária nem suficiente para a sua tipificação como atividade econômica dentro do sistema do Direito Positivo. Do mesmo modo, o fato de o bem ou serviço ter relevância para a coletividade não obriga juridicamente a sua classificação como serviço público.

Também é bastante duvidosa a proposta no sentido de associar o serviço público à concretização dos direitos fundamentais (cf. JUSTEN FILHO, 2008). Recorde-se a íntima relação entre a atividade econômica e os direitos fundamentais que têm lastro na autonomia privada e na propriedade privada.

A chave-mestra da distinção entre serviço público e atividade econômica reside na identificação do regime jurídico que o ordenamento jurídico vigente atribui ao bem ou serviço posto à disposição do mercado.

Noutro giro, uma atividade somente pode ser qualificada como serviço público se ordenamento jurídico em vigor lhe conferir o regime jurídico de serviço público.

Idêntico raciocínio para a atividade econômica: uma prestação específica de bens e serviços para o mercado somente será juridicamente classificada como atividade econômica caso o sistema do Direito Positivo a sujeite ao regime jurídico da livre iniciativa ou ao regime jurídico de monopólio da União.

O art. 175 da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de prestar os serviços públicos. Três elementos precisam estar presentes para que uma atividade seja serviço público: (i) a atividade ser de competência de um dos entes federativos, nos termos da Lei Maior; (ii) a atividade envolver a prestação de utilidades ou comodidades materiais para os administrados; e (iii) a Lei Maior ter sujeitado a atividade ao regime jurídico-administrativo.³¹

Existem serviços públicos que podem ser prestados pelo particular. Para tanto, é preciso que haja realização de processo licitatório e a celebração de contratos de concessão ou permissão de serviços públicos. Conforme o art. 175, parágrafo único, da Lei Maior, as concessões e permissões de serviços públicos são contratos administrativos sob forte regulação do Poder Concedente. Não se deve, porém, perder de vista a noção de que esses negócios jurídicos asseguram ao concessionário (ou permissionário) o direito ao equilíbrio econômico-financeiro e a perspectiva de lucro.

Convém esclarecer que a lei pode reservar parcela dos serviços de competência do ente federativo ao regime de autorização, viabilizando a sua exploração pelos agentes

30 Posição que, aliás, chegamos a adotar no passado (cf. FRANÇA, 2000).

31 O regime jurídico-administrativo é o conjunto de normas jurídicas que disciplina a função administrativa, apresentando como princípios fundamentais a prevalência do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006; e FRANÇA, 2000).

econômicos para o atendimento de interesses privados. Neste caso, a atividade do particular não será serviço público, mas sim atividade econômica sob o regime jurídico de livre iniciativa e a regulação prevista no art. 174 da Constituição Federal (cf. FRANÇA, 2003).

É interessante registrar que os serviços públicos passíveis de prestação por meio de concessão ou permissão envolvem bens e serviços imprescindíveis para a economia e podem envolver intuito lucrativo,³² razão pela qual optamos por denominá-los de serviços públicos econômicos (cf. FRANÇA, 2003).

Além dos princípios específicos do serviço público³³, os serviços públicos econômicos também ficam sujeitos aos princípios constitucionais da ordem econômica quando há dois ou mais concessionários (ou permissionários) no mesmo setor; notadamente, a livre concorrência e a defesa do consumidor, princípios que deverão ser obrigatoriamente tutelados na regulação dessas atividades pelo Poder Concedente.

4 MONOPÓLIOS FEDERAIS NO SETOR PETROLÍFERO

4.1 Evolução dos monopólios federais do petróleo e gás natural na Constituição Federal

Foi opção soberana do Poder Constituinte classificar um rol específico de atividades do setor petrolífero como monopólios da União.

Na primeira versão do art. 177 da Lei Maior, havia a vedação ao ingresso da iniciativa privada nos setores da indústria do petróleo e gás natural que compunham o elenco de atividades sujeitas ao monopólio da União.³⁴

Com o advento da Emenda Constitucional n. 9, de 9.11.1995, houve uma profunda reformulação do art. 177 da Lei Maior, e, por conseguinte, do regime constitucional do monopólio do petróleo e do gás natural, permitindo maior participação da iniciativa privada em bens e serviços antes privativos da Petrobras e suas subsidiárias.

32 Há serviços públicos que têm maior pertinência à ordem social (educação, seguridade social, cultura, desporto etc.). São os serviços públicos sociais, caracterizados por não serem exclusivos do Estado, sendo admitida a sua prestação pelos particulares sob regime de fomento; entretanto, os agentes econômicos privados podem fornecer para o mercado bens e serviços similares sob o regime jurídico de livre iniciativa, sob forte regulação estatal. Sobre a matéria, cf. FRANÇA, 2003.

33 A saber: obrigatoriedade, continuidade, regularidade, igualdade, universalidade, mutabilidade, modicidade, eficiência e controle (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006; FRANÇA, 2003; GROTTI, 2000).

34 Assim, consolidava-se mais uma vez no Brasil o regime instituído pela Lei Federal n. 2.004, de 3.10.1953 e pelo Decreto Federal n. 40.845, de 28.1.1957. Por meio desses diplomas normativos, o Conselho Nacional de Petróleo foi designado como órgão diretivo e fiscalizador, e se confiou à empresa Petróleo Brasileiro S/A – a Petrobras (designada Petrobrás até os anos 1990) – o direito de atuar com exclusividade na exploração nos campos ora designados nos incisos I a IV do dispositivo constitucional sob exame (cf. MARTINS, 2006; e MENEZELLO, 2000).

4.2 Bases constitucionais do regime jurídico dos monopólios federais no setor petrolífero

A União é a proprietária das jazidas de petróleo e gás natural existentes no Território Nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva.³⁵ Além disso, esse ente federativo detém o monopólio de aspectos estratégicos da indústria do petróleo e gás natural.

Essa decisão jurídico-institucional é associada ao princípio da soberania, pois envolve uma dimensão relevante para a defesa nacional e para o desenvolvimento socioeconômico brasileiro (cf. MARTINS, 2006; e MENEZELLO, 2000).

Segundo o art. 177, I a IV, da Constituição Federal, são monopólios 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.

O art. 177, § 1º, da Constituição Federal, outorgou à União a prerrogativa de contratar empresas estatais ou privadas para a realização das atividades do setor petrolífero sujeitas a monopólio federal, desde que observadas as condições previstas em lei.

O art. 177, § 2º, da Constituição Federal, por sua vez, fixa o conteúdo obrigatório para a lei que regerá as contratações previstas no § 1º do mesmo dispositivo constitucional: (i) a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o Território Nacional; (ii) as condições de contratação; e (iii) a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

O art. 20, § 1º, da Constituição Federal, assegura aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, bem como aos órgãos da Administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, no respectivo território, plataforma continental, ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

Para disciplinar os monopólios da União no setor petrolífero, bem como outros aspectos fundamentais da indústria do petróleo e gás natural, foi editada a Lei Federal n. 9.748, de 6.8.1997.

Com tais dispositivos constitucionais, é lícito tecer algumas considerações relevantes para o regime jurídico dos bens e serviços em apreço.

O regime jurídico dos monopólios federais é composto pelos princípios constitucionais da atividade econômica e, portanto, constitui um regime jurídico de Direito Privado (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006; e GRAU, 2002). Ele se diferencia do regime jurídico de livre iniciativa porque os agentes econômicos privados somente

35 Vide art. 176, caput, e 21, V e IX, da Constituição Federal.

poderão atuar no campo demarcado pelo art. 177 da Constituição Federal quando contratados pela União para tal finalidade.

Não se deve perder de vista que o monopólio federal é uma atividade econômica cujo titular é o Poder Público, e não o particular. Constitui, sem dúvida, uma exceção ao prescrito no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

Por força dos princípios da isonomia e da licitação³⁶, as contratações fundadas no art. 177, § 1º, da Constituição Federal, deverão ser precedidas de processo concorrential que assegure a todos os interessados, empresas estatais e empresas privadas, igualdade de condições na disputa.

Não se pode afastar a possibilidade de a União optar por contratar uma empresa estatal sem realizar licitação, haja vista o princípio da soberania. Esta situação, entretanto, exige previsão legal expressa e decisão fundamentada da autoridade competente.

Os contratos de exploração dos monopólios sob exame não transformam o contratado em delegado da União nem têm o mesmo regime jurídico das concessões do art. 176 da Constituição Federal.³⁷ Não se olvide, todavia, que o contratado tem direito de propriedade sobre o resultado da exploração que lhe foi concedida.³⁸ Acredita-se também que o princípio da propriedade privada não tolera que esses contratos estabeleçam bens reversíveis como nas concessões de serviços públicos.

Os contratados pela União devem atuar por sua própria conta e risco, e em nome próprio, sem prejuízo de sua responsabilidade pelas perdas e danos decorrentes da execução do negócio jurídico sob análise. Não há espaço aqui para a responsabilidade subsidiária do Poder Público. Este somente poderá ser responsabilizado no que diz respeito à sua atuação como agente normativo e regulador do monopólio federal, com lastro no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

Lei federal³⁹ deverá disciplinar as condições de contratação dessas avenças, com o cuidado de não exaurir sua utilidade econômica, bem como o de não afrontar o regime imposto pela Lei Maior.⁴⁰ É crucial que o diploma legal citado assegure igualmente as participações e compensações garantidas no art. 20, § 1º, da Constituição Federal.

36 Vide art. 5º, caput, e II, e 37, XXI, da Constituição Federal.

37 As atividades de exploração de jazidas e recursos minerais distintos do petróleo e gás natural não são monopólios federais, estando sujeitas ao regime de livre iniciativa. O que o art. 176 da Constituição Federal implicitamente prevê é um contrato administrativo específico – a concessão de uso de bem público – que permite à União gerenciar bens minerais de sua propriedade. Vide STF, ADI n. 3.273/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. para o Acórdão Min. Eros Grau, DJ 2.3.2007, p. 25; STF, ADI n. 3.366/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. para o Acórdão Min. Eros Grau, DJ 2.3.2007, p. 26.

38 Vide STF, ADI n. 3.273/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. para o Acórdão Min. Eros Grau, DJ 2.3.2007, p. 25; STF, ADI n. 3.366/DF, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. para o Acórdão Min. Eros Grau, DJ 2.3.2007, p. 26.

39 Vide o art. 22, IV, da Constituição Federal.

40 A Lei Federal n. 9.478/1997 prevê a celebração de concessões para a exploração dos monopólios federais no setor petrolífero. Em rigor, elas seriam contratos de Direito Privado da Administração, com a presença de prerrogativas especiais em favor da União (cf. ARA-GÃO, 2002); mas há quem defenda a ideia de que esses negócios jurídicos são contratos administrativos (cf. MENEZELLO, 2000).

Com relação ao proprietário do solo no qual se realiza a atividade contratada, é natural que a lei federal também outorgue o direito de participação, seja em razão do art. 176, § 2º, da Constituição Federal, seja em virtude do princípio da propriedade privada.

Os bens e serviços da indústria do petróleo e gás natural que não se encontram no rol do art. 177, I a IV, da Constituição Federal, devem ser considerados atividades econômicas sujeitas ao regime jurídico de livre iniciativa⁴¹, salvo na hipótese do art. 25, § 2º, do Texto Constitucional.⁴² Uma lei que ampliasse (ou restringisse) a abrangência dos monopólios federais seria inconstitucional, diante dos arts. 1º, IV, e 170, parágrafo único, da Lei Maior. Somente uma emenda constitucional poderia fazê-lo de maneira válida.

De toda sorte, todo o setor petrolífero está sujeito à regulação nos moldes do art. 174 da Lei Maior. Além da proteção aos princípios constitucionais da ordem econômica, cabe à União garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o Território Nacional. Para tanto, a Lei Maior prevê a criação de um “órgão regulador do monopólio da União”, que deverá naturalmente exercer poder de polícia administrativa sobre os bens e serviços da indústria de petróleo e gás natural que não foram excluídos do regime jurídico da livre iniciativa.⁴³

Não é ocioso lembrar que o planejamento realizado com base no art. 174, *caput*, da Constituição Federal, é determinante para os monopólios da União. Afinal, eles compõem o setor público da economia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os monopólios da União apresentam um regime jurídico próprio, marcado pela presença dos princípios constitucionais da ordem econômica e pela forte regulação estatal. No setor petrolífero, eles ganham especial destaque, uma vez que incidem sobre os principais momentos da cadeia produtiva da indústria do petróleo e gás natural.

Qualquer marco regulatório que se queira outorgar ao setor petrolífero passa necessariamente pela Lei Maior. Do contrário, as leis e atos normativos que a afrontarem padecerão de inconstitucionalidade, frustrando os eventuais ganhos técnico-econômicos pretendidos por seus idealizadores e entusiastas.

41 Como a revenda de combustíveis, por exemplo. Também não há como enquadrar a pesquisa ou exploração de energias renováveis como monopólio da União, ainda que a matéria exija forte regulação estatal em face do princípio da defesa do meio ambiente.

42 Os serviços de fornecimento de gás canalizado são serviços públicos de competência dos Estados-membros e do Distrito Federal (cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006). Por conseguinte, não envolvem monopólio da União.

43 Atualmente, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), autarquia especial instituída pela Lei Federal n. 9.478/1997 com estrutura de agência reguladora. Sobre a matéria, cf. ARAGÃO, 2005; MARTINS, 2006; e MENEZELLO, 2000.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da Agência Nacional de Petróleo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 228, p. 243-272, abril/junho-2002.
- _____. Princípios de direito regulatório do petróleo. In ROSADO, Marilda (Coordenação). Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás natural. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 313-322.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- BASTOS, Celso. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- BARRETO, Celso de Albuquerque. Geopolítica do petróleo: tendências mundiais pós-guerra do Iraque de 2003. Brasil: situação e marco regulatório. In ROSADO, Marilda (Coordenação). Estudos e pareceres: direito do petróleo e gás natural. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 1-28.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. Brasília: Ed. 34, 1998.
- DIMOULIS, Dimitri; e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- _____. Perfil constitucional da função social da propriedade. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, Subsecretaria de Edições Técnicas, Ano 36, n. 141, p. 9-21, janeiro/março 1999.
- _____. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros Editores, n. 42/2003, p. 90-104.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In SUNDFELD, Carlos Ari (Coordenação). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- HAYEK, Friedrich August. von. *O caminho da servidão*. Tradução Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1994.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3 ed. Tradução João Baptista Machado. São

Paulo: Martins Fontes, 1991.

MARTINS, Daniela Couto. *A regulação da indústria do petróleo segundo o modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Lisboa: Caminho, 1987.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal nº 9.478, de 6-8-1997*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2000.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o princípio da lucratividade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, p. 323-347, abril/junho-2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Editora Método, 2003.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

O PERFIL CONSTITUCIONAL DA CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO APLICÁVEL AO SETOR DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL

Karoline Lins Câmara Marinho
Vladimir da Rocha França

1 INTRODUÇÃO

É de unânime conhecimento o fato de que a atuação do Estado na área econômica somente se legitima quando se der em virtude da proteção dos princípios estabelecidos constitucionalmente. Assim, a intervenção econômica do Estado prioriza a formação de uma ordem econômica justa, que propicie a existência digna de todos, tendo como base a valorização do trabalho e a livre iniciativa, o que deve ser uma preocupação permanente do Poder Público.

Nesse contexto, cumpre-nos definir, ao longo deste trabalho, de que forma a tributação funciona como instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico perante a Constituição Federal da República de 05 de outubro de 1988, especialmente no que concerne à contribuição de intervenção no domínio econômico - CIDE aplicável ao setor de petróleo e gás natural.

As contribuições interventivas, assim como as demais contribuições especiais, têm seu fundamento de validade no art. 149 da Constituição Federal, contudo, da análise do dispositivo mencionado, podemos aduzir que a instituição das contribuições de intervenção no domínio econômico, de competência tributária exclusiva da União, devem ser orientadas por uma finalidade. Isso atribui a essa espécie tributária uma natureza diferenciada, como de resto ocorre com as outras contribuições incluídas no mesmo art. 149.

Desta feita, explicitaremos á que, no caso da contribuição interventiva no setor de petróleo e gás natural, essa finalidade, obrigatoriamente, é a de regularização da ativi-

dade petrolífera, ou seja, a sua extrafiscalidade, atribuindo-se-lhe um caráter próprio, visto que ela também possui finalidade fiscal.

Portanto, objetiva-se, neste capítulo, delinear alguns dos principais caracteres constitucionais relativos a essa exação tributária, tais como a previsão para sua criação, a competência para instituí-la, a sua finalidade fiscal e extrafiscal e a sua destinação constitucional, aspectos responsáveis pela qualificação do tributo como contribuição interventiva-regulatória, segundo os parâmetros consubstanciados na Constituição de 1988.

Assim, cumpre-nos descobrir quais os limites constitucionais que se impõem à aplicação da contribuição interventiva com relação ao setor de petróleo e gás natural, no sentido de que tal espécie tributária não fuja às suas bases constitucionais quando da intervenção estatal na economia do petróleo, além de desvendar como a instituição da CIDE no setor preenche essa finalidade interventiva.

2 A CIDE APLICÁVEL AO SETOR PETROLÍFERO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Perante a vigência da Constituição de 1988, as CIDEs foram criadas pela Emenda Constitucional n.º 33, de 11 de dezembro de 2001, como panaceia do Estado brasileiro para amenizar os crescentes descompassos nos diversos setores da economia. Mediante as contribuições de intervenção criadas por lei, o Estado direciona os contribuintes a determinados comportamentos, comissivos ou omissivos, úteis ao interesse coletivo.

Sendo assim, ao criar uma CIDE, a União deve levar em conta, como limites à sua atuação no domínio econômico, os princípios gerais da ordem econômica, consubstanciados na Carta Constitucional de 1988, em seus arts. 170 a 181, pois são eles que traçam a moldura da intervenção estatal na economia por via tributária, no sentido de se coibir abusos que possam porventura ocorrer em função da ampla margem de discricionariedade que se dá à Administração nessa formulação legal.

Nesse desiderato, a contribuição de intervenção no domínio econômico pode ser estatuída tendo como fim a proteção à livre concorrência, ao consumidor, ao meio ambiente, para garantir a participação dos estados, municípios e Distrito Federal no resultado da exploração, nos respectivos territórios, de recursos minerais, sendo que estas não poderão ter materialidade de tributos da competência dos estados, municípios ou do Distrito Federal.

Outrossim, o termo contribuição, da forma como fora criada pela EC n.º 33, de 2001, não deve ser visto como o bilhete de entrada para que a União crie qualquer tributo sob esse pretexto; ao contrário, deve haver a correlação lógica entre as causas e fundamentos da intervenção no domínio econômico bem delineadas para que possa justificar e fundamentar com veemência a dada intervenção.

Nessa esteira, a lei que institui uma CIDE há de definir sua hipótese de incidência no estreito campo da atividade econômica na qual vai atuar como instrumento de intervenção estatal. E há também que indicar expressamente a destinação dos recursos a serem arrecadados, que evidentemente não pode ultrapassar o âmbito da atividade interventiva.

De tal maneira, a contribuição interventiva não pode se afastar, na prática, da finalidade que motivou sua criação, na teoria, ou melhor, não é suficiente a lei que a criou delimitar seus fins, mas sim que ela alcance os objetivos a que se propôs concretizar.

Da mesma forma, a CIDE jamais poderá ser responsável pelo esfacelamento do equilíbrio econômico-financeiro do ato de concessão para exploração desses recursos minerais, devendo o legislador utilizar prudente discricionariedade, sendo afastadas pelo poder Judiciário as dúvidas oriundas da situação (CARRAZZA, 2006, 566).

Destaque-se, de seu turno, que a CIDE, é uma exação setorial, ou seja, tal contribuição alcança determinado setor econômico, atingindo sempre um grupo limitado, como veremos ao tratar da delimitação dos sujeitos passivos.

Além disso, mister se faz mencionar que a CIDE só pode ser instituída diante da existência de uma causa, isto é, de uma situação de fato que motive criar a exação. De tal maneira, haja vista que a atuação estatal no domínio econômico é atividade excepcional do Estado, a situação de fato que justifica instituir a exação deve expressar a necessidade da intervenção. Assim, trata-se de uma circunstância de deformidade de um dos âmbitos econômicos, cuja “intromissão” estatal se faz imperiosa para retificar a distorção.

Insurgindo-se contra essa espécie tributária, parte da doutrina vê essa contribuição como um rompimento, pelo constituinte derivado, com a ordem constitucional originária, na medida em que, ao se editar a EC n.º 33, de 2001, esta autorizou que a União criasse impostos, por meio de lei ordinária, ainda que rotulados de CIDEs, sem atender ao princípio da não-cumulatividade e sem que o produto de sua arrecadação fosse compartilhado com os outros entes federativos que não a União, desconsiderando, por conseguinte, cláusulas pétreas, como o amesquinamento da forma federativa do Estado e dos direitos e garantias individuais, inclusive dos contribuintes (CARRAZZA, 2006, 569).

No que tange, porém, à CIDE aplicável ao setor de petróleo e gás natural (CIDE-Combustíveis), tanto um quanto outro problema já foram resolvidos, tanto pela interveniência de diplomas legais infraconstitucionais determinando a sua não-cumulatividade, quanto pela edição da EC n.º 42, de 19 de dezembro de 2003, em que a isonomia federativa foi privilegiada, corrigindo as supostas incongruências dessa espécie interventivo-tributária.

De todo o exposto, patente está o fato de que não se pode separar bruscamente a tributação contemporânea das demais funções do Estado, muito menos no que concerne à intervenção sobre o domínio econômico, ficando evidente que uma aná-

lise pormenorizada da Constituição Econômica e Tributária requer a conformação necessária de seus instrumentos primordiais e mecanismos estabelecidos.

Construída essa teia de informações acerca das características marcantes da contribuição de intervenção no domínio econômico, podemos defini-la, de maneira simplificada, como espécie tributária que, estabelecida em face de um motivo determinante e dirigida a uma finalidade específica (regularizar a economia), alcança um dado setor, com o fim de arrecadar fundos para a realização da finalidade constitucionalmente identificada, qual seja, a intervenção no domínio econômico, ou mesmo intervir por meio apenas da instituição da exação, e, assim, concretizar o seu fim, de regularização do dado setor, seja com o emprego dos fundos arrecadados a partir da instituição do tributo, seja com sua mera instituição, induzindo às condutas almejadas.

No que respeita especificamente à CIDE- Combustíveis, podemos asseverar que foi com a Emenda Constitucional n.º 33, de 11 de dezembro de 2001, que nasceu a CIDE-Combustíveis. Dizemos, com firmeza, que um dos objetivos principais dessa Emenda foi viabilizar a sua criação.

A CIDE-Combustíveis, assim, nasceu da necessidade de o Estado intervir de forma normativa e regulatória no setor econômico petrolífero, porquanto, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 09, de 1995, foi flexibilizado o monopólio da Petrobrás com relação às operações com petróleo e combustíveis.⁴⁴ Desta forma, foi necessária a implantação de uma política tributária isonômica para todas as empresas que viessem a realizar operações com petróleo e seus derivados no Brasil.

Depois da EC n.º 33, de 2001, dessarte, tornou-se patente a existência de três espécies de contribuições, o que é afirmado pelos julgados do STF, mesmo anteriormente à edição da referida Emenda. Assim, parece ultrapassada a ideia de denominar todas essas contribuições do art. 149 de contribuições sociais, haja vista que, se contribuições sociais fossem o gênero, não faria nenhum sentido a redação do §2º, ao dispor sobre contribuições sociais e intervenção no domínio econômico.⁴⁵

Nesses termos, a Constituição de 1988 passou a prever expressamente a competência tributária para instituição da CIDE-Combustíveis, a qual foi exercida com a promulgação da Lei n.º 10.336, de 19 de dezembro de 2001, que instituiu a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de gasolina e suas correntes, *diesel* e suas correntes, querosene de aviação e outros querosenes, óleos combustíveis (*fuel-oil*), gás liquefeito de petróleo (GLP), inclusive o derivado de gás natural e de nafta, e álcool etílico combustível.

De seu turno, considerando que a hipótese de incidência corresponde à proposição fática que gerará a obrigação de pagar o tributo, enquanto que o fato gerador é a ocorrência prática dessa proposição, podemos dizer que a CIDE-Combustíveis

44 Ainda são monopólio de fato, mas, juridicamente, é possível a entrada de outras empresas em nosso mercado.

45 Seria como um enunciado que dispusesse sobre os tributos e os impostos, por exemplo.

tem como fatos geradores⁴⁶ as seguintes operações, realizadas com os combustíveis elencados no art. 3º da Lei n.º 10.336, de 2001 (gasolinas, *diesel*, querosenes, etc.): a) a comercialização no mercado interno; e b) a importação. Desta maneira, embora a referida contribuição incida sobre a importação e a comercialização dos produtos citados no tópico referido há pouco, não incidirá sobre as receitas de comercialização para o exterior dos produtos em questão, segundo o parágrafo 2º do mesmo artigo.

Essa não incidência, porém, citada pela Lei apresenta caráter de verdadeira imunidade tributária⁴⁷, uma vez que fora delineada originalmente pelo inciso I, do parágrafo 2º do artigo 149 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 33, de 2001. Deste modo, não poderá ser alterada por lei ordinária, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Localizando na Constituição de 1988 os parâmetros para instituição da CIDE-Combustíveis, podemos destrinchar alguns de seus principais caracteres jurídicos, tais como a competência tributária, a finalidade fiscal e extrafiscal e a destinação de suas receitas.

3 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Constituindo a competência tributária um nítido limite constitucional para a instituição da CIDE-Combustíveis, dela cuidaremos nos parágrafos que se seguem.

Para Paulo de Barros Carvalho, competência tributária, em síntese, é uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos (CARVALHO, 2003, 212). Já para Roque Antonio Carrazza, a competência é a habilitação ou, se preferirmos, a faculdade potencial que a Constituição confere a determinadas pessoas, para que tributem (CARRAZZA, 2006, 25).

Desta forma, a competência tributária é o momento anterior à existência do tributo, é o direito constitucional de ter credenciais para regular uma situação jurídica tributária entre o sujeito ativo e o passivo. Com efeito, é indelegável, haja vista que o ente político nomeado pela Constituição Federal para disciplinar e instituir determinado tributo pela

46 O fato gerador é o aspecto material da hipótese de incidência tributária. Ricardo Lobo Torres lembra que o CTN e a maior parte da doutrina brasileira empregam a expressão “fato gerador” para designar assim a situação abstrata definida em lei como a sua ocorrência no plano concreto. Em língua portuguesa, não há expressões que indiquem, sem ambiguidade, a dimensão normativa e a concreta do fato gerador. Aliás, em outros idiomas, a expressão também é ambígua: *fait générateur* em francês, *hecho imponible* em espanhol e *fattispécie* em italiano compreendem simultaneamente o abstrato e o concreto. Só o alemão, pela sua opulência vocabular, possui dois termos distintos: *Tatbestand*, que é a situação genérica, e *Tatsache*, que corresponde ao fato concreto; mas a legislação e a doutrina germânicas, apesar disso, confundem muitas vezes os dois conceitos (TORRES, 1997, 207)..

47 “é uma forma qualificada ou especial de não-incidência, por supressão, na Constituição, de competência impositiva ou do poder de tributar, quando se configuram certos pressupostos, situações ou circunstâncias previstas no Estatuto Supremo.” (Amílcar de ARAÚJO FALCÃO apud COSTA, 2001, 34).

Constituição Federal, mesmo que não exerça seu direito ou prerrogativa, em razão da facultatividade do exercício, não pode transferi-la a outrem, mas tão somente delegar a capacidade tributária para arrecadar o tributo (OLIVEIRA, 2002).

Assim, Paulo Roberto Lyrio Pimenta preleciona que, em se estabelecendo qualquer fato com um conteúdo econômico poderá figurar como critério material da norma impositiva da contribuição interventiva, desde que se enquadre no âmbito da competência da União, gizado pelo art. 153 da Constituição Federal (PIMENTA, 2002, 60).

A União Federal, percebendo que a CIDE sobre combustíveis não poderia incidir sobre operações mercantis de importação e comercialização no mercado interno, haja vista que o Poder Constituinte Originário não previu outra possibilidade para que fossem instituídos tributos sobre os eventos de competência tributária dos Estados Federados e do Distrito Federal, editou a Emenda Constitucional n.º 33/2001, a qual acrescentou os §§ 2º, 3º e 4º ao artigo 149, dispondo principalmente que as contribuições de intervenção no domínio econômico poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool etílico.

Podemos dizer, da análise do texto legal, mormente o art. 119⁴⁸ do CTN, que a União, identificada no art. 149 da Constituição de 1988, é sujeito ativo da CIDE, e, portanto, competente para instituí-la e arrecadá-la, e, conforme reza o art. 13 da Lei n.º 10.336, de 2001 e faculta o art. 7º⁴⁹ do CTN, são as funções de arrecadação e fiscalização exercidas pela Receita Federal.

Ressalte-se, pois, que o parágrafo único do referido art. 13 estabelece que a exação da CIDE submete-se às normas relativas ao processo administrativo fiscal de determinação e exigência de créditos tributários federais e de consulta, previstas no Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, e, no que couber, subsidiariamente, às disposições da legislação do imposto de renda, especialmente quanto às penalidades e aos demais acréscimos aplicáveis (EVARISTO, 2004, 33).

Com a existência das agências reguladoras, porém, e com a permissão dada pelo art. 7º,⁵⁰ admite-se, por não haver ainda impedimento constitucional, que a União Federal delegue às agências a capacidade tributária ativa quanto à arrecadação de contribuição de intervenção sobre o domínio econômico, desde que presentes os requisitos constitucionais necessários à instituição deste tributo, conforme vimos ao tratar da relação entre a CIDE e as agências reguladoras (item 6 do capítulo III).

48 Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.

49 A partir de interpretação do Sistema Constitucional Tributário instaurado com a Constituição Federal de 1988, podemos afirmar que tal dispositivo fora recepcionado pelo nosso atual Sistema Tributário. Art. 7º. A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição.

50 Art. 7º.

§ 1º A atribuição compreende as garantias e os privilégios processuais que competem à pessoa jurídica de direito público que a conferir; § 2º A atribuição pode ser revogada, a qualquer tempo, por ato unilateral da pessoa jurídica de direito público que a tenha conferido; § 3º Não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos.

4 O CARÁTER FISCAL/EXTRAFISCAL DA CIDE – COMBUSTÍVEIS

Podemos dizer que a contribuição em estudo possui o dever de realizar a intervenção diretamente, por meio da sua incidência, tal como os impostos sobre o comércio exterior, mas não apenas isso. O produto de sua arrecadação há, também, de ter aplicação relacionada com a finalidade que o justifica.

O simples uso da contribuição como fonte de custeio de um órgão interventor não é possível em face do disposto no próprio art. 149 da Constituição, que assevera serem as contribuições nele referidas o próprio instrumento de atuação da União Federal nas respectivas áreas. No caso de intervenção no domínio econômico, contudo, atividade não realizada por entidades paraestatais, mas por órgãos da própria União, vinculados ao Tesouro Nacional e financiados com recursos provenientes de impostos e taxas, considerar que as contribuições respectivas atenderiam suas finalidades simplesmente financiando esses órgãos torná-las-ia idênticas a impostos, descaracterizando-as.

E o produto de sua arrecadação deve, também, ter aplicação vinculada à finalidade da contribuição, para que essa finalidade seja, inteira e exclusivamente, a de intervir na economia, e não outra. Em síntese, tanto a contribuição deve, em si mesma, possuir essencialmente uma função extrafiscal interventiva, como o produto de sua arrecadação, ou seja, proveniente de sua função fiscal, deve ser aplicado na consecução de atividades vinculadas a essa mesma finalidade.

Deste modo, em consonância com o art. 149 da nossa Carta Maior, somos capazes de inferir que, ao avesso das outras espécies tributárias, as contribuições especiais são exações com finalidade constitucionalmente identificada. Vale dizer que a instituição de uma CIDE deve propender a atingir a finalidade entalhada na Constituição, qual seja, a de instrumentar a atuação, direta ou indireta, do Estado no domínio econômico.

Classicamente, a tributação foi idealizada como forma de custear os gastos com os serviços públicos, de forma que os cidadãos fossem os responsáveis pelo financiamento das obras e serviços que o Estado estivesse a realizar, haja vista que sem auferir tal renda ele jamais poderia alcançar os objetivos traçados (ANDRADE, 2007).

Sendo assim, a função precípua, e por que não dizer, única, era de puramente transferir recursos para os cofres públicos no sentido de pagar as suas despesas com serviços prestados à coletividade. Portanto, era uma mera forma de arrecadar fundos, sendo conhecida essa função tributária como *fiscalidade*.

Outrossim, com o advento do modo de produção capitalista e, em consequência, da reformulação do Estado em meio à proeminência da economia de mercado, a tributação passou a ser utilizada também como *instrumento de interferência* na economia, com o fim de influenciar na direção dos setores econômicos, tendo essa ‘nova’ função o nome de *extrafiscalidade*.

Asseveremos, nesse contexto, que existe ainda tendência mais atual, que é o uso da tributação com o fito de arrecadar recursos para custear atividades que, malgrado

não sejam privativas do Estado, ele as desenvolve por meio de entidades específicas, normalmente autarquias, sendo chamada de *parafiscalidade*, como no caso da previdência social, da organização sindical, do sistema financeiro de habitação etc.

Diante de tais esclarecimentos, podemos dizer que a CIDE se caracteriza por ser um meio de instrumentar a intervenção no domínio econômico, realizada pelo Poder Público, com o escopo de retificar desarranjos em setores da atividade econômica, servindo como o próprio instrumento de intervenção na medida em que é norma indutora, ou como meio de custeio desta intervenção quando é fonte de recursos para que o Estado possa, utilizando-os, atuar nesse mister; ou seja, são contribuições que, à vista do próprio art. 149, só podem se destinar a instrumentar a atuação da União no domínio econômico, financiando os custos e encargos pertinentes (AMARO, 2003, 54).

Neste sentido, conclui-se que as contribuições de intervenção no domínio econômico possuem função fiscal, bem como extrafiscal.

Misabel Derzi, em nota de atualização do livro de Aliomar Baleeiro, ensina que o tributo é extrafiscal quando não almeja prioritariamente prover o Estado dos meios financeiros adequados ao seu custeio, mas antes visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou a intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia (BALEEIRO, 1998). Ainda assim, a extrafiscalidade caracteriza-se pelo exercício da cobrança para atender a outros interesses que não os de mera arrecadação de recursos financeiros. O interesse geralmente manifestado com a extrafiscalidade é o de correção de situações sociais ou econômicas anômalas (MAIDA, 2007).

Hugo de Brito Machado ainda ressalta que o tributo é extrafiscal quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, para buscar um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros (MACHADO, 2005). E endossa também esta posição Paulo de Barros Carvalho, afirmando que à forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatários, dá-se o nome de extrafiscalidade (CARVALHO, 2003).

Muito embora renomados doutrinadores, como os que acima se afiguram, inclinam-se a considerar que um tributo possa ter função meramente extrafiscal, acreditamos que a função da CIDE seja tanto uma quanto outra. A sua fiscalidade está em que o Poder Público estatui a exação tributária no fito de arrecadar fundos que financiem a sua intervenção no domínio econômico, bem como a sua instituição significa, de *per se*, uma forma de se regular a economia, estimulando ou desestimulando condutas no setor privado, na medida em que, ao se aumentar ou diminuir as alíquotas em um dado setor, isso traz consequências financeiras diretas para os exploradores daquele setor da economia atingido.

Sendo assim, a atividade de tributação, neste particular, não visa a auferir rendas para os cofres públicos visando a custear os serviços públicos essenciais, o que caracte-

rizaria a sua fiscalidade em sentido tradicional, mas sim arrecadar recursos para que a atividade de intervir na economia seja custeada. Considerar que a CIDE é um tributo meramente extrafiscal por sua receita não ser destinada ao pagamento ordinário dos serviços colocados à disposição da sociedade, cremos, é uma posição deveras ortodoxa, uma vez que é a sua função fiscal, vinculada a uma finalidade, que a faz auferir rendas para custear a intervenção estatal na economia.

Desta forma, os recursos auferidos com esta espécie tributária devem ser destinados, *in totum*, para o financiamento da intervenção que fundamentou a sua instituição. Quando a contribuição for o próprio instrumento da intervenção, em que não há uma atuação material do Estado a ser custeada, os recursos obtidos com a arrecadação poderão ser destinados a um Fundo de apoio ao setor.

Saliente-se, assim, que a utilização dos recursos para finalidade diversa da estabelecida na Constituição implica desvio de finalidade, ofendendo diretamente o Texto Constitucional, o que estudaremos com maior afinco ao tratar da destinação dos recursos da CIDE. Fique claro, porém, que a função da CIDE não pode se resumir à extrafiscalidade, pois, como demonstrado, as rendas auferidas com sua instituição, e, portanto, sua função fiscal, são vinculadas a uma finalidade especial, qual seja, a ingerência do Poder Público no setor econômico. Não se olvide, no entanto, que não deixa de ser extrafiscal, pois só com a sua instituição, o domínio econômico pode ser induzido a agir da forma pretendida pelo Estado, que institui normas indutoras em atenção ao bem público.

Diante das considerações feitas até o presente momento, e levando em conta considerarmos que a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico, como um todo, possui caráter fiscal e extrafiscal, como não podia deixar de ser, também possui esse caráter a CIDE-Combustíveis.

Ante o panorama normativo apresentado neste trabalho, contudo, podemos dizer, a título de expressão crítica, que o ponto focal dessa espécie de CIDE se constata como apenas arrecadatório, conforme veremos com destreza ao tratar da destinação dos recursos dessa exação.

De antemão, para que não deixemos de analisar este instrumento de intervenção com visão realista e crítica, fique registrado o desempenho da arrecadação anual da CIDE-Combustíveis, conforme demonstra a Unafisco⁵¹, na divulgação de seu relatório anual, tendo sido arrecadado, no ano de 2006, o valor absoluto de R\$ 7.918,270.000,00 (sete bilhões, novecentos e dezoito milhões e duzentos e setenta mil reais), só com esse setor, correspondente a 2,10% da arrecadação inteira do ano, que fora de 377.055.240.000 (trezentos e setenta e sete bilhões, cinquenta e cinco milhões, duzentos e quarenta mil reais).

51 Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal. http://www.unafisco.org.br/estudos_tecnicos/2007/anaarre06.pdf. Acesso em 20 de janeiro de 2008. Ainda não foram divulgados dados relacionados ao ano de 2007.

Ora, impera a característica da fiscalidade, mas não tem sido levado a termo o cumprimento da finalidade constitucional da CIDE-Combustíveis. O interesse do Estado é meramente arrecadatório, no sentido de não destinar a receita oriunda da CIDE-Combustíveis aos fins impostos pela Constituição, embora esteja revestido de interesse público da intervenção, pois ainda não se noticia uma implementação exaustiva dos objetivos traçados pela nossa Carta Maior.

Embora se preze pelo cumprimento de suas finalidades, o Estado, por vezes, vem se esquivando de sua obrigação constitucional. Essa atitude (ou falta dela) no que tange à implementação do fim imposto pela norma advinda da exação CIDE-Combustíveis configura patente inconstitucionalidade na gestão dos recursos financeiros, que deve ser cabalmente repreendida pelo Poder Judiciário no exercício do seu mister de fiscalizar a atuação da Administração Pública, com vistas à execução dos ditames constitucionais.

5 DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS RECURSOS DA CIDE-COMBUSTÍVEIS

A CIDE, de forma geral, foi prevista pelo art. 149 da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de intervir no domínio econômico, e por isso mesmo, em razão de não estar relacionada a uma materialidade específica, vincula-se, veementemente, à finalidade determinada constitucionalmente.

Sendo assim, as receitas arrecadadas pela cobrança da contribuição se destinarão à finalidade para a qual o tributo foi instituído. Evidencie-se que não se deve confundir a finalidade da exação com o destino dos recursos auferidos, uma vez que, enquanto a finalidade alcança a fase de criação do tributo, com a produção normativa impositiva tributária (norma geral e abstrata), o destino da arrecadação diz respeito a momento posterior à extinção da obrigação tributária. Neste sentido, o disposto no art. 4º, II, do CTN⁵² não se aplica às contribuições especiais, valendo somente para os tributos validados mediante a técnica causal, mormente porque a norma geral de Direito Tributário desconhece a técnica finalista (PIMENTA, 2002, 64).

Deste modo, o destino da arrecadação da CIDE-Combustíveis, segundo a Lei que a regulamenta (Lei n.º 10.336, de 2001) e a alínea “b” do inciso II do § 4º, do art. 177 da Constituição Federal, deve ser a de pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo; financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e financiamento de programas de infraestrutura de transportes.⁵³ Com isso, o

52 Art. 4º A natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la: (...)II - a destinação legal do produto da sua arrecadação.

53 Art. 1º, §1º, I, II e III da Lei 10.336/2001.

Constituinte retirou do legislador orçamentário a disponibilidade sobre tais receitas, de forma a impedir quaisquer desvios (TORRES, 2005, 63).

Essa destinação estabelecida pela Lei coaduna-se com as competências administrativo-constitucionais atribuídas à União, conforme vislumbramos no art. 21, da Constituição⁵⁴ e mesmo no que concerne a sua competência legislativa, do art. 22⁵⁵, que também respeita a tais aspectos, sem olvidar da competência comum com os estados e municípios para proteger o meio ambiente, trazida pelo art. 23 da Constituição de 1988.

Nesse desiderato, muito embora na prática ocorram algumas distorções no que é atinente às repartições dos recursos adquiridos com a CIDE referente ao setor petrolífero, a vinculação obrigatória da repartição de parcela desse tributo arrecadada pela União, com estados e Distrito Federal, é legítima. O objetivo dessa exação é intervir no setor econômico de combustíveis no escopo de regular seus preços e, também, custear atividades estatais, arroladas ao meio-ambiente e à infraestrutura de transportes. De tal forma, a consagração estabelecida pela EC nº 42, de 2003, quanto ao compartilhamento da receita arrecada com a CIDE com estados, Distrito Federal e municípios é consequência lógica do princípio da isonomia e do federalismo, insculpido no art. 1º, *caput*, bem como no inciso III, do art.3º da Carta Maior.

A EC nº 42, de 2003 não especificou, entretanto, para os municípios, ao contrário do que fez com os estados e o Distrito Federal, a destinação dos recursos oriundos da CIDE-Combustíveis, deixando para o administrador local uma extensa margem de discricionariedade na aplicação desses recursos. Para os estados e o Distrito Federal, conforme o inciso III do art. 159 da Constituição Federal, foi estabelecido que a destinação das receitas que estes recebessem seria destinada conforme os critérios de destinação previstos no inciso II, c, § 4º do art. 177, ou seja, deve ser a de pagamento de subsídios

54 Art. 21. Compete à União:

(...) VIII - administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...) c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

(...)

XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso;

55 Quanto à política de financiar infra-estrutura de transportes e o subsídio a preços e transportes dos derivados de petróleo ou álcool combustível temos:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;

VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

(...)

XI - trânsito e transporte;

a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo; financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; e financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

De seu turno, para os municípios, ficou determinado que a sua destinação se daria conforme os ditames da lei que disciplina a CIDE-Combustíveis, conforme o § 4º do art. 159, Constituição de 1988, e, até o momento, não houve qualquer manifestação legal a esse respeito.

Seria muito mais confortável para os administradores municipais que não houvesse essa destinação específica, para que pudessem utilizar os recursos da forma como bem entendessem. O interesse da coletividade, entretanto, não pode deixar de ser observado, além de que a coesão do sistema federativo e tributário-constitucional devem ser os valores mais importantes a se preservar.

Doutra banda, se o fim dessa contribuição fosse somente de intervir no domínio econômico no fito de estimular ou desestimular comportamentos por parte dos agentes atuantes no setor de combustíveis, destinação orçamentária semelhante àquela dada pela União às rendas deveria ser observada por estados e municípios, em sua repartição. Assim, mesmo que essa exação da qual tratamos fosse instituída para que, de *per se*, regulasse o setor econômico do petróleo e gás natural, o equilíbrio nas relações federativas e unidade no sistema tributário estaria intocável.

Não obstante tais considerações, que permeiam o mundo do ideal, podemos dizer que, na prática, os estados somente vêm cuidando de uma das finalidades previstas na lei que regulamenta a destinação das receitas, qual seja, a de financiamento de programas de infraestrutura de transportes.

Por sua vez, vale ressaltar que a parcela da CIDE-Combustíveis que a União passa, a partir de 2004, a entregar aos estados e ao Distrito Federal ficou condicionada, sob pena de impossibilidade de saque dos valores, à apresentação, por aqueles, de projetos de aplicação dos recursos ao Ministério dos Transportes.⁵⁶ A condição foi estipulada em virtude da finalidade obrigatória de aplicação dos recursos transferidos da CIDE pelos estados em programas de infraestrutura de transportes.

Reparando nas finalidades da CIDE-Combustíveis, vê-se que, por questões práticas, a destinação dos recursos repartidos da CIDE-Combustíveis, prevista na Emenda para estados e Distrito Federal, não poderia ser outra. Muito embora esses recursos, porém, estejam sendo, em tese, aplicados no financiamento da infraestrutura de transportes, os Estados estão deixando a desejar no que concerne aos cuidados com o meio ambiente, visto que lhes cabe protegê-lo, conforme o disposto no art. 23 da Constituição de 1988.

56 § 7º Os Estados e o Distrito Federal deverão encaminhar ao Ministério dos Transportes, até o último dia útil de outubro, proposta de programa de trabalho para utilização dos recursos mencionados no caput deste artigo, a serem recebidos no exercício subsequente, contendo a descrição dos projetos de infra-estrutura de transportes, os respectivos custos unitários e totais e os cronogramas financeiros correlatos. (Incluído pela Lei n.º 10.866, de 2004)

Como o subsídio dos preços de combustíveis é prática mais afeita à ingerência da União Federal⁵⁷, pensamos, modestamente, que talvez fosse mais viável a destinação desses recursos com ênfase aos dois setores há pouco explicitados, visto que é mais factível para os Estados promover políticas relativas a transportes e meio ambiente, enquanto que a União adentra, efetivamente, a seara do subsídio de preços, não só no que tange aos derivados de petróleo e gás natural, como também de outros produtos⁵⁸ produzidos em território nacional. Caso, entretanto, fossem realizados convênios com os estados, admitimos a possibilidade de tal destinação ser por eles levada a cabo, nos termos do art. 2º⁵⁹ da Lei n.º 10.453, de 13 de maio de 2002.

Os estados e o Distrito Federal, portanto, ao receberem os recursos da CIDE-Combustíveis, observariam apenas essas duas finalidades constitucionalmente previstas, quais sejam, a de financiamento de programas de infraestrutura de transportes e promoção de projetos ligados à proteção do meio ambiente relacionado à indústria do petróleo e gás natural.

Como a destinação dos recursos da CIDE-Combustíveis pelos Municípios é marcada por uma margem de liberdade conferida pelo ordenamento, desta cuidaremos adiante.

Cabe-nos assentar, no concernente à destinação de receitas oriundas da CIDE-Combustíveis pelos municípios, que está presente o poder de discricionariedade para os administradores locais, uma vez que a Constituição não determina a sua destinação específica, de forma expressa, nem há qualquer menção legislativa nesse sentido até o momento.

Nesse diapasão, muito embora a Emenda n.º 42, de 2003, não tenha determinado precisamente essa destinação, não é razoável, por mais abstrata que essa expressão possa ter, que a lei federal a regulamentar a destinação dos recursos repartidos com os municípios imprima discrepâncias para com o art. 1º da Lei n.º 10.336, de 2001.

Ideal seria que, mesmo sem o advento dessa famigerada lei federal, os municípios, ao receberem dos respectivos estados parcela dos repasses da CIDE-Combustíveis,

57 Art. 21, VII, VIII; Art. 22, VI, VII, da Constituição de 1988.

58 O Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) e a Financiadora de Estudos e Projetos (Finep) lançaram o Programa de Subvenção Econômica, que torna possível a aplicação de recursos públicos não-reembolsáveis diretamente em empresas. O benefício antes era exclusivo para instituições científicas e tecnológicas, mas a Lei de Inovação e a Lei do Bem possibilitaram essa mudança. As chamadas públicas para a apresentação de propostas pelas empresas estarão disponíveis em breve no site da Finep. A Finep anunciou que nos próximos três anos pretende investir R\$ 510 milhões no novo programa. Do total de recursos, R\$ 300 milhões serão destinados às áreas estratégicas da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (Pitce), entre elas fármacos e medicamentos, software, microeletrônica e arranjos produtivos locais. (...) Note-se que o MCT é subordinado à União, e a FINEP por sua vez, é empresa pública integrante da estrutura organizacional do MCT, segundo o decreto n.º 3.568, de 17.08.2000, que a criou. Isto é, tal subvenção será realizada com recursos federais (União). Fonte: Recursos para inovação tecnológica poderão ir para empresas. 06/09/2006. In: <http://www.inovacaotecnologica.com.br/recursos/recurso.php?artigo=010177060906>, Acesso em 12 de abril de 2007.

59 Art. 2º. As subvenções aos preços ou ao transporte do álcool combustível de produção nacional serão concedidas diretamente, ou por meio de convênios com os Estados, aos produtores ou a suas entidades representativas, inclusive cooperativas centralizadoras de vendas, ou ainda aos produtores da matéria-prima, por meio de medidas de política econômica de apoio à produção e à comercialização do produto.

exercessem a sua discricionariedade aplicando em programas de financiamento de infraestrutura de transportes e em projetos de proteção ao meio ambiente, nomeadamente aqueles onde haja exploração da atividade petrolífera vindo a cumprir com a finalidade da exação tributária.

Se fosse assim, pelo menos no que tange aos programas de financiamento de infraestrutura de transportes, poder-se-ia chegar aos fins almejados pelo art. 6º da Lei n.º 10.636, de 2001, e, no que tange ao meio ambiente, se concretizariam as competências elencadas pelo art. 23 da Constituição de 1988. Por sua vez, o art. 6º da Lei n.º 10.636, de 2001, prescreve que a aplicação dos recursos da CIDE-Combustíveis nesses programas objetiva essencialmente a redução do consumo de combustíveis automotivos, reduzindo a emissão de gases poluentes na atmosfera, o que seria um enorme benefício, tanto econômico quanto ambiental, para a sociedade.

Além disso, seria privilegiado o atendimento mais econômico da demanda de transporte de pessoas e bens, atingir-se-iam melhores níveis de segurança e conforto dos usuários, pois o tempo de deslocamento dos usuários do transporte público coletivo seria reduzido.

Ainda, se destaque que, com isso haveria melhor qualidade de vida da população com a conseqüente redução das deseconomias dos centros urbanos e a menor participação dos fretes e dos custos portuários e de outros terminais na composição final dos preços dos produtos de consumo interno e de exportação, o que demonstra total conectividade com os objetivos essenciais delineados na lei que regulamenta a instituição da contribuição interventiva em foco.

A opção que aqui fazemos por defender a noção de que a discricionariedade dos administradores municipais seja exercida com fins a concretizar as duas possibilidades de destinação da CIDE-Combustíveis, quais sejam, financiamento de infraestrutura de transportes e em projetos de proteção ao meio ambiente, diz respeito à opção da própria Constituição Federal quando definiu as competências dos entes federativos. Ora, no artigo 30, V, da Constituição de 1988, podemos visualizar a opção do Constituinte em destinar aos municípios a competência para explorar o serviço de transporte coletivo no âmbito de sua circunscrição. No art. 23, por sua vez, podemos verificar que é competência material comum das unidades federativas nacionais, atingindo os municípios, a proteção ao meio ambiente (incisos VI, VII, XI).

Assim sendo, de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, isto é, considerando o seu conteúdo geral, pode-se inferir que os municípios devem se preocupar, quanto à destinação dos recursos oriundos da CIDE-Combustíveis, com a realização de projetos que incentivem a proteção e conservação do meio ambiente, bem como o incremento da infraestrutura dos transportes coletivos municipais, tendo em vista o seu dever de prestação do serviço de transporte interurbano.

Ainda seja destacado o fato de que o subsídio dos preços de combustíveis é prática

mais afeita à ingerência da União Federal,⁶⁰ por isso, como dantes já asseveramos, seria mais viável a destinação desses recursos com ênfase nos dois setores há pouco explicitados, visto que é mais factível para os municípios promover políticas relativas a transportes e meio ambiente, enquanto a União adentra, efetivamente, a seara do subsídio a preços, não só no que tange aos derivados de petróleo e gás natural, mas também de outros produtos produzidos em território nacional.

Sendo assim, embora seja discricionário o poder dos municípios que receberem recursos oriundos da CIDE-Combustíveis para distribuí-los na esfera de sua circunscrição, estes devem aplicá-los de forma a dar cumprimento à finalidade da lei 10.636, de 2001, uma vez que a discricionariedade se vincula à finalidade pública. Para atingir o interesse público, assim, os municípios devem se servir dessa discricionariedade para implementar, eficientemente, projetos que digam respeito às finalidades estabelecidas pela lei que a disciplinou, pautados, nesse desiderato, pelos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, etc.

6 CONSTITUCIONALIDADE DA CIDE-COMBUSTÍVEIS

Tendo em vista os elementos constitutivos da CIDE-Combustíveis presentes na sua regra-matriz de incidência (Lei n.º 10.336, de 2001), tais como base de cálculo, hipótese de incidência, alíquotas, sujeito passivo, responsabilidade tributária e destinação, e o cumprimento dos mandamentos constitucionais como competência tributária, finalidade fiscal-extrafiscal e destinação, e considerando que todos estão de acordo com os ditames constitucionais, muito embora na prática não seja, nem sempre, aplicada da forma esperada, vislumbramos a constitucionalidade desse instituto jurídico. Podemos verificar que essa modalidade de contribuição preenche todos os requisitos de aferição da constitucionalidade.

Dessa forma, os Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 3ª Região já decidiram sobre a questão, apontando a constitucionalidade da CIDE-Combustíveis, entendimento ao qual nos filiamos. No fito de corroborar a opinião aqui esposada, cumpre afirmar que a decisão exarada pelo TRF da 1ª Região ⁶¹ ressaltou o fato de que a Lei n.º 10.336, de 2001, que instituiu a CIDE-Combustíveis, não é inconstitucional, pois, segundo seu entendimento, não há que se falar em afronta ao art. 146, III da Constituição de 1988, uma vez que, subsumindo-se a contribuição hostilizada a tributo, não se lhe vislumbra agressão ao CTN, cuja natureza jurídica é de Lei Complementar.

60 Art. 21, VII, VIII; Art. 22, VI, VII, da Constituição de 1988.

61 TRF 1ª Região. Agravo de Instrumento n.º 01000187885. Distrito Federal. Órgão Julgador: Quarta Turma. Rel. Des. Hilton Queiroz. DJ 13/09/2002. p. 107.

Por sua vez, o TRF da 3ª Região⁶² decidiu, no que tange à sua instituição por lei ordinária, que a referência ao artigo 146, inciso III, da Constituição Federal, apenas define uma relação de hierarquia, determinando o conteúdo, mas não a forma legislativa válida para a instituição das contribuições de intervenção no domínio econômico que, assim, podem ser criadas formalmente por meio de lei ordinária, observadas as prescrições materiais da lei complementar de normas gerais, que são aplicáveis, por evidente, a toda e qualquer espécie tributária. Assim, o que se verifica, *prima facie*, é que a CIDE foi instituída para custear a intervenção do Estado, em atividades e programas definidos, pela própria Constituição, como de interesse direto dos atingidos pela tributação, aos quais se reverte um benefício específico.

Não se avista, pois, mero interesse fiscal de arrecadação, mas hipótese congruente de extrafiscalidade, motivo bastante para presumir-se legítima a cobrança da aludida contribuição. A lei específica previu, em conformidade com o Texto Maior, que os recursos são vinculados às despesas efetuadas no interesse e em benefício do setor econômico tributado (incisos I, II e III do § 1º do artigo 1º da Lei n.º 10.336, de 2001). A expressão “na forma da lei orçamentária” não compromete a natureza vinculada da contribuição, mas apenas preserva a competência normativa constitucional do legislador orçamentário para, em relação a cada exercício financeiro, projetar as receitas e autorizar as despesas públicas, distribuindo contábil e financeiramente os recursos, em conformidade com as vinculações legais e constitucionais.

Por fim, a indicação dos produtores, formuladores e importadores como sujeitos passivos da CIDE não importa violação ao princípio da isonomia, pois todos os demais beneficiados com a intervenção do Estado no domínio econômico, a qual é custeada pela contribuição, são onerados economicamente, a partir do custo e preço intermediários dos produtos, com a incidência fiscal situada na origem do processo econômico.⁶³ Sendo assim, patente está a constitucionalidade da CIDE-Combustíveis.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Haja vista a pesquisa realizada, podemos dizer, o que se tentou aqui realizar foi, principalmente, sinalizar acerca da relevância do tema para o aprimoramento dos mecanismos constitucionais e sua adaptação à frequente evolução social, especialmente no concernente à intervenção direta do Estado no domínio econômico, objetivando, desta forma, proporcionar maior fluidez ao sistema, com a finalidade precípua de fornecer

62 TRF 3ª Região. Agravo de Instrumento n.º 177182. São Paulo. Órgão Julgador: Terceira Turma. Rel. Des. Carlos Muta. DJU 24/09/2003. p. 231.

63 TRF 3ª Região. Agravo de Instrumento n.º 177182. São Paulo. Órgão Julgador: Terceira Turma. Rel. Des. Carlos Muta. DJU 24/09/2003. p. 231.

uma sobrepujante segurança ao domínio econômico, perscrutar a justiça social, além de tornar possível o alcance e/ou restabelecimento do bem comum.

Sendo assim, pode-se depreender, do que foi escrito, que o equilíbrio das forças de mercado é a finalidade a que visa o Estado quando atua intervindo na ordem econômica, já que, ao lado dos particulares, o Poder Público também é agente econômico, quando atua diretamente na economia por meio de suas empresas ou sociedades, ainda que por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme reza o art. 173, *caput*.

Com efeito, é inolvidável que o papel do Estado na ordem econômica é de preservação e promoção dos princípios-fins consubstanciados na Constituição, de forma que sua concretude represente o desenvolvimento da Ordem Econômica e da sociedade como um todo, assegurando, sobretudo, dignidade humana, pois princípio maior, cabendo a ele agir de todas as maneiras possíveis, mas legítimas, para assegurar que estes fins sejam concretizados.

Nesse contexto, surge a intervenção sobre o domínio econômico por meio da tributação, e, em específico, das contribuições interventivas, no fito de bem desenvolver a esfera econômica. Como tudo o que é feito pelo Estado, no entanto, também essa intervenção possui diversas limitações que devem ser seguidas rigorosamente para que não se abuse do poder de cogência que lhe é peculiar, prejudicando os particulares.

Foi, assim, o objetivo principal deste trabalho, definir as principais limitações constitucionais do Estado na instituição da contribuição interventiva e, fundamentalmente, a relacionada ao setor de petróleo e gás natural (CIDE-Combustíveis). Destarte, no que concerne à CIDE-Combustíveis, percebemos que ela encontra respaldo constitucional para sua instituição e, levando em conta a competência tributária delineada constitucionalmente e a delimitação de sua finalidade, a sua regra-matriz concretiza os ditames da Carta Maior.

Em suma, haja vista a posição constitucional da CIDE-Combustíveis, pode-se dizer que a exação configura efetivo instrumento de intervenção sobre o domínio econômico, atuando de maneira a financiar a atuação indireta do Estado, ou seja, atuação regulatória, que tem como fim, nesse mister, efetuar o pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e seus derivados e de derivados de petróleo, financiar projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás, além de financiar programas de infraestrutura de transportes, podendo-se ressaltar a sua função tanto fiscal, quando seus recursos são usados para as finalidades acima delineadas, assim como seu mister extrafiscal, quando a simples instituição da contribuição serve de medida regulatória, no exercício da atividade fiscalizatória-reguladora-normativista.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ANDRADE, Danilo Ferreira. Contribuições de intervenção no domínio econômico. In: www.jus.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ÁVILA, Jaime Plá Pujades de. Isenção Tributária e Institutos afins, In, <http://www.avocato.com.br/doutrina/2005.lcn1.htm>, Acesso em 02 de abril de 2007.
- BALEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao Poder de Tributar. Atualizado por Misabel Derzi. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CASSONE, Vittorio. Direito Tributário: fundamentos constitucionais da tributação; classificação dos tributos; interpretação da legislação tributária doutrina, prática e jurisprudência. 12ª ed, São Paulo: Atlas, 2000.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro: O Controle da Constitucionalidade das Leis e o poder de tributar na Constituição de 1988. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- COSTA, Regina Helena. Imunidades Tributárias. São Paulo: Dialética, 2001.
- COUTO, Alessandro Ribeiro. Princípio da proporcionalidade e sua aplicação no Direito Tributário. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 891, 11 dez, 2005, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7673>, Acesso em: 17/03/2007.
- EVARISTO, Michelle Gonçalves. A Constitucionalidade da CIDE – Combustíveis. Natal: UFRN, 2004.
- FERRAZ, Roberto. Tributação e Meio Ambiente: o Green Tax no Brasil (A Contribuição de intervenção no domínio econômico da Emenda 33/2001). Revista de Direito Ambiental n.º 31, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul-set 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MACHADO, Fernando Bicca. A sistemática da não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS. In: www.jus.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MAIDA, Fernando. O caráter fiscal e extrafiscal da CIDE sobre as atividades na in-

dústria de petróleo. In: www.jus.com.br. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

OLIVEIRA, André Felix Ricotta de. A Instituição da CIDE sobre Combustíveis e o desrespeito à Competência Tributária e ao Princípio do Não-Confisco. *Tributario.net*. São Paulo. a. 5. 26/11/2002. In: http://www.tributario.net/artigos/artigos_le.asp?id=22338. Acesso em: 5/6/2006.

PAULSEN, Leandro. Não cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico: São Paulo, Dialética, 2002.

SCHERER, Leandro. A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) Instituída Pela Lei 10.336/01 – Suas Incongruências. In: www.tributario.net/artigos. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

SILLOS, Lívio Augusto de. Contribuição De Intervenção No Domínio Econômico (CIDE) Sobre Combustíveis. In: www.tributario.net/artigos. Acesso em 10 de fevereiro de 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2003.

TORRES, Heleno Taveira. A CIDE-Combustíveis e o emprego da sua arrecadação em medidas ambientais. In: *Tributação no Setor de Petróleo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Tributário. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TRIBUTAÇÃO INDUTORA NO SETOR ENERGÉTICO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS

Indhira de Almeida Cabral

Vladimir da Rocha França

Fabiano André de Souza Mendonça

1 O ESTADO REGULADOR

Para o denominado Estado Liberal, uma atuação mais incisiva do Estado nas relações privadas, em particular na economia, consistia em uma ideia absurda, a qual atingia frontalmente os direitos de liberdade tão prezados após a Revolução Francesa.

Na verdade, a existência do Estado como mero garantidor da paz social, estando as suas ações limitadas pela legislação, foi resposta à experiência absolutista na qual imperou a arbitrariedade do governante; experiência esta que não se pretendia repetir (PAULA, 2006).

Com esse fundamento, alegou-se a periculosidade da atuação estatal nos negócios privados, os quais deveriam ser regidos apenas pela autonomia da vontade e pelas leis de mercado.

A crença de que o desenvolvimento adviria das relações existentes em um mercado livre da intervenção estatal foi referendada por inúmeros teóricos liberais, os quais defendiam a noção de que a “mão invisível” do mercado seria suficiente para regularizar qualquer situação inconveniente advinda das relações comerciais.

O tempo e a experiência demonstraram, no entanto, que a autorregulação do mercado era insuficiente para atingir as metas que lhe são de ordinário confiadas. Viu-se que o mercado sozinho não tinha condições de resolver todas as situações conflituosas que se apresentaram – as chamadas falhas de mercado – sendo necessária a intervenção estatal na dissolução e, principalmente, prevenção de tais conflitos.

Nasce, pois, o Estado Interventor.

Vale esclarecer que a atuação econômica do Estado, ou seja, o seu agir no setor econômico não é fenômeno atual. O simples fato de haver, no ordenamento jurídico, previsão de um sistema econômico indica alguma atuação estatal nesse setor.

O conceito de intervenção que aqui adotamos, no entanto, não é tão amplo. Trata-se da atuação do Estado Intervencionista (SCAFFE, 2001), a qual não se limita a prever determinado sistema econômico, nem apresenta posição omissiva objetivando a autorregulação do mercado.

A intervenção econômica do Estado contemporâneo caracteriza-se pela existência de ações comissivas, prestações positivas do ente estatal desenvolvidas na esfera econômica, com o objetivo de corrigir as distorções inerentes ao sistema capitalista.

Conceber o Estado como entidade meramente mantenedora de condições para a existência de uma economia autorregulável afigura-se como posição que já não encontra respaldo nem mesmo na realidade econômica, o que se dirá do Texto Constitucional pátrio vigente.

O modelo corrente de Estado é, assim, aquele em que este possui uma participação bastante ativa na vida econômica e social, assumindo a condução da economia em seu território.

A primeira manifestação constitucional deste modelo estatal ocorreu com a Constituição Mexicana de 1917, a qual, em seu art. 123, trata dos direitos dos trabalhadores, marco na história do constitucionalismo. Pela primeira vez temos um texto constitucional tratando de direitos sociais intimamente ligados a interesses econômicos, sendo a defesa de tais direitos dever do Estado, o que implica uma atuação mais incisiva deste ente na esfera econômica; posteriormente, com a Constituição alemã de Weimar, de 1919, a qual, em seu art. 153, determina a função social da propriedade e, mais adiante, em seu art. 165, criou um sistema de participação através do qual todos os grupos profissionais importantes atuavam na condução das políticas de desenvolvimento econômico das forças produtivas. No Brasil, a primeira constituição a incorporar esta concepção foi a de 1934, a qual demonstrou seu caráter interventor, ao tratar, por exemplo, das desigualdades regionais, prevendo, em seu art. 177, a elaboração de um plano federal de combate à seca, o qual contaria com um orçamento equivalente a 4% da receita federal.

Este modelo de Estado tem por característica a inconformidade com a realidade social e econômica que deve administrar, procurando, assim, criar mecanismos que a modifiquem.

No primeiro momento, o Estado assumiu essa posição por meio de uma atuação direta na economia. Nesse Estado-Providência, era o Ente estatal o responsável direto pela garantia da efetivação dos direitos sociais e econômicos, sendo ele próprio o executor de tal tarefa. Em outras palavras, o Estado era o responsável direto pela criação e manutenção de estruturas que garantissem saúde, educação, moradia e

todos os direitos sociais assegurados constitucionalmente, bem como era ele quem determinava os rumos seguidos na economia, nela atuando diretamente por meio de empresas públicas criadas especificamente com esse objetivo.

Nesse período da economia brasileira, o Estado atuava como empresário lado a lado dos outros agentes econômicos. Como, no entanto, trouxe para si a responsabilidade direta pelo desenvolvimento econômico, estava presente em quase todas as áreas do mercado e, no intuito de preservar alguns setores considerados estratégicos, consistia no único agente econômico a neles atuar. Não poucos eram os monopólios estatais, então. O Estado era aqui, além de planejador, produtor direto de bens e serviços, almejando assim assegurar o pleno emprego e o crescimento econômico.

Manter tal estrutura, no entanto, se tornou excessivamente dispendioso e sem relevantes resultados práticos. Em uma realidade econômica globalizada na qual ocorre um fluxo financeiro internacionalizado, a integração de economias antes marginalizadas aos mercados globais, a reorganização dos padrões de produção e o surgimento de técnicas de comunicação que intensificaram o intercâmbio de informações, bens, serviços e capitais, fazendo com que fossem criados patamares para a gestão da riqueza capitalista (FARIA, 2002), essa estrutura apresentou-se ineficiente, excessivamente burocrática e gravosa ao Erário. Começa-se, então, a pensar em um novo modelo de Estado, ou melhor, em um novo modelo de intervenção estatal.

Da década de 1990, em diante, com a elaboração do Programa Nacional de Desestatização, Lei Federal n. 8.031, de 12.4.1990, tiveram início as privatizações, as quais provocaram um esvaziamento das funções do Estado-Empresário. Como o Estado estava presente em quase todos os setores do serviço público por meio de uma grande empresa estatal, as privatizações destas implicaram, naturalmente, a delegação da prestação dos serviços públicos a particulares. Essa delegação, no entanto, não representa a renúncia da responsabilidade estatal em relação a tais serviços. Houve uma delegação de exercício, de oferta do serviço, não de responsabilidade pela sua efetivação, a qual é do Estado conforme determinação constitucional. O que ocorre com a delegação dos serviços públicos a particulares é que estes passam a ser oferecidos com recursos privados, desonerando os cofres públicos (CARVALHO, 2002).

Independentemente de serem prestados por meio de recursos públicos ou privados, os serviços públicos são marcados pela sua essencialidade e universalidade. Isso significa que quem quer que esteja à frente de tais serviços deve garantir a sua boa realização (eficiência), a todos aqueles que satisfaçam as condições legais, sem distinções de caráter pessoal (universalidade), e deve fazê-lo ininterruptamente (essencialidade ou continuidade).

Para coadunar, portanto, a lógica privada do lucro a tais características dos serviços públicos, o Estado deve manter um controle das ações realizadas pelas prestadoras privadas. Inicialmente o fez mediante contratos de prestação de serviço público. Essa forma de regulação da atividade, no entanto, se mostrou bastante ineficiente na garantia

dos interesses públicos justamente por se ater à forma contratual. Não havia uma regulação, ou seja, um aparato legislativo (legislação aqui entendida em seu sentido lato) limitando e direcionando o exercício de serviços públicos por particulares. Havendo se tornado mínima a participação pública no serviço pela via de controle contratual, distorções foram geradas na sua prestação, como a concentração do serviço nas áreas mais densamente povoadas, gerando garantias de maior remuneração e a elevação de tarifas (CARVALHO, 2002).

Houve, então, uma mudança da abordagem estatal. O controle da prestação dos serviços públicos passou a ser realizado mediante uma regulação setorial. Segundo Diogo R. Coutinho (2002), trata-se de uma regulação econômica, a qual se apresenta como o meio mais adequado de controle por evitar situações que levam ao risco de monopólio privado ou de falta de recursos para investimentos e gestão politizada (produção nas mãos do ente público), bastante prejudiciais ao interesse público.

Age a regulação econômica em setores específicos da economia pela imposição de regras de conduta pelas agências reguladoras de cada tipo de serviço. Tais normas normalmente determinam as especificações para a entrada e saída de agentes econômicos naqueles mercados, a qualidade dos produtos oferecidos e a determinação de preços ou tarifas públicas.

A atuação estatal por intermédio da regulação, no entanto, não se resume aos serviços públicos. Mesmo nas áreas da economia onde a presença é essencialmente privada (e, portanto, regida conforme os princípios determinados constitucionalmente no Título VII, sobre a ordem econômica e financeira), não só é possível, como é devida a ação/regulação estatal.

Conforme já mencionado, a autorregulação do mercado (aqui, evidentemente, nos referimos a toda a esfera econômica e não apenas ao mercado destinado aos prestadores dos serviços públicos) não é suficiente para suprir as falhas que lhe são inerentes (como desequilíbrios na concorrência, gerando os monopólios privados ou oligopólios), sendo necessária a intervenção estatal para contorná-las. Uma vez que a atuação direta (Estado atuando como empresário em setores próprios da iniciativa privada) não apresentou os resultados esperados, passa o ente público a agir indiretamente, por via da regulação. Por meio desta, pode o Estado assegurar um regime de livre concorrência, evitando abusos dos agentes econômicos mais fortes, conduzindo a mão do mercado mediante indução (incentivo e planejamento) ou mediante diretrizes (fiscalização e controle) (ZANETTI e BARBOZA JUNIOR, 2007).

Temos assim esboçados os principais pontos que levaram à transformação do Estado Intervencionista, em seu sentido mais tradicional, no Estado Regulador. Essa mudança de atuação estatal, no entanto, não equivale a uma modificação da identidade do Estado. Muito embora já não seja ele o executor direto (ou único executor) das promessas constitucionais, continua o Estado obrigado a efetivar os preceitos desse diploma. Assim é que, mesmo havendo a delegação da regulação de alguns serviços/

mercados às agências reguladoras, as normas editadas por essas autarquias devem seguir os preceitos constitucionais.

Dessa forma, ainda que indiretamente, o Estado Regulador brasileiro é, por determinação constitucional, um Estado Interventor, mesmo que tal intervenção se dê pela regulação e não atuação direta. Imprescindível se faz assim a presença incisiva do Estado por meio da regulação, pois esperar que os entes privados ajam movidos pela noção de solidariedade necessária para a implementação dos fins previstos na Constituição é mera ilusão.

Assim, portanto, ainda que modificada a forma de intervenção estatal na economia e na prestação dos serviços públicos, de acordo com o disposto na Carta Magna de 1988, cabe ao Estado brasileiro a implementação dos objetivos dispostos no seu texto, inclusive com intervenção regulatória na economia.

Dentre os objetivos elencados no artigo citado pelo autor, temos o da redução das desigualdades sociais e regionais, sobre o qual discorreremos, em seus vários aspectos, nos tópicos seguintes.

2 COMENTÁRIOS SOBRE O PRINCÍPIO OBJETIVO DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS

A realidade brasileira demonstra que o desenvolvimento econômico do Brasil ocorreu de forma tal que, no mesmo espaço territorial, se encontram os mais diversos níveis de desenvolvimento, ou seja, observa-se profunda desigualdade entre as regiões envolvidas.

Assim, a Carta Magna de 1988, ao tratar da questão, apresenta instrumentos para a redução de tais desigualdades, como, por exemplo, planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social a serem desenvolvidos e executados pela União (art. 21, IX); cooperação entre União, estados, Distrito Federal e municípios com o intuito de alcançar o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único); e a possibilidade de concessão de incentivos fiscais, com o fim de promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico em todo o País (art. 151, I).

Além disso, esta Constituição se refere diretamente às desigualdades sociais e/ou regionais no art. 3º, III, onde é colocado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil; no art. 43, o qual permite que a União atue em um mesmo complexo geoeconômico e social, tendo o seu desenvolvimento e a redução das desigualdades sociais e regionais como fim; e no art. 170, VII, onde é espesso como um dos princípios regentes da ordem econômica brasileira.

Patente, portanto, é a importância conferida pela Constituição de 1988 à tarefa de

reduzir as desigualdades sociais e regionais. Tratemos agora de como este princípio-objetivo é retratado na Carta Magna.

O teor da Constituição brasileira de 1988 coloca-nos, segundo classificação de Paulo Bonavides (2004), como um Estado Social de direitos fundamentais, ou seja, o Estado brasileiro possui fins a serem alcançados, os quais estão previstos no art. 3º da Constituição Federal, sendo dever do Estado concretizá-los. Este dispositivo determina serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária (I); garantir o desenvolvimento nacional (II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (III); e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (IV).

Ao elencar esses objetivos, o Poder Constituinte, com a legitimidade que lhe foi conferida pelo Povo, determinou quais são os fins a serem conquistados, ou seja, conferiu identidade ao Estado brasileiro.

Dessa forma, qualquer atuação estatal em sentido contrário ao previsto neste artigo implica ilegitimidade, uma vez que este Estado foi criado com legitimidade ou, melhor exprimindo, dever de cumprir estas determinações.

Se, no entanto, esses dispositivos fossem detentores de vinculação meramente negativa, ou seja, apenas proibissem o retrocesso, estaríamos diante de um Estado Social de constituição programática, não sendo este o nosso caso.

Por ser um artigo definidor dos fins de um Estado de direitos fundamentais, possui também vinculação positiva, ou seja, é capaz de obrigar o Ente estatal a agir, a concretizar o seu conteúdo, não sendo possível cogitar de maneira distinta, pois isso implicaria uma mudança da identidade estatal e, por conseguinte, na ilegitimidade de sua existência.

Ora, as constituições atuais possuem políticas a serem realizadas no domínio econômico, com o fim de atingir determinados objetivos, inclusive no campo social. São chamadas de Constituições Dirigentes, sendo a Carta Magna brasileira uma delas (BERCOVICI, 2005).

O Título VII da Constituição de 1988 trata da ordem econômica e financeira, elencando, em seu art. 170, os princípios regentes desse setor. Deles, destacamos o inciso VII, que se refere à redução das desigualdades regionais e sociais.

O fato de o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais estar presente entre aqueles regentes da ordem econômica demonstra que toda a atividade econômica desenvolvida no país deve ser planejada e promovida de forma a atender essa determinação principiológica.

Mais uma vez tem-se clara a função, o fim (no sentido de objetivo) a ser concretizado pelo nosso Estado.

A presença do princípio em estudo no referido Título demonstra a consciência do constituinte acerca de tal realidade (desigual), bem como demonstra sua insatisfação

com ela (SCHOUERI, 2005), situando como dever do Estado uma atuação positiva no sentido de promover o desenvolvimento social e econômico, o qual consiste em requisito essencial para concretizar a redução das desigualdades.

Assim, a economia não será desenvolvida de forma completamente desregulada ou obedecendo aos interesses do mercado, pois é no próprio art. 17º da Carta Magna que se observa a ordem econômica não tendo por fim garantir o acúmulo máximo de riquezas, mas sim a existência digna de todos (TOMAZETTE, 2005). A Constituição determinou, pelo princípio da redução das desigualdades sociais e regionais, que o crescimento econômico se conduzirá pelo respeito às garantias sociais e com o objetivo de concretizar a justiça social, ou seja, promover a redução das desigualdades. Dessa forma, princípios, ideias que historicamente estiveram em lados opostos, hoje, segundo imposição constitucional, devem caminhar juntos, de forma que a liberdade, a iniciativa privada e a propriedade privada devem ser conciliadas com o pleno emprego, a função social da propriedade, buscando a redução das desigualdades (ELALI e ZARANZA, 2006).

Resta evidente, portanto, o poder vinculativo do princípio da redução das desigualdades sociais e regionais como princípio regente da ordem econômica. Ele determina a condução do desenvolvimento econômico e exige do Estado a elaboração de mecanismos que assegurem a sua concretização, ou seja, a intervenção do Estado no sentido de efetivar este princípio.

Essa obrigação de agir do Estado pode se manifestar direta ou indiretamente. Assim é ele que pode atuar diretamente na economia, ou seja, ser um agente econômico, exercendo sua função diretamente no mercado, bem como pode agir indiretamente, orientando a atividade econômica desenvolvida pelo ente privado, caso em que assume seu papel de regulador.

Diante do princípio da redução das desigualdades sociais e regionais, fica evidente não apenas a função de distribuição de riquezas, característica do Estado Social, como também o seu dever de concretização de mudanças sociais conforme se exige de um Estado de direitos fundamentais.

Isso não quer dizer, no entanto, que se possa exigir imediatamente a prestação estatal concreta. O que deve o Estado realizar é uma conduta positiva (no sentido de ação), permanente e atenta aos preceitos constitucionais, principalmente pelo fato de que a concretização dos princípios do art. 3º possui caráter progressivo e dinâmico, nunca terminando a tarefa desse Ente estatal (BERCOVICI, 2005).

A concretização dos fins previstos no retrocitado dispositivo ocorre por meio de políticas públicas, ou seja, de programas de ação estatais.

Dentre tais programas, encontra-se o projeto do Governo para o desenvolvimento nacional, o qual não apenas é requisito essencial para a redução das desigualdades sociais e regionais, como também constitui, ele próprio (o desenvolvimento nacional), um dos objetivos constitucionais a serem realizados pelo Estado brasileiro.

Relaciona-se intensamente o princípio da redução das desigualdades sociais e regionais com o princípio do desenvolvimento nacional. Observa-se isso de forma ainda mais patente, quando compreendemos o desenvolvimento nacional como algo mais amplo do que o simples crescimento econômico, abrangendo ainda modificações de natureza estrutural, como a social e a cultural. Sobre o tema do desenvolvimento discorreremos no tópico seguinte.

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS E DA GARANTIA DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL E O SETOR ENERGÉTICO

3.1 Aspectos gerais sobre o desenvolvimento

Vários foram os significados atribuídos a esse vocábulo no decorrer do tempo. Para os economistas do século XVI, o desenvolvimento nacional era diretamente proporcional ao poder do Estado – foi o período do nascimento dos Estados nacionais, sendo o mercantilismo a sua manifestação econômica.

Com Adam Smith, a ideia de poder do Estado se desloca do aspecto político e militar para o econômico. Segundo esse autor, o desenvolvimento era sinônimo de riqueza e o livre mercado era o melhor para o seu acúmulo, bem como a especialização da atividade econômica. Defendia também o argumento de que, para o funcionamento desse sistema, era necessária a coerência entre os padrões econômico, jurídico e ético.

A associação do desenvolvimento à economia foi mantida por Karl Marx, muito embora a óptica de sua análise fosse voltada para as falhas de mercado.

Também Keynes adotou essa relação, porém observando que, em se tratando de desenvolvimento, o poder econômico não poderia estar apenas nas mãos do Estado, mas também do consumidor, da classe média consumidora e geradora da circulação de riquezas.

Segundo Welber Barral, muito embora Celso Furtado ainda concebesse a economia como fim do desenvolvimento, ele teve grande importância para a constituição de um novo significado para este vocábulo. Esse autor foi essencial para a inclusão de fatores extraeconômicos na concepção de desenvolvimento, bem como para a percepção de que este não constitui estrutura linear e contínua, de forma que todos os países um dia seriam desenvolvidos, ainda que uns passassem por maiores dificuldades do que outros (BARRAL, 2005). Em outras palavras, demonstrou que o subdesenvolvimento é um processo histórico autônomo e não uma etapa pela qual todos os países necessariamente passam para alcançar o desenvolvimento.

Com base nesse autor, observamos que não há uma destinação ao desenvolvimento, havendo questões impeditivas de sua concretização, ainda que se analise o caso, apenas pelo viés econômico (BERCOVICI, 2005).

Após as ideias de Celso Furtado que incluíram no conceito de desenvolvimento fatores outros que não os exclusivamente econômicos, podemos destacar, na mesma linha, o pensamento de Amartya Sen.

Esse autor elaborou sua visão de desenvolvimento com fundamento na liberdade, de sorte que não seria possível falar em desenvolvimento sem que as liberdades fossem asseguradas.

Amartya Sen (2000) divide as liberdades em reais e instrumentais. São liberdades reais a econômica, abrangendo tanto o poder aquisitivo quanto o poder de participação ativa no mercado; a política, a qual se relaciona com as garantias democráticas; e a social, que se reporta à tolerância e ao respeito às minorias e manifestações culturais.

As liberdades instrumentais, por sua vez, são aquelas necessárias para a concretização das liberdades reais, de forma que, ainda que essas sejam concedidas, se as liberdades instrumentais não estiverem de fato presentes, as reais não possuirão efetividade.

Vemos que, na teoria de Amartya Sen (2000), fatores como liberdade política, condições concretas de participação no mercado e liberdades sociais não são apenas fatores a serem considerados para a concretização do fim do desenvolvimento, como até então era considerado o crescimento econômico.

Ele demonstra que, na verdade, o desenvolvimento abrange os mais diversos setores, sendo o econômico apenas um deles e não o único (SEN, 2000).

Pode-se falar sim em desenvolvimento econômico, sendo este uma parte integrante do conceito de desenvolvimento, mas este não se limita àquele, incluindo outros aspectos como o desenvolvimento político, social (e aqui temos educação, saúde e moradia como exemplos) e jurídico.

Assim é que, não ocorrendo alguma transformação de natureza social ou no sistema produtivo, não se pode falar de um processo de desenvolvimento, mas apenas de modernização, que implica a manutenção do subdesenvolvimento e a concentração de renda.

O desenvolvimento econômico (ou crescimento, para uma melhor especificação dos conceitos adotados) ocorrerá com a modernização, sem nenhuma alteração nas estruturas econômicas e sociais, o que nos permite assinalar que o conceito de desenvolvimento não apenas compreende o de crescimento econômico, como o supera (BERCOVICI, 2005).

Temos, portanto, que o desenvolvimento é alcançado mediante a concretização de todos esses elementos, ou seja, do desenvolvimento econômico (ou crescimento) sim, mas também do social, político e jurídico.

3.2 O desenvolvimento na Constituição de 1988

O desenvolvimento está previsto em diversos momentos da Carta Magna de 1988. Podemos encontrá-lo, por exemplo, nos arts. 21, IX e XX e 23, parágrafo único, os

quais tratam de planos nacionais de desenvolvimento e de cooperação entre os entes da Administração direta para um desenvolvimento equilibrado nacionalmente, sendo este também o objetivo do art. 43. No art. 159, I, c, a Constituição determina que deverá a União aplicar parte do que foi arrecadado com tributos para o financiamento de programas de desenvolvimento de determinadas regiões. No art. 192, a determinação é que o sistema financeiro nacional seja desenvolvido de forma a promover o desenvolvimento e a servir os interesses da coletividade, assim como no art. 174 determina que a atividade econômica deve seguir o planejamento estatal para o desenvolvimento. O art. 219, por sua vez, determina que o mercado interno deve ser incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico nacional.

Analisando os artigos há instantes mencionados, é possível asseverar que a Constituição brasileira prevê a obrigatoriedade de concretização não apenas do crescimento econômico, mas também do desenvolvimento como um todo, incluindo o seu aspecto social (e, conseqüentemente, político e jurídico).

Assim é que o desenvolvimento econômico somente será legítimo se for justo, sendo esta noção definida pelo ordenamento jurídico regulador do desenvolvimento. Este se submete àquele e não o contrário, o que significa não ser possível, em nome do crescimento econômico, retardar a redistribuição de rendas, ignorar os direitos humanos ou atentar contra o meio ambiente. Deve o crescimento econômico proporcionar o desenvolvimento humano (TORRES, 2005).

Estreitamente relacionado com o princípio e direito fundamental de dignidade, pois sem o desenvolvimento (concebido nessa interpretação ampla) não se pode falar em dignidade da pessoa humana, este conceito abrangente de desenvolvimento está previsto também no art. 3º, II como um dos objetivos fundamentais da nossa República e, assim, como o princípio-objetivo da redução das desigualdades sociais e regionais, vincula a ação dos Três Poderes e da Sociedade.

Temos assim que eles limitam a liberdade de ação dos Três Poderes, obrigando-os a administrar, legislar e julgar em consonância com o determinado em seu texto. Essa é uma manifestação do caráter conformador desses princípios, o qual determina, além da interpretação de todo o sistema constitucional, também a forma de atuação, positiva e negativa, dos Poderes (SCAFF, 2006).

Em face da sua importância, nunca é demais reforçar a noção de que tal vinculação não possui caráter meramente negativo, impedindo a atuação dos poderes estatais em sentido contrário ao disposto em seu conteúdo ou apenas repelindo o retrocesso, ou seja, a revogação de tais direitos de sorte a haver um retorno a um estado de coisas no qual a sua proteção ao cidadão era ainda inexistente.

Uma vez que consistem no próprio fim para o qual foi criado este Estado, este deve sempre agir no sentido de lhes dar concretude, de forma que mesmo a omissão estatal, ou seja, a inexistência de medidas voltadas para a concreção desses dispositivos implica omissão inconstitucional.

Tendo em vista o caráter vinculante dos objetivos previstos no art. 3º da Cons-

tituição, toda a estrutura estatal deve, necessariamente, funcionar visando à sua concretização.

Não por outra razão, todo o sistema constitucional relacionado ao planejamento do desenvolvimento é voltado para a concretização desse dispositivo. Como exemplo disso temos os já citados arts. 21, IX e XX e 23, parágrafo único, os arts. 43, 159, I, c, e 192, assim como os arts. 174 e 219.

O último artigo, em particular, apresenta dois aspectos muito relevantes: o primeiro deles ratifica a ideia de desenvolvimento aqui defendida, pois se refere à noção de desenvolvimento transpondo o aspecto econômico, incluindo o desenvolvimento cultural. O segundo demonstra, ao incluir o mercado interno como patrimônio público e determinar em que sentido deve se dar a sua estimulação, que a economia brasileira deve (dever e não faculdade) se desenvolver de forma a privilegiar o interesse nacional. É uma afirmação da soberania do Estado brasileiro diante do poder econômico internacional ou, talvez melhor expressando, multinacional.

Diante da inegável relação entre os princípios do desenvolvimento nacional e da redução das desigualdades sociais e regionais, uma vez que a realização de um implica necessariamente do outro – princípios interdependentes (ÁVILA, 2007) –, não é desarrazoado afirmar que o planejamento estatal deve estar voltado para a redução das desigualdades.

O planejamento estatal, por sua vez, encontra-se imbricado com a tributação. O Direito Tributário, por si, não possui um objetivo econômico social, pois, como todo o Direito positivo, sua natureza é meramente instrumental, sendo o seu objetivo justamente esse: servir como instrumento para uma política, esta sim detentora de objetivo econômico social (BECKER, 1998). Assim, as normas tributárias podem se apresentar como um instrumento válido para a atuação estatal indireta (Estado Regulador) na economia, de modo a promover o desenvolvimento e a consequente redução das desigualdades sociais e regionais.

Mediante a distribuição de competências a Constituição colocou nas mãos de cada ente político o poder de tributar, de invadir o patrimônio privado. Uma vez que toda investida estatal que implique imposição de encargo financeiro resulta em consequências nos comportamentos particulares, nada mais natural que se utilize o Estado das normas tributárias como instrumento para alcançar os fins determinados pela Carta Magna, inclusive na seara econômica (OLIVEIRA, 2007).

3.3 O setor energético, o desenvolvimento e a redução das desigualdades sociais e regionais

A demanda de energia no mundo sinaliza um aumento de 1,7% ao ano, de 2000 a 2030, quando alcançará o consumo de 15,3 bilhões tep (toneladas equivalentes de

petróleo) por ano, de acordo com o estudo realizado pelo Instituto Internacional de Economia (MUSSA, 2003). Segundo o Plano Nacional de Agroenergia elaborado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, se a matriz energética mundial não for alterada, os combustíveis fósseis responderão por 90% desse aumento.

De acordo com relatório elaborado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento, a perspectiva de demanda energética apenas da América Latina será 75% maior em 2030 do que era em 2004, significando que a produção de energia elétrica deveria apresentar uma expansão de 50% nos próximos dez anos.

Diante da crescente consciência acerca da importância do meio ambiente e a consequente preocupação com sua conservação, o uso de fontes energéticas causadoras de grandes impactos ambientais é paulatinamente substituído por fontes menos agressivas. Estudos sobre novas tecnologias de eficiência energética, acerca das possibilidades de inserção de outras fontes energéticas, estas classificadas como renováveis e de menor potencial danoso, há tempos são elaborados, bem como projetos estatais como o PRO-ALCOOL e marcos regulatórios como, por exemplo, a Lei nº 11.097/2005, a qual inseriu o biodiesel na matriz energética nacional. Patente, portanto, é a importância do setor energético nas searas econômica, ambiental e, consequentemente, social.

O desenvolvimento de tecnologias e de fontes alternativas de energia significam, para o Brasil, vantagens, como a diminuição da emissão de poluentes, situação interessante no que se refere aos créditos de carbono tratados no Protocolo de Quioto; investimento em pesquisa acadêmica/tecnológica; o aproveitamento de regiões desprezadas para a produção de alimentos, uma vez que muitos dos vegetais utilizados para a produção da biomassa se desenvolvem bem nesses solos, o que por si só já implica geração de emprego, melhoria da qualidade de vida, desenvolvimento de regiões até então sem atrativos para indústrias e afins; além do fato de que o Brasil, por suas características naturais, possui grande potencial de ser um exportador dessa energia.

Observa-se, com efeito, o estímulo ao desenvolvimento desse mercado/mercadoria se apresenta vantajoso não apenas no aspecto econômico, mas também ambiental e, principalmente, social, uma vez que promove o desenvolvimento e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Em momento anterior, vimos que pode a tributação ser instrumento nas mãos do Estado Regulador para que este possa induzir os agentes econômicos atuantes em seu território a agirem da forma como ele quer, seja isso parar o exercício de uma atividade ou começar o de outra. Sobre esse tipo de norma tributária discorreremos no tópico seguinte.

4 NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS

Normas tributárias indutoras são aquelas utilizadas pelo Ente estatal com o objetivo de interferir no domínio econômico, dando aos agentes orientações acerca do caminho

desejado a ser seguido na economia. Tais tipos de normas tributárias apresentam a chamada função extrafiscal.

A extrafiscalidade constitui utilização do tributo como meio de atuação do Estado na economia, incentivando ou desestimulando determinada atividade econômica. Os incentivos podem ser realizados pela diminuição ou mesmo supressão da carga tributária, enquanto os desestímulos se dão pelo aumento desta. Temos aqui o tributo como instrumento de intervenção por indução, lembrando da impossibilidade da atribuição do caráter diretivo às normas tributárias. A regulação estatal por meio da extrafiscalidade tributária se tornou instrumento de integração social e distribuição de riquezas, de forma que os tributos hoje transcendem os limites do sistema tributário, alcançando a ordem econômica (PIRES, 2007).

Luis Eduardo Schoueri (2005) alerta para a ideia de que a expressão “extrafiscalidade” pode referir-se tanto a um gênero quanto a uma espécie.

A espécie é o caso de atuação por indução na economia já exposto. O gênero retrata, além das normas extrafiscais em sentido restrito, aquelas que não possuem razões fiscais, contudo também não objetivam nenhuma intervenção na esfera econômica.

São as normas relacionadas com a política social, como, por exemplo, aquelas que asseguram um tratamento tributário diferenciado em caso de desemprego. Nesse caso, há inegavelmente benefício para aquele que se enquadra na hipótese prevista na norma, mas esta não influenciará na manutenção ou não do estado de desemprego do beneficiário (SCHOUERI, 2005).

Muito embora seja de inegável importância essa atuação estatal e as normas tributárias sejam instrumento hábil também para o seu exercício, a este trabalho interessa a noção de extrafiscalidade em sentido estrito, na qual se enquadram as normas tributárias do tipo indutoras.

Lembramos: às normas tributárias é inerente a existência da possibilidade de o contribuinte incorrer ou não na hipótese de incidência. Se este for obrigado a nela incorrer e, portanto, sofrer a conseqüente tributação, estaremos diante de um caso de confisco, o qual atenta contra o direito constitucional à propriedade.

Como vimos, pode o Estado direcionar a economia por meio de incentivos ou desestímulos. Quando, para este fim, utiliza as normas tributárias, ele diminui ou aumenta a carga tributária incidente sobre a atividade que deseja influenciar. Uma vez que as empresas irão sempre buscar o caminho mais lucrativo, utilizar o planejamento tributário empresarial consiste em uma forma válida de alcançar os objetivos estatais.

Quer se trate de aumento ou de redução da carga tributária, há que se atentar para questões como a da concorrência, dentre outras, uma vez que alguns contribuintes obterão vantagens em relação aos seus concorrentes, o que pode acontecer de forma a provocar a concorrência desleal. Mais à frente estudaremos os limites à utilização das normas tributárias indutoras com a devida profundidade.

Ponderando que o incentivo a determinada conduta implica o desestímulo ao seu não seguimento, e que o desestímulo a certa conduta leva ao incentivo à realização de conduta diversa, Luis Eduardo Schoueri defende a ideia de que é possível o estudo das normas tributárias indutoras sob o foco apenas do estímulo ou apenas do desestímulo, uma vez que as consequências são as mesmas analisadas apenas pela ordem inversa (SCHOUERI, 2005). Prosseguiremos este estudo sob a óptica da indução por meio de benefícios fiscais, que fazem parte da extrafiscalidade tributária e visam, essencialmente, a direcionar o desenvolvimento econômico, objetivando alcançar fins de ordem econômica e ou social, os quais são de relevância superior à arrecadação fiscal que se deixará de obter (MURARO, 2006).

Considerando que as prestações pecuniárias são subvenções – não incluídas nas garantias do Estado aos seus administrados – realizadas pelo ente público a produtores ou consumidores e sem resultar em contraprestação de natureza pecuniária, mas sim na adoção de comportamento desejado pelo Estado, as normas tributárias indutoras podem ser classificadas como uma espécie de subvenção.

Pode-se argumentar que, ao conceder incentivos fiscais, o Estado não realiza nenhuma prestação pecuniária, não se podendo considerar, portanto, as normas tributárias indutoras como espécie de subvenção.

Este pensamento, no entanto, encontra-se ultrapassado pelo seu excesso de formalismo. Muito embora o Estado não subtraia nada do Erário para a realização dessas prestações, ao conceder os incentivos fiscais, ele deixa de auferir recursos, resultando no mesmo efeito que seria provocado pelas subvenções.

A importância do enquadramento das normas tributárias indutoras como espécie de subvenção encontra-se no reforço da necessidade de observância de seus efeitos. Melhor explicando, uma vez que as subvenções são prestações pecuniárias estatais que objetivam não uma contraprestação dessa mesma natureza por parte do beneficiado, mas a adoção de um comportamento desejado pelo Estado, para que se trate de uma norma tributária indutora, este deve ser o efeito perseguido.

Na verdade, não apenas almejado, mas efetivamente concretizado deve ser esse efeito. Como já vimos, as prestações estatais implicam gastos do Erário. Se deixa o Estado de arrecadar o que poderia ou se destina parte dinheiro público para algo diverso que a direta realização dessas prestações, tal subtração deve estar esmiuçadamente justificada.

Especificamente, em se tratando de forma indireta de realização de tais prestações, no caso, por meio de normas tributárias indutoras da economia (subvenções), os efeitos pretendidos devem ter sido efetivamente alcançados, sob pena de a norma se tornar, no mínimo, ineficiente e, definitivamente, onerando os cofres públicos indevidamente.

Consoante o art. 70 da Constituição Federal, a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de

receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

Mais adiante, é o art. 165, § 6º do mesmo diploma que determina que, para que não ocorram os denominados “privilégios odiosos”, o projeto de lei orçamentária deve se fazer acompanhar “de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”.

Na legislação infraconstitucional, temos a Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar Federal n. 101, de 4.5.2000 – determinando, em seu art. 14, que “a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois anos seguintes”.

Diante do evidente controle imposto constitucionalmente, patente fica, portanto a estreita vinculação das normas tributárias indutoras aos efeitos que deve provocar, lembrando que estes efeitos estão (também eles) vinculados ao determinado pelo texto da Constituição, em particular pelos objetivos previstos no art. 3º, sob pena de controle pelo Poder Judiciário (BARROS, 2007).

5 TRIBUTAÇÃO INDUTORA NO SETOR ENERGÉTICO COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS

No primeiro ponto, vimos que consiste o Estado Regulador em uma espécie que interfere na vida econômica e social, porém já não mais de forma direta, sendo ele o principal agente econômico. Sua intervenção agora se apresenta de maneira indireta, por meio da regulação econômica, existindo outros agentes além dele no mercado.

Vimos ainda que a Constituição pátria impõe fins, objetivos a serem concretizados pelo Estado brasileiro, de forma que seu trabalho regulatório deve nesse sentido estar orientado.

No segundo ponto, vimos que um dos objetivos a ser efetivado pelo ente público é a paulatina redução das desigualdades sociais e regionais, conforme previsto no art. 3º do Texto Constitucional. Afirmamos ainda que possui este dispositivo força vinculante, de forma a, com base nele, ser possível exigir do Estado a adoção de medidas que levem à sua realização, inclusive na esfera econômica.

No terceiro ponto, defendemos a posição de que a interpretação do termo “desenvolvimento” deve ser ampla, incluindo os aspectos sociais, culturais e ambientais, além do econômico, o que nos permite enxergar a relação entre os princípios da redução das desigualdades sociais e regionais e do desenvolvimento nacional. Ainda

neste ponto, discorreremos brevemente sobre o cenário energético, demonstrando que o desenvolvimento de fontes de energia alternativa, bem como de tecnologias para o seu melhor desempenho, são uma excelente forma de redução das desigualdades sociais e regionais mediante o fomento ao desenvolvimento nacional.

Finalmente, no quarto ponto, discorreremos sobre as normas tributárias indutoras, conceituando-as e explicando a sua utilização.

Ora, diante do que foi anteriormente exposto sobre o ordenamento pátrio e de (a) uma realidade na qual observamos um setor energético sem condições de sustentação diante das previsões de demanda, (b) um estado de degradação ambiental que exige uma mudança na matriz energética, (c) ambas as situações que ensejam um mercado sedento por energia dita limpa (aqui nos referimos tanto às fontes de energia alternativas/renováveis como à tecnologia para seu desenvolvimento e otimização de uso), e ainda (d) a facilidade do Brasil para o desenvolvimento dessa energia em face das suas características naturais, fica evidente o benefício pátrio no desenvolvimento desse setor.

Devemos lembrar ainda que tais benefícios não ocorrem apenas na economia. Além dos evidentes benefícios para o meio ambiente, teremos o desenvolvimento social e tecnológico, pois serão necessários investimentos em pesquisa para que se descubra a melhor espécie de cultura para cada região, a melhor forma de cultivo; teremos o aproveitamento de regiões ainda não cultivadas em razão da má qualidade do solo para a produção de alimentos (o que significa que não há necessidade de diminuição da área de produção deste gênero), geração de emprego, aumento da qualidade de vida, possibilidade de proximidade entre produtor rural e mercado consumidor em muitas das possíveis áreas de produção, o que diminui os custos do produto (energia) e atrai indústrias.

Para que isso ocorra, no entanto, serão necessários investimentos, e estímulos, como já mencionado, os quais devem ocorrer de forma calculada, mesmo porque os principais resultados são esperados a longo prazo. Daí a necessidade do planejamento, de políticas públicas nesse sentido.

Tais políticas podem consistir em subsídios diretos, ou seja, no investimento direto do capital público, no incentivo ao investimento do capital privado mediante a concessão de benefícios. Aqui poderíamos enquadrar as normas tributárias indutoras isentivas, por exemplo. Também por meio de um aumento da carga tributária na exploração de outras fontes de energia, poderia o Estado tanto arrecadar verba para financiar o setor que deseja, como desestimular o agente econômico a explorar fontes poluentes.

Exemplo bem claro de norma tributária indutora vemos no caso dos produtores de biodiesel, que adquirem do agricultor familiar, em percentual mínimo definido pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, matéria-prima para a produção do biodiesel.

A esses produtores é concedido o benefício fiscal da redução de alíquota do PIS/PASEP e CONFINS. Temos aqui a preocupação com a redução das desigualdades

sociais, sendo valorizado o trabalho do pequeno agricultor. Como resultado, temos a fixação do homem no campo com todas as vantagens sociais que lhe são inerentes.

Não para aí, no entanto, o efeito concretizador da redução das desigualdades dessa norma indutora. Referidos percentuais mínimos não são iguais para todas as regiões. Para que possa ter direito ao benefício fiscal, deve o produtor adquirir, no mínimo, 50% do seu consumo se a compra for feita de matéria-prima cultivada no Nordeste. Já se o produto for comprado no Sudeste, esse valor mínimo cai para 30%. Isso significa que o benefício incidirá apenas nesses 50% ou 30%. Sobre o restante da matéria-prima (não adquirida de agricultores familiares da respectiva região), será cobrada a alíquota completa. Aqui temos a preocupação com a redução das desigualdades regionais.

Em síntese, podem as normas tributárias indutoras ser utilizadas pelo Estado no setor energético para, dentre outros objetivos, estimular o crescimento da área de energias alternativas/renováveis, contribuindo assim para a redução das desigualdades sociais e regionais.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed., Malheiros, São Paulo, 2007.

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise *in* BARRAL, Welber (org). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, São Paulo, Editora Singular, 2005

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Perfis do controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Natal, UFRN, 2007

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3ª ed. São Paulo, Lejus, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo, Malheiros, 2005

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Como Economizar US\$ 36 Bilhões em Eletricidade (sem desligar as luzes). Relatório elaborado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento e disponível em: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=1634270>. Acesso em: 21 de Setembro de 2008.

ELALI, André; ZARANZA, Evandro. Indução econômica por meio da tributação. Incentivos fiscais nas microrregiões. Aspectos pontuais da Lei 11.196/2005. Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 71, nov-dez 2006

FARIA, José Eduardo. Introdução. In FARIA, José Eduardo (organizador) Regulação,

direito e democracia. São Paulo, editora Fundação Perseu Abramo, 2002

BRASIL. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. Plano Nacional de Agroenergia. Disponível em: http://www.agricultura.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/MAPA/PLANOS/PNA_2006_2011/PLANO%20NACIONAL%20DE%20AGROENERGIA%202006%20-%202011-%20PORTUGUES_1_0.PDF. Acesso em: 21 de Setembro de 2008.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Instrução Normativa do MDA nº 2 de 30 de Setembro de 2005. Disponível em: www.biodiesel.gov.br. Acesso em: 21 de Setembro de 2008.

BRASIL. Lei Federal n. 11.116 de 18 de Maio de 2005. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 21 de Setembro de 2008.

MURARO. Leonardo. Benefícios fiscais: natureza, características e sua aplicação na busca do desenvolvimento sustentável. Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 68, mai-jun 2006

MUSSA, M. A global growth rebound: how strong for how long? Washington, DC : Institute for International Economics, 2003. Disponível em: <http://www.iie.com/publications/papers/mussa0903.pdf>. Acesso em: 21 de Setembro de 2008.

OLIVEIRA. Felipe Faria de. A elisão fiscal como elemento inerente à intervenção estatal no domínio econômico. Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 73, mar-abr 2007.

PIRES. Adilson Rodrigues. Ligeiras reflexões sobre a questão dos incentivos fiscais no Brasil in MARTINS. Ives Gandra da Silva, ELALI. André e PEIXOTO. Marcelo Magalhães. Incentivos fiscais: questões pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. São Paulo, MP editora, 2007.

SCAFF. Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. in PIRES. Adilson Rodrigues e TÔRRES. Heleno Taveira. Princípios de direito financeiro e tributário – estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

SchouerI, Luis Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro, Forense, 2005

SEN. Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

TOMAZETTE. Marlon. A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 75, 177-198, 2007

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional, tributário e financeiro – valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

ZANETTI. Adriana Freis Leben de; BARBOZA JÚNIOR. José Cláudio Marques. O direito tributário como medida de prevenção de desequilíbrios da concorrência. Revista Tributária e de Finanças Públicas, nº 77, nov-dez 2007,

TERRAS INDÍGENAS E APROVEITAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO ENERGÉTICA

Edilson Pereira Nobre Júnior

1 BREVE INTRODUÇÃO

Atribui-se à Constituição de 16 de julho de 1934 não só o feito de estruturar o Estado brasileiro resultante da ruptura institucional provocada com o movimento político de 1930, mantendo o esboço de direitos fundamentais típicos de primeira dimensão. Isto porque o constituinte foi além, inovando com o alargamento da regulação legal fundamental⁶⁴. Assim é que, inspirando-se na Constituição alemã de Weimar, de 11 de agosto de 1919, previu o Título IV sob a denominação “Da Ordem Econômica e Social”. Integrado neste, o seu art. 129 dispôs: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Sanou-se, assim, omissão da Constituição Imperial de 1824 e, igualmente, do texto da Lei Maior de 1891, a qual foi responsável pela instituição do sistema de governo republicano.

Não se há de esquecer, porém, de que, no intervalo compreendido entre as duas primeiras constituições republicanas, o tema já havia sido versado pelo anterior diploma que entre nós regulou a situação jurídica dos índios, qual seja, o Decreto 5.484, de 27-06-28, havendo o assunto das terras para os

⁶⁴ A expressão é tributada a Carl Schmitt (1996, p. 33), utilizada para circunscrever a essência do que entende por constituição material. Sobre a característica expansiva da Lei Fundamental de 1934, no que concerne ao âmbito da matéria disciplinada, consultar Ronaldo Poletti (Constituições brasileiras: 1934. Brasília: Senado Federal, 2001, v. III, p. 46).

índios sido versado nos seus art. 8º a 1065.

Quanto ao período imperial, a Lei 601, de 18 de setembro de 1850, que cuidava das terras devolutas, autorizou o Governo a reservar parte destas para, dentre outros fins, proceder à colonização dos indígenas, previsão regulamentada pelos arts. 72 e seguintes do Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854.

Com pequena mudança de redação, o preceito magno, antes transcrito, achou-se reproduzido no art. 154 da Carta de 10 de novembro de 1937, que instituiu a ditadura do Estado Novo.

Com o retorno do País à normalidade democrática, de maneira tímida, a Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946, disciplinou a matéria no seu art. 216, prescrevendo: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”.

Mais completa, a Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional 01/69, cujo art. 198 trouxe a lume o seguinte:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes. § 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.⁶⁶

Passados alguns anos, sobreveio a Lei 6.001, de 19-12-1973, dispondo sobre o Estatuto do Índio, procurando regular, com pretensão de completude, todos os aspectos inerentes à situação jurídica das populações indígenas⁶⁷. Versa o seu Título III, compreendido pelos arts. 17 a 38, sobre os aspectos inerentes à propriedade de terras.

A Constituição de 1988, notabilizada pela sua delongada extensão, não se manifestou silente sobre a questão indígena, introduzindo disciplina detalhada e adornada com

65 Os dispositivos estavam assim redigidos: “Art. 8º O Governo Federal providenciará no sentido de passarem para o Ministério da Agricultura, sem ônus para este, as terras pertencentes ao Patrimônio Nacional, que forem julgadas necessárias ao Serviço de Proteção aos Índios. Art. 9º Para a fundação de Povoações Indígenas, fica o Governo autorizado a permutar com particulares as terras do Patrimônio Nacional, que estiverem sem aplicação, ou que puderem ser alienadas, a juízo do mesmo Governo. Art. 10. O Governo Federal promoverá a cessão gratuita para o domínio das terras devolutas pertencentes aos Estados, que se acharem ocupadas pelos índios, bem como a das terras das extintas aldeias, que foram transferidas às antigas Províncias pela lei de 20 de outubro de 1887. §1º As terras cedidas serão delimitadas em zonas correspondentes à ocupação legal já existente, sendo respeitada a posse dos índios, assim como o uso e gozo a elles das riquezas naturaes ahí encontradas. §2º Respeitada essa posse, poderá o Governo Federal empregar as ditas terras para a fundação de povoações indígenas, ou qualquer outra fôrma de localização de índios”.

66 Antes da EC 01/69, havia o art. 186, de redação concisa, mas que dispunha: “Art. 186. É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”.

67 O diploma resultou de anteprojeto elaborado por Themístocles Brandão Cavalcanti, o qual, na qualidade de projeto de lei, foi, em 14-10-70, enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, com o acompanhamento de exposição de motivos do então Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, na qual é apontado que se destinava ao atendimento de onze objetivos.

minudência. Basta ver a dimensão do seu art. 231, composto de sete parágrafos, o qual é complementado pelo art. 23268.

Noutra direção, é impossível deixar de observar que, na sociedade hodierna, a demanda por energia vem paulatinamente se elevando⁶⁹, da qual depende o desenvolvimento das futuras gerações. Preocupante nos países ditos desenvolvidos, o cenário se torna assustador naqueles ditos periféricos, porquanto representa sério risco à eficiência de suas economias que ainda não alcançaram competitividade apontada como satisfatória. Tratar-se-á da possibilidade de forte golpe em suas aspirações de desenvolvimento⁷⁰.

No caso brasileiro, mesmo com a possibilidade de incremento de outras formas (eólica, fotovoltaica e energia do hidrogênio, dentre outras), a necessidade de dilatação da modalidade hidroelétrica enfrenta, além das necessidades fiscais, de maiores recursos para investimento, dificuldades de várias ordens.

Uma delas consiste justamente na circunstância da nossa bacia hidrográfica ter sua concentração nas regiões Norte e Centro-Oeste do País⁷¹ e, nas proximidades, se

68 Interessante transcrição de ditos comandos: "Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. § 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º. Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo". A vigente Constituição está repleta de outros dispositivos de interesse à questão indígena, a saber: a) art. 20, XI, considerando como bem da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios; b) art. 22, XIV, outorgando competência privativa à União para legislar sobre populações indígenas; c) art. 49, XVI, enumerando como competência do Congresso Nacional autorização para a exploração e aproveitamento de recursos hídricos, a pesquisa e lavra de riqueza minerais, em terras indígenas; d) art. 109, XI, ao atribuir competência à Justiça Federal para processar e julgar litígios envolvendo disputas sobre direitos indígenas; e) art. 129, V, indicando como função institucional do Ministério Público promover a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas; f) art. 210, §2º, parte final, ao garantir às comunidades a utilização, durante a fruição do ensino fundamental, de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem; g) art. 215, §1º, ao impor ao Estado o dever de tutelar as manifestações da cultura indígena. (BRASIL. Constituição, 1967. Brasília: Senado Federal).

69 É noticiado que a demanda mundial projetada de energia se elevará, no intervalo de 2000 até 2030, 1,7% por ano, instante no qual será equivalente a 15,3 bilhões de toneladas de petróleo, conforme dados do Instituto Internacional de Economia. Disponível em: www.biodieselbr.com. Acesso em: 21-10-2008.

70 Interessante é ver notícia veiculada na Folha de São Paulo, consoante a qual, em 06-07-2007, por falta de energia, decorrente de crise energética, trezentas unidades fabris paralisaram suas atividades. A crise, que chega a afetar aproximadamente quatro mil indústrias, força a que cada uma das afetadas, pelo menos uma vez ao mês, suspendam suas atividades na Argentina. Disponível em: www1.folha.com.br. Acesso em: 22-10-2008. O fato somente agrava ainda mais a situação econômica vivenciada pelo país vizinho.

71 Avivando-se um pouco a memória, basta notar que a bacia hidrográfica amazônica, com área de 7.050.000 quilômetros quadrados,

encontrarem terras sob a posse de comunidades indígenas, cujo tratamento jurídico especial pode servir de óbice para tanto.

Em segundo plano, há a questão tendente à necessidade de equilibrar-se a relevante e justa aspiração pelo desenvolvimento com a conservação do meio ambiente⁷², a exigir igualmente atenção especial do aplicador da ordem jurídica.

Assim, este escrito tem como objetivo analisar o tratamento a ser legado à exploração dos potenciais de energia sites nas terras indígenas, para o fim de apontar os limites e possibilidades que para tanto demarca a ordem jurídica.

2 O SIGNIFICADO DAS EXPRESSÕES “ÍNDIOS” E “TERRAS”

Impõe-se, como antecedente indispensável, a delimitação do que se deve entender por índio, tomada a expressão em sua significação jurídica. O trabalho do intérprete restou facilitado, pois o art. 3º, I, da Lei 6.001/73, proclama que, para os efeitos que disciplina, índio ou silvícola “é todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”⁷³.

No mesmo dispositivo, definiu-se comunidade indígena ou grupo tribal como “um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados”.

Perfilhando denominação alternativa, o legislador⁷⁴, demais de reconhecer-lhes a incidência das normas sobre nacionalidade e cidadania, pôs os índios ou silvícolas, bem como suas comunidades, sob regime tutelar, a ser exercido pela União, por meio do órgão federal competente.

Após ressaltar que os nossos aborígenes, por ação do colonizador, foram submetidos a dizimação, restando alguns grupos nos Estados centrais e noutras regiões nas quais o caudal civilizador os vai absorvendo, Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 181) justifica submissão a regime tutelar: “Sua educação é muito lenta e difícil e é natural que o legislador crie um sistema de proteção que os defenda da má conduta dos homens inescrupulosos”.

estando aproximadamente 3.904.392,8 quilômetros quadrados encravados no solo brasileiro, acumula em torno de 72% dos nossos recursos hídricos.

⁷² A título de informe, há estudo que estima em 75% a responsabilidade do setor energético pelo dióxido de carbono lançado à atmosfera. Disponível em: www.comciencia.br. Acesso em: 21-10-2008.

⁷³ O art. 2º do Decreto 5.484/28 contemplava as seguintes categorias de índios, quais sejam: a) índios nômades; b) índios arranchados ou aldeados; c) índios pertencentes a povoações indígenas; d) índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilizados.

⁷⁴ O Código Civil de 1916 manifestou preferência à denominação silvícolas (art. 6º, III, parágrafo único), enquanto o Decreto 5.484, de 27-06-28 adotou o termo índios, o que foi seguido pelo Código Civil de 2002.

Tal forma de tratamento, relacionado à capacidade de fato, ratificada pelo atual Código Civil (art. 4º, parágrafo único), segue os princípios e normas do direito comum no que couber⁷⁵.

Há, a esse respeito, previsão no art. 8º da Lei 6.001/73 de nulidade dos atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade, à míngua de assistência da FUNAI⁷⁶.

O legislador, todavia, afasta referida consequência quando se constatar que revele o índio – o que normalmente será em juízo – consciência e conhecimento do ato praticado e da extensão dos seus efeitos. Para tanto, o art. 8º, parágrafo único, do Estatuto do Índio, reclama ausência de prejuízo.

O legislador previu, com detalhes, o modo por meio do qual o índio se libera do regime tutelar legal, investindo-se na plenitude da capacidade civil. O tratamento específico afasta, assim, a incidência do art. 4º do Código Civil.

Três são as maneiras previstas para que o índio possa adquirir sua capacidade civil. A primeira delas acontece com o requerimento do interessado ao juiz competente, demonstrando o preenchimento dos requisitos, a saber: a) idade mínima de 21 anos; b) conhecimento da língua portuguesa; c) habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; d) razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

O magistrado decidirá, após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência e o Ministério Público, transcrevendo-se a sentença no registro civil.

Noutro passo, poderá o interessado, uma vez satisfeitos os requisitos já mencionados, requerer a liberação ao órgão de assistência, o qual submeterá sua decisão à homologação judicial⁷⁷, devendo-se, ao depois desta, ser levada ao registro civil.

A terceira modalidade, por seu turno, é a coletiva. O Presidente da República, mediante decreto, poderá declarar a emancipação duma comunidade indígena inteira.

75 Antes, a Lei de 27 de outubro de 1831, equiparou os índios, para fins de regime jurídico, aos órfãos. Através do Decreto 8.072, de 20-06-10, cria-se, nos moldes da não realizada aspiração de José Bonifácio de Andrada, o Serviço de Proteção aos Índios – SPI, liberando-os da supervisão dos juizes de órfãos para serem assistidos pelos inspetores de dito serviço. O Decreto 5.484/28 (art. 5º) impôs à capacidade de fato dos índios restrições, materializadas através da assistência do Serviço de Proteção aos Índios, nos moldes dos seus arts. 6º e 7º, corroborando a incapacidade relativa prescrita no Código Civil de 1916.

76 Sua criação se deu com a Lei 5.371/67, que lhe atribuiu natureza e estrutura autárquica, destinando-se a estabelecer diretrizes e garantir o cumprimento da política de proteção indigenista.

77 Alvitramos a hipótese de que o juiz competente para processar e julgar pedido de emancipação de índio, ou proceder à homologação de sua outorga pelo órgão de assistência, é o juiz de Direito e não o juiz federal. A distribuição de poder jurisdicional em favor da Justiça Federal, com fundamento no art. 109, XI, da Constituição, restringe-se à disputa sobre direitos indígenas. A interpretação, que deverá ser restritiva, é de conter tal competência às hipóteses de disputas sobre terras, ou sobre a cultura indígena, ou acerca de interesses constitucionalmente atribuíveis à União que tenham liame com a questão indígena. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal (HC 91.121, rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 28-03-08), tanto que a Justiça do Estado é competente para julgar crime cometido por índio contra outro, desde que não envolva acusação de genocídio, ou que a motivação do delito não seja disputa sobre direitos indígenas (RE 419.528, rel. desig. Min. Cezar Peluso, DJU de 09-03-07; RE 263.010, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 10-11-00; RHC 85.737, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU de 30-11-07). Tratando-se da disputa em torno da posse de terras indígenas, a sua apreciação compete à Justiça Federal (RE 183.188, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 14-02-97). A emancipação de silvícola, procedimento não contencioso, em sede de princípio, não envolve disputa sobre direito indígena, a atrair a incidência do art. 109 da Lei Maior.

Para tanto, faz-se preciso que tal seja requerida pela maioria do grupo e que todos os integrantes deste preencham os requisitos do art. 9º da Lei 6.001/73. Ao depois, também se mostra indispensável que o órgão de assistência, mediante inquérito, comprove a plena integração do grupo à comunhão nacional.

A liberação do regime tutelar do índio, ou coletivamente da comunidade ou grupo tribal, tem o condão de transpor os seus destinatários para o regime jurídico de direitos civis do cidadão comum, cessando seu tratamento jurídico especial.

É interessante a observação de Dalmo de Abreu Dallari (1977, p. 67):

Uma vez ocorrida a integração, ele é um brasileiro como todos os demais, não tendo qualquer influência sua origem numa comunidade indígena. Embora quanto à etnia não se possam alterar as características da origem, é rigorosamente certo que, do ponto de vista jurídico, o índio deixa de ser índio quando se integra na comunidade brasileira. A partir desse momento ele é um cidadão brasileiro comum, sem nenhum privilégio e sem qualquer proteção ou restrição especial.

Por construção interpretativa, é de salientar-se a possibilidade do reconhecimento da integração do índio à comunidade nacional, mesmo sem o processo formal de emancipação.

O art. 8º, parágrafo único, da Lei 6.001/73, permite ao magistrado reputar como válido ato ou negócio jurídico celebrado por índio não formalmente integrado, contanto que vislumbre que aquele possua consciência para realizar tal prática. Se assim labora, deixando de enveredar pela trilha da nulidade, é porque reconhece, pelo menos para o caso concreto, condições que permitiam o reconhecimento da capacidade civil de forma idêntica aos demais brasileiros.

Por isso, nada impede que, conforme a situação posta nos autos, venha a se reconhecer o preenchimento dos requisitos do art. 9º, I a IV, da Lei 6.001/73, o que poderá acarretar o envio da decisão ao registro civil para os devidos fins.

Os nascimentos e óbitos de índios não integrados serão registrados de acordo com a legislação civil, a instâncias do interessado ou da autoridade administrativa competente.

Haverá, independentemente disso, no órgão de assistência, livros próprios, para o registro administrativo dos nascimentos, óbitos, da cessação da incapacidade dos índios e dos casamentos celebrados segundo os costumes tribais.

O registro administrativo consistirá em documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitindo, na falta deste, como meio subsidiário de prova do estado do interessado.

Passando ao vocábulo “terra”, empregado no singular, sabe-se da existência de inúmeras significações. Já se enfocando sua característica de bem jurídico suscetível de integração no patrimônio dos sujeitos de direitos, o próprio legislador modelou acepções mais restritas.

Inicialmente, o Decreto-lei 2.610, de 20-09-1940, para os fins do Decreto-lei 1.968,

de 17-01-40, engendrou definição do que se deve compreender por terras⁷⁸.

Posteriormente, a Lei 4.504, de 30-11-64, a qual dispôs sobre o Estatuto da Terra, no seu art. 1º, é clara em circunscrever a expressão terra aos bens imóveis rurais.

A integração do conceito não dispensa achegas do Código Civil, ao definir como imóvel o solo e tudo o que nele se incorporar natural e artificialmente (art. 79).

Mais à frente, o art. 1.229 daquele diploma, avivando os contornos da propriedade imobiliária, indigita que a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e a do subsolo correspondentes, na altura e profundidade, à utilidade inerente ao seu exercício, não podendo o seu titular se opor a atividades que, nessa área, sejam realizadas por terceiro quando não tenha interesse legítimo em obstá-las.

Excepcionando esta regra, a Constituição Federal (art. 176, §1º) desmembrou da propriedade do solo as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, as quais passaram a se integrar, para fins de exploração ou aproveitamento econômico, no acervo patrimonial da União.

Feitas essas delimitações conceituais, serão, no próximo tópico, minudenciadas quais as modalidades de terras indígenas admitidas em nossa ordem jurídica, em atenção às singularidades que as envolve.

3 TERRAS INDÍGENAS: ESPÉCIES E REGIME JURÍDICO

Neste ponto, faz-se preciso vislumbrar que a expressão terras indígenas⁷⁹ é designativa de gênero. As suas espécies, de acordo com o art. 17, I a III, da Lei 6.001/73, são: a) terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, que o Constituinte de 1988 resolveu denominar de terras tradicionalmente ocupadas; b) áreas reservadas; c) terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Cada uma dessas modalidades possui regime jurídico distinto.

A primeira das modalidades configura as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, a que se refere o art. 231, §1º, da Constituição. Distinguem-nas o fato de serem habitadas em caráter permanente por índios, serem de utilização por estes em suas atividades produtivas, mostrarem-se imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar e também indispensáveis a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Aspecto interessante da definição, em torno do qual gravita controvérsia, é o de saber o que consiste habitação em caráter permanente por índios.

78 Estava o conceito assim exposto: "Art. 1º - Para os efeitos do decreto-lei n. 1.968, de 17 de janeiro de 1940, entende-se por terras a propriedade em que a área constitui o principal da mesma propriedade, em virtude, de seu aproveitamento, ou possibilidade de aproveitamento, em qualquer atividade rural, como a indústria extrativa, a cultura dos campos ou a criação, não se compreendendo, portanto, nessa definição, os terrenos, simples acessórios ou dependências de moradias ou de estabelecimentos de indústria ou comércio, quer rurais, quer urbanos, como hortas, jardins ou poteiros, e bem assim os terrenos urbanos destinados à edificação."

79 Informe da FUNAI (disponível em: <http://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudo.htm#atual>). Acesso em: 28.10.2008) aponta existência de 488 terras indígenas cuja demarcação se encontra em fase minimamente delimitada, ocupando superfície de 105.672.003 de hectares. Da mesma forma, há em procedimento de identificação mais 123 áreas indígenas, não integrando o universo acima.

A redação ostentada no pÓrtico do art. 198, caput, da Constituição pretÉrita, ao reportar-se a terras habitadas, fez com que se exigisse a efetiva presença dos índios nelas, propendendo-se ao que se poderá denominar duma análise do tema à luz dos conceitos do direito civil.

Assim, Pontes de Miranda (1974, p. 456), ao comentar referido dispositivo, salientou:

O texto respeita a 'posse' do silvícola, posse a que ainda se exige o pressuposto da *permanência*. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar a regra jurídica, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou constem dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exiba título de domínio. Desde que há *posse* e a *permanência* ou *localização permanente*, a posse da terra é do nativo, porque assim o diz a Constituição. Os juizes não podem expedir mandados possessórios contra silvícolas que tenham posse permanente.

Um pouco à frente, arremata:

O texto constitucional não cogitou da duração da posse, nem, sequer, do limite temporal para se reputar permanente. Tem-se de entender a residência, com a posse que não se há de reputar transitória (*quaestio facti*). Os silvícolas têm a tutela jurídica à pretensão à defesa da posse, como qualquer outro possuidor; mas a sua posse não está sujeita a limite mínimo de tempo, desde que se haja satisfeito o pressuposto da *permanência*, que é ligada à *residência*.

O posicionamento não foi isolado. Acompanhou-o Fernando Pereira Sodero (1977, p. 329), com a constatação de que o Constituinte de 1967, em tom inovador, referiu-se não a terras dos índios, mas por estas ocupadas, de modo que o verbo ocupar é o mesmo que habitar, apoderar-se, tornar-se dono, tomar posse de, entre outros sentidos.

Por isso, entende que é a constância da permanência, aliada à ocupação de determinado trecho de terra pelos índios, com morada e utilização dos recursos naturais, o que dá aos índios o direito de em tais áreas permanecerem, transmutando-as em bens da União.

Idêntico é o pensar de Salvador Pompeu de Barros Filho (1987, p. 79), para quem o art. 198 da Lei Maior anterior somente poderia ser aplicado aos casos nos quais as terras estivessem efetivamente habitadas por silvícolas, porque, em assim não sendo, abrir-se-ia margem ao confisco generalizado das terras de Copacabana ou Jacarepaguá, somente pelo fato de que já foram ocupadas pelos Tamoios.

Propugnando outra compreensão, ainda sob a égide da Constituição de 1967, Fernando Facury Scaff (1986, p. 154) mostrava que a posse dos silvícolas era diversa daquela exigível dos demais sujeitos de direito. Tratava-se de posse congênita, decorrente do nascimento dentro de determinado grupo étnico e

que tinha de ser disciplinada diversamente dos critérios civilistas.

Esse último ponto de vista galvanizou as percepções doutrinárias surgidas a contar de 05-10-88.

José Afonso da Silva (1992, p. 726-728), um dos primeiros a se debruçar sobre o art. 231, §1º, da Lei Maior vigente, timbrou em acentuar que a expressão “terras tradicionalmente ocupadas” não revela nenhum aspecto temporal, a implicar ocupação imemorial. Isto porque, fundando-se tal conceito no instituto do indigenato, a revelar fonte primária e congênita de posse territorial, não pressupõe título anterior nem o usucapião.

Daí que, para o autor,

(...) tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.

Nessa linha, é de firmar-se que não é a ocupação presente o decisivo elemento identificador de tais terras. Bem explicitou Tourinho Neto (1993, p. 125), no sentido de que, para fins de visualização de posse indígena, “é preciso observar se há, ainda, na área, palpante influência indígena, demonstrativa de que, há não muitos anos, os índios ali tinham o seu *habitat* – tradicionalmente a ocupavam – e que dali foram expulsos, à força ou não.”

Compartilhando do entendimento, João Batista de Castro Júnior (2006, p. 37-38) manifesta duas asserções sobre a questão. Uma delas é a de que o conflito possessório, quando envolver as terras em comento, não poderá ser solucionado com base em critérios do direito privado, porquanto a posse dos índios decorre de direito público, por expressa previsão constitucional. Noutra passo, indigita que a redação do art. 231, §1º, da Constituição, ao cogitar nas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como as por estes habitadas em caráter permanente, é demasiado restrita, olvidando os fenômenos migratórios de alguns povos indígenas.

Na jurisprudência, o assunto parece ainda guardar controvérsia. Assim nos mostra consulta aos anais do Supremo Tribunal Federal. De principiar com o MS 20.215-7/MT80, impetrado contra ato do Presidente da República, consubstanciado no Decreto 83.262, de 09-03-79, que, ampliando os limites da Reserva Pimentel Barbosa, teria incluído as terras de propriedade dos impetrantes, em razão de títulos de domínio expedidos pelo Estado de Mato Grosso nos anos de 1960 e 1961.

A segurança foi reputada inviável sob o argumento de versar sobre matéria de fato controvertida, a exigir dilação probatória. Mesmo assim, registrou-se, à guisa de *obiter dictum*, menção do relator, Min. Décio Miranda, na trilha de ser essencial, para o deslinde da causa, verificação se, à época da outorga dos títulos, havia ou não sobre a área litigiosa, sob o prisma material, ocupação pelos índios, o que parece concluir pela adesão à primeira das correntes doutrinárias⁸¹.

De igual modo, deliberou-se no MS 20.234–3/MT82, versando agora a fixação dos limites da Reserva Parabubure, o que se deu com o Decreto 84.337, de 21-12-79. Não obstante o reconhecimento da não-admissibilidade do mandado de segurança em litígio cuja solução demanda produção de prova, na oportunidade sobreveio consideração do voto do Min. Cordeiro Guerra que, mesmo acompanhando o relator, resolveu assentar que a incidência do art. 198 da Constituição de 1967 somente deveria ocorrer quando se tratasse de glebas efetivamente habitadas por indígenas⁸³.

Posteriormente, veio a lume a Ação Cível Originária 278–8/MT, na qual os autores postularam indenização por desapropriação indireta, ao argumento de que, embora tendo adquirido do Estado Mato Grosso gleba de 9.758 hectares, situada à margem direita do rio Xingu, a União Federal e a FUNAI, com base no Decreto 50.455, de 14 de abril de 1961, que criou o Parque Nacional do Xingu, apossaram-se de várias propriedades privadas, entre as quais a que lhes pertencia.

A demanda, que teve como relator o Min. Soarez Muñoz, teve sua pretensão acatada⁸⁴, expendendo o Pretório Excelso, a título de fundamentação, o seguinte: a) a

81 Do voto destaco a passagem seguinte: "Aferido que as terras em causa não são ocupadas por silvícolas, ou já não o eram desde o idos de 1960, que parece ter sido a época de sua transmissão a particulares pelo Estado de Mato Grosso, os títulos dos impetrantes, a admitir que tenham regularmente essa origem, sobrenadariam à impugnação que se lhes viesse a fazer sob esse aspecto. Verificado, porém, que a aquisição originária, ou as que se lhe seguiram, coincidem com a regular ocupação indígena, os títulos dos impetrantes perderão a força que acaso formalmente tinham".

82 Plenário, v.u., rel. Min. Cunha Peixoto, DJU de 01-07-80.

83 Embora longa, interessante transcrição das observações do Min. Cordeiro Guerra: "Sr. Presidente, estou de acordo com o eminente Relator, mas desejo explicitar a minha apreensão, em face do art. 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Creio que esses artigos ainda nos darão muito trabalho, porque, a serem interpretados na sua literalidade, teriam estabelecido o confisco da propriedade privada neste País, nas zonas rurais, bastando que a autoridade administrativa dissesse que as terras foram, algum dia, ocupadas por silvícolas. Ora, nós somos um País de imigração, um País continental, em que o homem civilizado abre caminho para a criação do seu império. Isso se fez sempre, através da história, à custa do aborígene, não só no Brasil, com na América do Norte, na Austrália, na África, na Sibéria, em qualquer parte do mundo. O que está dito no art. 198 é mais ou menos o que está dito no art. 1º do primeiro decreto bolchevique: 'Fica abolida a propriedade privada. Revogam-se as disposições em contrário.' Isto entra em choque, evidentemente, com o art. 153, § 22, da Constituição Federal, que assegura a propriedade privada. O Código Civil assegura a posse. De modo que toda essa legislação tem de ser interpretada com muito cuidado. Diz-se no § 1º do artigo 198: 'Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.' No meu entender, isso só pode ser aplicado nos casos em que as terras sejam efetivamente habitadas pelos silvícolas, pois, de outro modo, nós poderíamos até confiscar todas as terras de Copacabana ou Jacarepaguá, porque já foram ocupadas pelos tamoiós."

84 Eis a ementa da decisão: "DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA DE IMÓVEL PARA INTEGRAR O PARQUE NACIONAL DO XINGU. – Verificado que nas terras em causa não se achavam localizados, permanentemente, silvícolas (art. 216 da Constituição de 1946), à época em que o Estado de Mato Grosso as vendeu ao autor (1959), pois que foram levados para elas depois da criação do Parque Nacional do Xingu (1961), válidos são os títulos de propriedade do suplicante, e a União não poderia ter-se apropriado do imóvel sem prévia desapropriação. Fazendo-o, como o fez, por livre conta, praticou esbulho e deve ser compelida a ressarcir as respectivas perdas e danos. Ação cível originária julgada procedente" (Plenário, v.u., DJU de 11-11-83).

Constituição de 1891 (art. 64) transferiu aos Estados o domínio e a posse das terras devolutas de sua propriedade, excetua das aquelas que menciona, havendo a Lei Máxima de 1934 (art. 129) excluído do domínio devoluto estadual apenas as áreas na posse dos silvícolas, consideradas as que nelas aqueles se acham permanentemente localizados; b) terras habitadas por silvícolas, integrantes do patrimônio da União, conforme ensinamento de Pontes de Miranda e de Miguel Reale, este último em parecer, somente podem ser consideradas aquelas que se achem habitadas pelos índios, nelas se localizando, de maneira que o nomadismo ou a mobilidade dos silvícolas não autoriza a União a estender, a seu talante, o seu direito de propriedade; c) demonstrado que, ao instante da venda operada pelo Estado do Mato Grosso ao autor não se encontravam permanentemente localizados índios nas áreas das terras alienadas, a sua abrangência pelo Parque Nacional do Xingu pressupunha desapropriação, com o pagamento de prévia e justa indenização.

Já sob a vigência da Constituição de 1988, o tema tornou à ribalta. Exemplo consistiu no MS 215.575-5/MS⁸⁵, no qual os impetrantes, alegando serem sucessores, a título singular, de Nestor de Souza, do qual, na década de 1920, adquiriram lote rural denominado Santa Rita, com extensão de 7.584 hectares, atingido por força de demarcação administrativa do Presidente da República, em contrariedade com o art. 231, §1º, da Constituição.

Relator originário, o Min. Marco Aurélio votou pela concessão da segurança. Ao depois de tecer retrospectiva sobre o tratamento que a matéria vem possuindo desde o art. 129 da Constituição de 1934, afirmou S. Exa. que a Lei Maior de 1988 não trouxe nenhuma revolução quanto ao assunto em discussão, de maneira a desconhecer-se a validade de títulos de propriedade compreendidos em cadeia há mais de cinquenta anos, viabilizando, assim, o retorno dos índios a terras que anteriormente ocuparam. E não é só. A inclusão no rol dos bens da União das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas (art. 20, XI, CF) não englobou áreas que, outrora ocupadas pelos índios, o deixaram de ser.⁸⁶

Em divergência, o Min. Ilmar Galvão se pronunciou pela impropriedade da via eleita,

85 Plenário, v.u., DJU de 17-06-94.

86 Do longo pronunciamento, realço o trecho que segue: "Todavia, ao cogitar-se dos bens da União, dentre eles incluíram-se não as terras que outrora foram ocupadas pelos silvícolas e que, por isto ou por aquilo, deixaram de sê-lo e, mais do que isto, passaram ao domínio privado, atuando como alienante o próprio Estado. Aludiu-se às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios – inciso XI do artigo 2º, o que, no campo da razoabilidade, da segurança da vida de um Estado Democrático de Direito, faz pressupor situação de fato definida – a ocupação – muito embora presentes conflitos quanto aos limites em que verificada. No particular, é temerário falar em terras imemoráveis com o alcance que vem sendo atribuído à expressão, ou seja, de autorizar o desfazimento de uma gama de atos, desalojando-se tantos quantos confiaram na ordem jurídica em vigor e, portanto, na formalização das relações jurídicas de que participaram. Não, a tanto não leva a interpretação da atual Carta, nem da que lhe antecedeu. Em momento algum visou-se a corrigir as imensas injustiças praticadas contra aqueles que já habitavam o Brasil, à época da descoberta, porquanto isto acabaria por ocorrer com o sacrifício de quem não vivenciou as práticas de outrora e de valores tão caros quando em jogo a segurança na vida em uma sociedade. A atual Carta não assegura aos indígenas o retorno às terras que outrora ocuparam, seja qual for a situação jurídica atual e o tempo transcorrido desde que as deixaram. O reconhecimento de direitos contidos no artigo 231 está ligado, no particular, às 'terras que tradicionalmente ocupam', (presente), sendo que houve nítida preocupação em definir o sentido da expressão."

por envolver questão de fato, qual seja a de saber se, ao momento da transferência das glebas aos impetrantes, os Kayowás, ao migrarem para a Reserva Takuapery, foram ou não compelidos a fazê-lo. Com isso, mesmo de passagem, referido voto respalda que se ensaiasse mudança de concepção sobre o assunto, haja vista, nos seus considerandos, prestigiar ponto de vista de que as terras em disputa, cujos direitos indígenas à sua posse, pelo fato de remontar ao Alvará de 1º de abril de 1680, não poderiam ser confundidos com a porção de terras que o Constituinte de 1891 transferiu aos Estados⁸⁷.

Alguns anos depois, o Supremo Tribunal Federal ratificou o ponto de vista defendido pela doutrina tradicional, ao recusar intervenção da União nos autos de ação de usucapião relativa a gleba encravada no antigo Aldeamento de Guarulhos. Foi no RE 335.887–1/SP88.

O questionamento voltou à baila com o início do julgamento da Ação Cível Originária 312–BA89, ajuizada anteriormente à vigência da Constituição atual. O voto do relator, Min. Eros Grau, ao depois de referenciar a legislação regente da matéria, com princípio no Alvará de 1º de abril de 1680, lastreado em informe constante de laudo antropológico, propendeu pelo entendimento de que a área conflituosa consubstancia habitat do povo pataxó desde 1651, de sorte que, mesmo confirmadas algumas diásporas de índios, bem assim o arrendamento de certas áreas pelo então Serviço de Proteção aos Índios – SPI, tal não descaracterizaria a posse permanente e a habitação exigidas pela Constituição de 1967, com a redação da EC 01/69, tendo

87 Disse S. Exa.: “Pedi vista dos autos, porque, havendo bastado ao eminente relator, para concluir pela ilegitimidade do ato governamental impugnado, a circunstância, estreme de dúvida, de os ‘Kayowás’ terem estado ausentes, por mais de 50 anos, das terras hoje registradas em nome dos impetrantes, considerei imperioso apurar se os referidos indígenas, entre 1938 e 1940, ao serem transferidos para a reserva de ‘Takuapery’, não haviam sido compelidos a deixar uma área de ocupação imemorial. É que, se uma resposta positiva a essa indagação poderia obviamente levar ao entendimento de que se tratava, no caso, de terras devolutas, suscetíveis de livre alienação pela unidade federada, por efeito da norma do art. 64 da Constituição de 1891, o mesmo não sucederia diante de hipótese contrária. Com efeito, demonstrando, ao revés, que se estava, em 1938, diante de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, já não se poderá aceitar, pacificamente, a solução apontada pelo eminente relator, ainda que se comungue no entendimento, por ele esposado, de que a norma constitucional não teve o efeito de publicizar áreas já incorporadas ao domínio particular, nem de transferir para a União terras de domínio dos Estados. Pela singela razão de que, nesse caso, as terras em questão nunca teriam saído do domínio da União, havendo nele permanecido, vinculadas que se achavam à satisfação de direitos indígenas, direitos reconhecidos, desde famoso Alvará de 1º de abril de 1680, como originários, resultantes de uma relação jurídica fundada no instituto do indigenato, como fonte primária e congênita da posse territorial. Não poderíamos, por isso, ser confundidas com as terras devolutas atribuídas aos Estados pela Constituição de 1891, sendo irrelevante, para tanto, eventual desafetação superveniente, em especial quando operada, como neste caso, por iniciativa não dos próprios índios, mas de outrem, como admitido na impetração. Nessa última hipótese, forçoso é convir, careceria de legitimidade a alienação feita pela unidade federada, inaugurando a cadeia sucessória exibida pelos impetrantes, cuja desconsideração, por parte da FUNAI, estaria justificada não por eventual efeito desconstitutivo que se pudesse atribuir à norma constitucional, mas pela circunstância – nela declarada pelo próprio legislador constituinte, tal a importância por ele emprestada a tema anteriormente relegado a segundo plano – de serem públicas e federais ditas terras, conseqüentemente res extra commercium, insusceptível de alienação pelos governos estaduais ou por particulares.”

88 Confira-se o sumariado na ementa do julgado: “Usucapião. Aldeamentos indígenas. Artigo 20, I e XI, da Constituição. – O Plenário desta Corte, ao julgar o recurso extraordinário 219.983, firmou entendimento de que os incisos I e XI do artigo 20 da atual Constituição não abarcam terras, como as em causa, que só em tempos imemoriais foram ocupadas por indígenas. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. – Ademais, que, não havendo interesse da União no feito, fica prejudicada a alegação de ofensa ao artigo 109 da Carta Magna. Recurso extraordinário não conhecido”. (1ª T., v.u., rel. Min. Moreira Alves, DJ 26.04.2002).

89 O julgamento, iniciado em 24-09-2008, é noticiado no Informativo – STF nº 521.

em vista não haver sido demonstrada a ausência de silvícolas na área, não obstante grande parte destes a terem deixado em decorrência de acirradas disputas pela terra. Demonstrada, pois, a presença de indígenas em ditas terras, tanto ao instante da edição da Lei 601, de 1850, quanto à promulgação do art. 198 da Lei Fundamental passada, o relator se pronunciou pela nulidade dos títulos de aquisição expedidos em nome de terceiros. Na atualidade, a continuidade do julgamento pende de solução de pleito de vista formulado pelo Min. Menezes Direito.

Também recentemente, o tema aflorou com a Petição 3.388–RR90, a retratar ação popular ajuizada por senador da República, impugnando o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, situada no Estado de Roraima, alegando, dentre outros argumentos, consequências desastrosas de ordem comercial, econômica e social para o Estado de Roraima, comprometimento da segurança e soberania nacionais e desequilíbrio federativo.

Em seu voto, o relator, Min. Carlos Brito, deixando claro representar o vocábulo “originário”, em sua forma plural, inserto no art. 231, caput, da Constituição, situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra, preponderante sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse expedidos em favor de não-índios, aportando-se na invalidade dos atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras em causa, rematando, assim, por julgar improcedente o pedido.

Prestigiou-se, já agora, como posse permanente critério afeito ao indigenato e indiferente à qualificação do fenômeno possessório do direito civil, valendo-se notar que, da mesma forma que o feito anterior, o julgamento não restou concluído, estando sua continuidade à espera da colheita de voto-vista do Min. Menezes Direito.

Tomando partido, somos de que a última corrente é a mais correta, ao defender a ideia de que o direito dos silvícolas à posse permanente das terras mencionadas no art. 231, §1º, da Constituição, funda-se no indigenato.

Partimos de que a origem da polêmica advém do § 4º do Alvará Régio de 1º de abril de 168091, ratificado pela Lei de 06 de junho de 175592.

Em face disso, não é autorizada exegese consoante a qual, por se encontrarem sob o domínio devoluto do Império, tais terras tiveram seu domínio transposto aos Estados com a Constituição de 1891 (art. 64).

90 Ver Informativo – STF nº 517.

91 Achava-se o preceito assim redigido: “... E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuizo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuizo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas.” (Disponível em [http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/Terras%20Ind%EDgenas%20Legisla%E7%E3o%20Doutrina%20Jurisprud%Eancia%20\(Ricardo\).doc](http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/Terras%20Ind%EDgenas%20Legisla%E7%E3o%20Doutrina%20Jurisprud%Eancia%20(Ricardo).doc). Acesso em 04.11.2008).

92 Confira-se a redação no que interessa: “... Os índios no inteiro domínio e pacífica posse das terras ... para gozarem delas por si e todos seus herdeiros.” (Disponível em [http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/Terras%20Ind%EDgenas%20Legisla%E7%E3o%20Doutrina%20Jurisprud%Eancia%20\(Ricardo\).doc](http://www.funai.gov.br/procuradoria/docs/Terras%20Ind%EDgenas%20Legisla%E7%E3o%20Doutrina%20Jurisprud%Eancia%20(Ricardo).doc). Acesso em 04.11.2008).

É que não eram terras devolutas, por não se enquadrarem no conceito destas fornecido pelo art. 3º da Lei 601, de 18 de setembro de 1850, pois permaneceram sob o domínio congênito dos índios, não tendo sido dadas por sesmarias.

A única hipótese em que, no direito de então, tais terras se tornavam devolutas, no dizer de Tourinho Neto (1993, p. 6-7), era quando conquistadas em face de guerra justa, nos termos da Carta Régia de 02 de dezembro de 1808. Para esse fim, considerava-se apenas o estado de beligerância autorizado pelo Rei ou pelos governadores como forma de resposta à atitude dos índios de assaltar e roubar as habitações dos colonos, assassinando seus habitantes, ou ainda quando matassem os inimigos para alimentação.

Portanto, tais terras, com o advento da República, permaneceram no acervo patrimonial da União, delas tendo cuidado o art. 8º do Decreto 5.584/28, até que sua regulação passasse, com a Constituição de 1934, ao plano constitucional.

Dentre suas características, emerge inicialmente a de serem bens públicos de propriedade da União. Ao contrário do que afirma Tourinho Neto (1993, p. 21), penso que as terras em questão não constituem bens dominicais, pois, se assim fosse, encontrar-se-iam no patrimônio disponível daquela, e não é o que ocorre.

Mais acertada a concepção visualizada por José Afonso da Silva (1992, p. 726), enfocando sua natureza de bem público de uso especial, por se acharem vinculadas à preservação da cultura e dos direitos indígenas.

Integrantes do domínio público nacional, tais terras se destinam à posse permanente dos índios, constituindo garantia para o futuro da cultura indígena.

Aos índios cabe o seu usufruto exclusivo, compreendendo a fruição e gozo dos recursos naturais nessas terras na forma disposta pelo art. 24, §§1º e 2º, da Lei 6.001/73. A sua exclusividade implica que não poderão ser objeto de arrendamento ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício e a posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios. E mais: é vedada a qualquer pessoa estranha a prática da pesca, caça, ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.

São inalienáveis e imprescritíveis.

Perderão, no entanto, a condição de terras tradicionalmente habitadas por silvícolas aquelas que, espontânea e definitivamente, foram abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal, por proposta do órgão de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo. Assim prevê o art. 21 da Lei 6.001/73.

Em assim ocorrendo, o que não se dá de forma tácita, revertem à posse e ao domínio pleno da União, agora já na qualidade de bens dominiais, podendo ser afetadas a uso especial ou serem objeto de disposição.

A integração de toda uma comunidade indígena, na forma prevista no art. 11 da Lei 6.001/73, igualmente tem o condão de implicar reversão à plenitude dominial da União das terras ocupadas na forma do art. 231 da Lei Fundamental. Verificada

esta situação, seria ideal, se o caso impusesse, sua divisão em glebas ou lotes, com a consequente doação aos membros da comunidade emancipada.

Além do espécime já comentado, a Lei 6.001/73 previu as áreas reservadas. Reminiscência do art. 72 do Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854⁹³, são as porções de terras que, por ato da União, sejam destinadas à posse e ocupação dos índios, para que nelas vivam e possam obter sua subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes.

Atualmente, são disciplinadas pelos arts. 26 a 31 da Lei 6.001/73, podendo ser organizadas sob as formas de: a) reserva indígena, ao destinar-se a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência (art. 27); b) parque indígena, a consistir na área de terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos federais, a despeito de preservarem a fauna e flora e serem respeitados a liberdade, usos, costumes e tradições dos índios (art. 28); c) colônia agrícola, a configurar área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional.

No caso dos parques indígenas, as medidas de polícia, de competência dos órgãos federais, demais de necessárias à ordem interna e à preservação das riquezas existentes na respectiva área, deverão ser tomadas por meios persuasivos e deverão atender o interesse dos índios que nele habitam.

Eventuais loteamentos das terras dos parques indígenas deverão obedecer ao regime de propriedade, usos e costumes tribais, bem assim às normas administrativas nacionais e ajustar-se aos interesses das comunidades indígenas.

O art. 30 da Lei 6.001/73 cogitou ainda na instituição de território federal indígena, unidade administrativa da União instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja indígena.

É de salientar que tal competência, na atualidade, haverá de respeitar o prescrito pelo art. 18, §§2º e 3º, da Constituição Federal.

Às áreas reservadas, bens públicos nacionais de uso especial, em face do art. 31 da Lei 6.001/73, aplica-se o disposto no art. 231 da Constituição vigente, motivo pelo qual, além do seu usufruto exclusivo pelos índios, são inalienáveis⁹⁴ e imprescritíveis. A imprescritibilidade, por si só, já resulta do art. 191, parágrafo único, da Lei Básica.

A constituição de áreas reservadas é possível mediante compra e venda ou desapropriação. Também não se descarta possibilidade de tal decorrer de doação.

93 Eis a dicção do art. 72 do regulamento imperial: "Art. 72. Serão reservadas as terras devolutas para colonização e aldeamento de indígenas, nos distritos onde existirem hordas selvagens."

94 Previsão de inalienabilidade dessas porções de terras já se fazia presente no art. 75 do Decreto 1.318, de 30 de janeiro de 1854: "Art. 75. As terras reservadas para colonização de indígenas, e para elles distribuídas, são destinadas ao seu uso fructo; não poderão ser alienadas, enquanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder pleno gozo dellas, por assim o permitir o seu estado de civilização."

À derradeira, têm-se as terras de domínio indígena. São aquelas que índios ou comunidades tribais, integradas ou não, adquiram por qualquer das modalidades aquisitivas previstas na legislação civil (arts. 1.238 a 1.248, CCB).

Cuida-se de terras idênticas àquelas do domínio particular, não sendo objeto de regime peculiar próprio, diverso do previsto no Código Civil.

De destacar, na Lei 6.001/73, previsão de modalidade específica de usucapião nestes termos: “Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena”.

Tal forma de usucapião, que dispensa justo título ou boa-fé, não poderá incidir sobre as terras tradicionalmente ocupadas nem sobre as áreas reservadas, mas somente imóveis do domínio privado. Ainda que o legislador assim o previsse, tal pretensão encontraria óbice no art. 191, parágrafo único, da Lei Máxima.

Vistas, embora à vol d’oiseau, as espécies de terras indígenas, bem assim seus correspondentes regimes jurídicos, no tópico seguinte passaremos ao exame da possibilidade e dos limites de submissão daquelas à exploração de recursos energéticos, principalmente no que concerne aos potenciais hidráulicos que custodiam.

4 TERRAS INDÍGENAS E EXPLORAÇÃO ENERGÉTICA

O primeiro aspecto a ser alvo de realce é o de que, no particular do aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e as áreas reservadas estão submetidas à mesma regência jurídica.

Isso se impõe pela qualidade de bem público de uso especial, voltado à preservação da cultura e etnia índia, quer ainda pela equiparação legislativa de tratamento jurídico, estatuída pelo art. 31 da Lei 6.001/73.

A matéria tem balizas demarcadas pelo § 3º do art. 231 da Constituição em vigor:

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

De logo, vê-se que qualquer aproveitamento das riquezas naturais sitas em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e nas áreas reservadas depende de autorização do Congresso Nacional, em sessão conjunta de suas casas parlamentares. O art. 49, XVI, da Constituição, ratifica tal competência.

Particularidade que aguça curiosidade assenta em saber se há necessidade, para que o Congresso Nacional venha a exercer a competência em foco, de prévia disciplina da matéria em lei.

O art. 231, §3º, da Constituição, contempla apenas o direito das comunidades indígenas sobre os resultados da lavra, o que não necessita tratar-se de lei específica para o exercício de tais atividades localizadas em terras indígenas.

Por tal dispositivo, não vislumbramos a exigência de anterior lei para tornar possível que o Congresso Nacional autorize o aproveitamento dos recursos hídricos ou a lavra de produtos minerais.

O debate ganha espaço, contudo, com o art. 231, §6º, da Constituição Federal, o qual, de forma expressa, comina nulidade para os atos que importem, dentre outras faculdades, a exploração das riquezas naturais do solo, ressalvada presença de relevante interesse público, definido em lei complementar.

Por outro lado, o art. 176, §1º, parte final, da Lei Maior, determina que a exploração mineral, bem como dos potenciais de energia hidráulica, quando se desenvolver em faixa de fronteira ou terras indígenas, deverá ser realizada na forma da lei, a qual compete estabelecer as condições específicas para tanto.

José Afonso da Silva (1992, p. 731), à luz desse dispositivo, é claro em afirmar que a autorização congressual somente poderá vir a lume nas condições específicas previstas em lei, o que equivale concluir pela não-autoaplicabilidade do exercício da competência que lhe foi constitucionalmente outorgada.

Por seu turno, entendendo que há necessidade de definição, em lei complementar, das situações de relevante interesse público da União para tanto, está Walter Ceneviva (1999, p. 306).

Não se nos antolha como reconhecer a não dependência de lei para o exercício da competência do Congresso Nacional. A Constituição, por duas vezes, foi expressa nesse sentido. Numa delas, o art. 231, § 6º, ao cogitar na invalidade dos atos que permitam tais atividades, é expresso em remeter à lei complementar a indicação do relevante interesse público da União.

Em segundo lugar, o art. 176, §1º, segunda parte, é demasiado explícito em remeter ao legislador o apanágio de estatuir as condições específicas para que tais atividades ocorram.

A matéria chegou ao Supremo Tribunal Federal na Petição 2.604 – BA, formulada pela União, tendente à suspensão de liminar deferida pelo Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária Federal do Pará nos autos de ação civil pública. O Min. Marco Aurélio, então na Presidência da Excelsa Corte, exarou decisão de indeferimento, constando como um dos seus fundamentos a inviabilidade do procedimento, consistente na realização de EIA-RIMA para viabilizar construção, na região da Grande Volta do Xingu, da Usina Hidroelétrica Belo Monte, pela ausência da lei complementar

mencionada no § 6º do art. 231 do texto constitucional⁹⁵.

Sem embargo, o assunto voltou à baila nos autos da SL 125 – PA⁹⁶, dirigida contra a concessão de liminar em ação civil pública, decorrente da atribuição de efeito ativo em sede de deliberação monocrática em agravo de instrumento no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na qual se atacava a validade do Decreto Legislativo 788/2005, que então autorizara a construção da Usina Hidroelétrica Belo Monte.

Foi deferido o pedido, tendo a Min. Ellen Gracie ultrapassado, sem qualquer incursão sobre o tema, o argumento da decisão recorrida acerca da necessidade de lei complementar, unicamente por dizer respeito ao mérito da causa, não podendo ser sopesado em suspensão de liminar⁹⁷. Na prática, o resultado equivaliu ao desprezo da exigência, principalmente se a obra tem sua construção, ou grande parte desta, levada a cabo antes do trânsito em julgado da sentença de mérito da ação civil pública.

Como se vê, trata-se de mais uma situação de lamentável inércia do Poder Legislativo, porquanto, passados vinte e um anos da promulgação da Constituição de 1988, a matéria não se acha disciplinada. Agrava o silêncio do legislador o fato de que se está diante de assunto a dizer respeito, de perto, ao desenvolvimento do Estado brasileiro.

Muito embora entenda não poder ser afastada a necessidade de intervenção legislativa, conforme os arts. 176, § 1º, segunda parte, e 231, § 6º, ambos da Lei Maior, não descartamos a possibilidade, no intuito de dar concretização aos comandos constitucionais, voltados a harmonizar os imperativos do desenvolvimento com a manutenção da cultura indígena, de o intérprete ofertar solução provisória.

Em primeiro lugar, seria admissível inferir a recepção⁹⁸, com foros de lei complementar, do art. 20, §1º, alínea c, da Lei 6.001/73, ao prever poder a União intervir em terras indígenas para fins de propiciar realização de obras públicas que interessem ao

95 No particular, é de transcrever-se trecho da decisão: "(...) O § 6º do citado artigo é abrangente, ao prever ser nulo e extinto todo e qualquer ato que tenha por objeto 'a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes'. A exceção ocorre quando há relevante interesse da União, exigindo-se a existência de lei complementar. Dispôs-se ainda, no § 6º mencionado, sobre a inviabilidade de, em passo seguinte, implementada a glosa dos trabalhos, reclamar-se indenização por benfeitorias. Entendo que os estudos em andamento hão de ser feitos a partir de concretude maior, repousando esta na premissa do concurso do relevante interesse público da União, conforme dispuser lei complementar, que, tudo indica, não compõe o cenário jurídico." (DJ 12.11.2002, p. 47).

96 DJU de 29-03-2007, p. 36.

97 Desconsiderou S. Exa. precedentes (SS 846-Agr/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.05.96; SS 1272-Agr/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 18.05.2001) na direção dos quais a Presidência, mesmo na via angusta do pedido de suspensão de tutelas de urgência, deverá proceder à deliberação sumária do mérito da lide.

98 Relendo Bobbio (1994, p. 177), se vê que a recepção das leis anteriores pela Constituição superveniente, apesar de depender da compatibilidade material entre ambas, implica recebimento da lei anterior sob o valor formal que lhe atribua a nova Lei Fundamental. Eis lição que deixou clássica: "O fato de o novo ordenamento ser constituído em parte por normas do velho não ofende em nada o seu caráter de novidade: as normas comuns ao velho e ao novo ordenamento pertencem apenas materialmente ao primeiro; formalmente, são todas norma do novo, no sentido de que elas são válidas não mais com base na norma fundamental do velho ordenamento, mas com base na norma fundamental do novo. Nesse sentido falamos de recepção, e não pura e simplesmente de permanência do velho no novo. A recepção é um ato jurídico com o qual um ordenamento acolhe e torna suas as normas de outro ordenamento, onde tais normas permanecem materialmente iguais, mas não são mais as mesmas com respeito à forma." (BOBBIO, 1994, p. 177).

desenvolvimento nacional. Com isto, poder-se-ia reconhecer como definido relevante interesse público para fins de aproveitamento de potencial de energia hidráulica.

Em segundo plano, enquanto não editada lei a que se refere o art. 176, §1º, parte final, poder-se-ia entender que as condições específicas para o aproveitamento industrial dos potenciais de energia hidráulica seriam as estatuídas pela legislação destinada a dar cabo do art. 21, XII, b, da Constituição, no que couber. Foi assim, empregando, *mutatis mutandis*, a analogia, que o Supremo Tribunal Federal, em sede de mandado de injunção, reconheceu aos servidores públicos direito à aposentadoria especial e ao exercício de greve.

Melhor dessa maneira do que simplesmente se ignorar o disposto nos arts. 176, § 1º, segunda parte, e 231, § 6º, da Norma Ápice, mediante solução evasiva da suspensão de tutela de urgência sob o pálio da ordem pública, como sucedeu na SL 125 – PA.

O ato de autorização, por se tratar de atribuição privativa do Congresso Nacional, será o decreto legislativo.

Cuida-se de ato concreto, desprovido de normatividade. Por isto, não poderá ser impugnado mediante o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade⁹⁹.

A deliberação do Legislativo, observado o procedimento e requisitos constitucionais, é discricionária à medida que se inclina a autorizar ou não o exercício de determinada atividade em terras indígenas, pautada na presença das razões de conveniência ou oportunidade, conforme o relevante interesse público indigitado legislativamente. O Congresso Nacional é senhor da verificação do interesse público na espécie.

Essa discricionariedade, no entanto, não é imune a controle jurisdicional, nas mesmas situações nas quais a competência discricionária é possível de ser sindicada pelo Judiciário. Desse modo, se demonstrada inexistência ou não-correspondência dos motivos à situação legal, bem assim quando haja evidente violação a princípios que se impõem à atividade administrativa, a atividade controladora do Judiciário não é suscetível de afastamento.

Ademais, de há muito a doutrina, tanto nacional¹⁰⁰ quanto estrangeira¹⁰¹, sepultou o óbice do controle judicial dos chamados atos políticos, os quais são aqueles praticados pelo poderes constituídos com habilitação direta no Texto Constitucional.

99 Sobre esse ponto, há decisão na ADI 3.573 – 8 – DF, cuja ementa segue: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO N. 788, DE 2005, DO CONGRESSO NACIONAL. AUTORIZAÇÃO AO PODER EXECUTIVO PARA IMPLEMENTAR O APROVEITAMENTO HIDROELÉTRICO BELO MONTE NO TRECHO DO RIO XINGU, LOCALIZADO NO ESTADO DO PARÁ. ATO CONCRETO. LEI-MEDIDA. AUSÊNCIA DE ABSTRAÇÃO E GENERALIDADE NECESSÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA. ART. 102, INCISO I, “a”, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (artigo 102, I, “a”, CB/88). Os atos normativos que se sujeitam ao controle de constitucionalidade concentrado reclamam generalidade e abstração. 2. Não cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração. 3. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.” (Pleno, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, DJ 19.12.2006).

100 Rui Barbosa (2004, p.105-119) e Paulo Bonavides (1993, p. 247-313).

101 Eduardo García de Enterría (1983, p. 50-78).

Não esquecer a necessidade de à autorização congressional anteceder a ouvida das comunidades interessadas. Isto implica adoção, pelo Legislativo, de procedimento, propiciando-se realização de audiências públicas, perante as respectivas comissões, a fim de que se possibilite a colheita da opinião das populações indígenas.

Nesse particular, nada impede, antes recomenda, que o Congresso Nacional colha opinião de outras pessoas que tenham autoridade para falar sobre o assunto, inclusive oriundas dos setores governamentais interessados na execução do projeto.

A audiência pública, como parcela componente do procedimento decisório do Congresso Nacional, haverá de carrear aos parlamentares maiores dados possíveis para que seja tomada a decisão mais acertada.

Assim entendeu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por sua 5ª Turma, nos autos do AI 2006.01.00.017736-8¹⁰², relativo ao citado Decreto Legislativo 788/2005, que, ao deferir a autorização, não procedeu à oitiva das comunidades indígenas, transferindo tal encargo para depois, a ser cumprido pelo IBAMA por ocasião do estudo do procedimento de licenciamento ambiental.

Ao suspender os efeitos de referida deliberação, a Presidência do Supremo Tribunal Federal visualizou grave lesão à ordem pública administrativa em decisão obstativa de consulta, por parte do Executivo, das populações indígenas envolvidas, salientando que discussão sobre aplicação do art. 231, § 3º, da Constituição, não é possível na via estreita do pedido de suspensão¹⁰³.

102 Eis uma parte da ementa do aresto: "(...) 6. A consulta se faz diretamente à comunidade envolvida com o projeto da construção. É do Congresso Nacional a competência exclusiva para fazer a consulta, pois só ele tem o poder de autorizar a obra. O § 3º do artigo 231 da CF/88 condiciona a autorização à oitiva. 7. As alterações ecológicas, demográficas e econômicas conhecidas decorrentes da exploração de recursos naturais da terra indígena impõem o dever de ouvir as comunidades afetadas nos termos do § 3º do art. 231 da CF/88. 8. Sendo a oitiva das comunidades indígenas afetadas um antecedente condicionante à autorização, é inválida a autorização para a construção da UHE Belo Monte outorgada no Decreto Legislativo 788/2005 do Congresso Nacional. 9. O impacto do empreendimento deve ser analisado em laudo antropológico e estudo de impacto ambiental prévios à autorização prevista no § 3º, do artigo 231 da CF/88. 10. Antes de autorizar a UHE de Belo Monte o Congresso necessita de dados essenciais para saber a extensão dos danos ambientais e sociais que ocorrerão e as soluções para poder atenuar os problemas que uma hidrelétrica no meio de um grande rio trará. 11. A audiência pública prevista no artigo 3º da Resolução CONAMA não se confunde com a consulta feita pelo Congresso Nacional nos termos da Constituição. 12. A FUNAI, os índios, ribeirinhos, comunidades urbanas, ambientalistas, religiosos etc, todos podem ser ouvidos em audiência pública inserida no procedimento de licenciamento ambiental. Tal audiência realizada pelo IBAMA para colher subsídios tem natureza técnica. A consulta realizada pelo Congresso às comunidades indígenas afetadas por obras em suas terras tem por objetivo subsidiar a decisão política. (...)" (5ª T., v.u., AI 2006.01.00.017736-8, rel. Des. Selene Maria de Almeida, j. 13.12.2006.)

103 Transcrevemos, no essencial, passagem da decisão: "(...) b) analisando os termos do supracitado decreto legislativo (arts. 1º e 2º), evidencia-se caráter meramente programático no sentido de autorizar ao Poder Executivo a implantação do "Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte" em trecho do Rio Xingu, localizado no Estado do Pará, "a ser desenvolvido após estudos de viabilidade técnica, econômica, ambiental e outros que julgar necessários". Por isso que considero, neste momento, prematura e ofensiva à ordem administrativa, decisão judicial que impede ao Poder Executivo a elaboração de consulta às comunidades indígenas. Aliás, o importante debate jurídico a respeito da natureza dessa consulta (se política ou técnica) não é cabível na presente via da suspensão de decisão, tendo em vista os estritos termos do art. 4º da Lei 8.437/92; c) no que concerne à alegada violação ao art. 231, § 3º, da CF, e considerando os termos do retrotranscrito dispositivo do voto-condutor do AI em questão, assevere-se que o art. 3º do Decreto Legislativo 788/2005 prevê que os estudos citados no art. 1º são determinantes para viabilizar o empreendimento e, se aprovados pelos órgãos competentes, permitirão que o Poder Executivo adote as medidas previstas em lei objetivando a implantação do aproveitamento hidroelétrico em apreço. Esses estudos estão definidos no art. 2º, o qual, em seu inciso IV, prevê a explícita observância do mencionado art. 231, § 3º, da Constituição Federal. Sobreleva, também, o argumento no sentido de que os estudos de natureza antropológica têm por finalidade indicar, com precisão, quais as comunidades que serão afetadas. Dessa forma, em atenção ao contido no art. 231, § 3º, da CF e no decreto legislativo em tela, estes em face do dispositivo do voto-condutor, entendo que a consulta do

Outra cautela indispensável é a que consta do art. 225, §1º, IV, da Lei Básica, a exigir, tendo em vista a aqui potencialidade de significativa degradação do meio ambiente, a realização de estudo de impacto ambiental.

O dispositivo, num só lance, homenageia os princípios da prevenção e da informação, caros à tutela ambiental.

De logo, destaque-se a competência para sua realização. Disciplina o assunto o art. 10, caput, da Lei 6.938/81, com redação ofertada pela Lei 7.804/89, ao outorgá-la, por via de regra, ao órgão estadual integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, cabendo ao IBAMA atuação em caráter supletivo.

Passando-se ao art. 10, §4º, do referido diploma, incluído por superveniente alteração legislativa, há eloquente previsão de competir ao IBAMA o licenciamento no caso de obras com significativo impacto ambiental de âmbito nacional e regional.

Apesar de manter reservas quanto à validade do texto do art. 10 da Lei 6.938/81, após sua modificação pela Lei 7.804/89¹⁰⁴, não podemos negar que esse é o critério que vem adotando a jurisprudência, inicialmente pela sua aplicação pelos tribunais regionais federais¹⁰⁵.

E, como se não bastasse, há forte sinalização em decisões singulares no Supremo Tribunal Federal. Na mencionada Petição 2.604 – PA, o Min. Marco Aurélio, ao chamar atenção à necessidade de prévio EIA-RIMA por parte do IBAMA, em vez da SECTAM, órgão do Estado do Pará, sinaliza com o raciocínio de que o rio Xingu, no qual será construída a Hidrelétrica de Belo Monte, é um rio nacional.

De outro lado, na SL 246 – MT¹⁰⁶, na qual se impugnava antecipação de tutela deferida em agravo de instrumento perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, para suspender os efeitos de licenças ambientais expedidas para construção de pequenas

Ibama às comunidades indígenas não deve ser proibida neste momento inicial de verificação de viabilidade do empreendimento; (...)" (SL 125, Min. Ellen Gracie, DJ 61 do dia 29/03/2007).

104 Mesmo cômico de que essa discussão não faz parte do objetivo primacial do texto, não poderíamos deixar de emitir, no espaço apropriado da nota de rodapé, nossa opinião para evitar incoerência futura. Não questionamos a opção deliberativa do legislador, ao traçar o critério do art. 10, caput, §4º, da Lei 6.938/91 que, sem dúvida, talvez seja a mais consentânea com o equilíbrio federativo. Nossa objeção é unicamente de forma. É que, em se tratando de partição de competência entre pessoas políticas num Estado federal, cabe à Constituição, com laivos de exclusividade, dispor sobre os critérios de sua solução. Entre nós, o art. 23 da Constituição Federal inovou, trazendo hipóteses de competências comuns da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, de natureza material, não legiferante, apontando, no seu inciso VI, a proteção ambiental e o combate da poluição. No seu parágrafo único, há menção de que lei complementar da União estatuirá normas de cooperação entre os entes competentes, tida essencial para a harmonia nacional. Essa ideia ficou avivada no desate da ADI 2.544 (Pleno, mv, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 17-11-2006). Por essa razão, há que se notar, por força da recepção das normas constitucionais anteriores à nova Constituição, que o art. 10 da Lei 6.938/81 foi recebido com o status de lei complementar e, em assim sendo, não poderia ser alterado pela Lei 7.804/89, de cunho ordinário. O tema, que é deveras palpitante, será algum dia objeto de nosso desenvolvimento.

105 Cf.: TRF – 1ª Reg., 5ª T., v.u., rel. Des. Fed. João Batista Moreira, DJU – II de 09-11-2006, p. 65; TRF – 4ª Reg., 4ª T., v.u., rel. Juiz Márcio Antônio Rocha (convocado), DE de 08-10-2007. Realce para este escrito merece o primeiro dos julgamentos, porquanto, relacionando-se à construção da usina PCH Paranatinga II, projetada a aproximadamente 33 quilômetros da Terra dos Parabubure, 62 quilômetros da Marechal Rondon e 94 quilômetros do Parque Nacional do Xingu, restou validado estudo levado a cabo por órgão estadual, em face do possível impacto ao ambiente quanto a Estado-membro vizinho, bacia do rio Xingu e a terras indígenas, possuir efeitos indiretos.

centrais hidroelétricas denominadas Telegráfica, Rondon, Paresis, Sapezal e Cidezal, ao longo do rio Jurema, o Min. Gilmar Mendes enfatizou, como fundamento do deferimento do pedido, que, na ação originária, havia pronunciamento do IBAMA no sentido da competência do órgão estadual, tendo em vista que o impacto da obra tem sua influência limitada ao Estado de Mato Grosso.

Outra polêmica consistiu em saber se o EIA-RIMA deveria ou não anteceder ao beneplácito do Congresso Nacional, havendo a representação judicial da União optado pela afirmação ao fundamentar pleito constante da Petição 2.604 – PA. Nesta se entendeu, no entanto, que o EIA-RIMA deveria ser posterior à autorização congressual, pois poderia haver, ao contrário, gastos injustificados de dinheiro público. A solução, ao que parece, foi ratificada na SL 125 – PA.

Manifestamos, todavia, pensar contrário. A decisão, autorizadora ou não, do Congresso Nacional, é ato final de um procedimento que busca dar legitimidade ao desempenho de competência estatal. Para tanto, é preciso que o Parlamento disponha o mais que possível de informações sobre o assunto, de modo que a prévia realização do EIA-RIMA não deve ser afastada somente à vista da possibilidade do dispêndio desnecessário de dinheiro público, caso não venha ser permitida pelo Legislativo a realização da atividade.

A finalidade do estudo de impacto ambiental – disse certa vez o Tribunal Constitucional espanhol¹⁰⁷ – é justamente a de proporcionar às autoridades competentes (no caso, o Congresso Nacional) informação adequada a permitir-lhes decidir se, pelos seus impactos ao meio ambiente, determinada atividade é ou não suscetível de ter sua execução levada a cabo.

Desse modo, o caráter preventivo do estudo de impacto ambiental implica sua importância primordial para a decisão final do órgão estatal competente, subsidiando-o na tomada da deliberação mais correta e conforme ao interesse público. Por isso, o seu custo jamais pode ser reputado como despesa desnecessária, no particular, pela simples circunstância de não sobrevir o deferimento da autorização solicitada ao Congresso Nacional.

Não se há de esquecer de que o procedimento de licenciamento, para fins de assegurar a participação pública, deverá se realizar sob audiência pública. A sua obrigatoriedade, pela relevância do assunto, impõe-se ex vi do art. 32 da Lei 9.784/99, de maneira que sua supressão poderá desembocar na invalidade do ato final¹⁰⁸.

107 Tal teve lugar na Sentencia 13, de 22 de janeiro de 1998, em cuja motivação são extraídas indelévels afirmações: "La evaluación de impacto ambiental es un instrumento que sirve para preservar los recursos naturales y defender el medio ambiente en los países industrializados. Su finalidad propia es facilitar a las autoridades competentes la información adecuada, que les permita decidir sobre un determinado proyecto con pleno conocimiento de sus posibles impactos significativos en el medio ambiente (Preámbulo de las Directivas 85/337/CEE y 97/11/CE y del Real Decreto Legislativo 1302/1986). La legislación ofrece a los poderes públicos, de esta forma, un instrumento para cumplir su deber de cohonestar el desarrollo económico con la protección del medio ambiente (STC 64/1982, fundamento jurídico 2º). La evaluación del impacto ambiental aparece configurada como una técnica o instrumento de tutela ambiental preventiva — con relación a proyectos de obras y actividades— de ámbito objetivo global o integrador y de naturaleza participativa."

108 Nesse sentido, consultar: TRF – 1ª Reg., MS 89.01.20163 – 1 – MA, DJU de 25-09-89. Invoque-se, a esse respeito, precedente

Nada está a impedir, antes a relevância do tema está a recomendar, que o Presidente da República, na forma do art. 91, §1º, III, ouça, previamente, o Conselho de Defesa Nacional quando se alvitrar construção de hidrelétrica em terras tradicionalmente ocupadas por índios ou a estes reservadas, o qual poderá propor critérios e condições a esse respeito.

Já quanto às terras particulares, não vislumbro indispensável observância ao art. 231, §§ 3º e 6º, bem como ao art. 176, §1º, ambos da Lei Maior.

O aproveitamento dos recursos hídricos, para fins energéticos, observará a legislação aplicável aos demais indivíduos que, no Brasil, sejam proprietários de terra. Imprescindível é o licenciamento ambiental na forma do art. 225, §1º, IV, da Constituição.

O regime jurídico das terras particulares dos silvícolas, como visto no tópico anterior, é idêntico ao dos demais proprietários não-índios.

Queremos apenas advertir que o direito à percepção das ditas receitas, por força da Constituição (art. 231, § 3º, parte final), somente é reservado às comunidades indígenas quando se tratar de riquezas minerais. O Constituinte falou em participação no produto da lavra, consistente na exploração econômica duma jazida. Não cogitou, portanto, na condição de beneficiária das comunidades indígenas quando se tratar de valores devidos pelo aproveitamento dos recursos hídricos das terras tradicionalmente ocupadas, que pertencem à União.

Por isso, no particular do aproveitamento de recursos hídricos, para fins energéticos, os destinatários dos royalties resultam de escolha do legislador, estando, no particular das terras tradicionalmente ocupadas e áreas reservadas, tal direito assegurado pelo art. 24, § 1º, da Lei 6001/73.

5 SÍNTESE CONCLUSIVA

À luz do sucintamente exposto, é possível descortinar as conclusões adiante formuladas:

o constitucionalismo pátrio, a contar de 1934, desperta cada vez mais atenção ao tratamento da questão indígena, cujo estudo, na atualidade, revela-se de elevada importância ante a necessidade, por imperativos desenvolvimentistas, do aproveitamento dos potenciais energéticos encontrados nas terras dos índios, próximo às quais está situada imensa parcela do nosso potencial hídrico;

a Lei 6.001/73, definindo o índio como pessoa integrante duma determinada etnia, reconhece-lhe os direitos inerentes à nacionalidade e cidadania brasileira, com a sub-

do Pretório Excelso que, embora relacionado à consulta pública, pela similitude dos institutos, ambos com vocação para realizar o ideal participativo na função administrativa, igualmente aplicável nas hipóteses de audiência pública. Ainda no que toca ao licenciamento ambiental, acrescentamos que, ao decidir a Petição 2.604 – PA, o Min. Marco Aurélio, sem maior desenvolvimento explicativo, sugeriu a ouvida do IPHAN, incumbido da defesa do patrimônio histórico indígena.

missão, quanto à capacidade de fato, a regime tutelar a cargo de órgão ou ente federal, cuja cessação sucede em face do reconhecimento de sua integração à comunhão nacional, o que, mesmo não apagando sua origem étnica, acarreta sua sujeição à disciplina jurídica dos demais indivíduos, sem qualquer proteção ou restrição específica;

por sua vez, terra, no plano jurídico-patrimonial, expressa bem jurídico imóvel compreensivo do subsolo e do espaço aéreo, à medida de sua utilidade para o titular da sua propriedade, destacando-se desta as jazidas, demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, apenas no que concerne à sua exploração e aproveitamento econômico;

a principal modalidade de terras indígenas, quais sejam as tradicionalmente ocupadas, malgrado o não-encerramento de controvérsia jurisprudencial, não devem ser definidas pela presente e atual ocupação, como se decorressem do fenômeno possessório regido pelo direito civil, mas, ao contrário, configuram direito originário, a remontar ao Alvará de 1º de abril de 1680, não havendo sido transferidas pela Constituição de 1891 aos Estados, por não serem terras devolutas, somente perdendo tal qualidade quando abandonadas voluntariamente pelo grupo indígena (art. 21, Lei 6.001/73) ou quando este, nos moldes do art. 11 da Lei 6.001/73, vier a emancipar-se;

as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios configuram bem da União, de uso especial, visto que afetado à preservação da etnia indígena, cabendo à correspondente comunidade o direito ao seu usufruto exclusivo, sem contar a sua inalienabilidade e imprescritibilidade;

em segundo lugar, tem-se as áreas reservadas, as quais, também são bens públicos nacionais de uso especial, consistem naquelas destinadas, por ato da União, à ocupação e posse dos indígenas, nos moldes de sua cultura, podendo resultar, dentre outras formas aquisitivas, de compra e venda, desapropriação e doação, estando submetidas ao regime jurídico previsto no art. 231 da Constituição, no que couber;

à derradeira, há as terras do domínio indígena, consistentes naquelas adquiridas pelos índios na forma da legislação civil, inclusive mediante usucapião (art. 33, Lei 6.001/73), estando regidas pelo direito privado;

o aproveitamento de recursos hídricos, para fins energéticos, nas terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, bem como naquelas que lhes são reservadas, reclama autorização do Congresso Nacional, em deliberação conjunta, que, por sua vez, se trata de competência cujo desenvolvimento se subordina à integração legislativa prevista no art. 231, §6º, e art. 176, §1º, ambos da Constituição; enquanto não editados tais provimentos legislativos, é possível que a concretização dos comandos constitucionais se dê, respectivamente, mediante a recepção, na qualidade de lei complementar, do art. 20, §1º, c, da Lei 6.001/73, e mediada pela aplicação, por analogia, da legislação resultante da competência inscrita no art. 21, XII, b, da Constituição, destinada à regulação do aproveitamento dos cursos de água;

a autorização, que deverá ser vazada sob a roupagem de decreto legislativo, não

se submete a questionamento mediante ação direta de inconstitucionalidade, por faltar-lhe abstração e caráter geral, configurando competência discricionária, a, excepcionalmente, permitir controle jurisdicional;

a autorização legislativa precederá, por meio de procedimento, ouvida das comunidades afetadas, a fim de possibilitar ao Congresso Nacional elementos suficientes para a tomada da deliberação mais justa e adequada, sendo, igualmente, indispensável prévia realização de estudo de impacto ambiental por órgão competente (cuja delimitação, na jurisprudência, vem seguindo os critérios demarcados pelo art. 10, caput, e § 4º, da Lei 6.938/91, com relação aos quais guardamos reservas), o qual deverá preceder à autorização legislativa, haja vista a finalidade de tal estudo ser justamente a de propiciar informações para uma decisão acertada, consubstanciada no ato final do seu procedimento legitimador; e

a Constituição, no art. 231, § 3º, parte final, não reservou às comunidades atingidas direito ao recebimento de quantias pelo aproveitamento dos recursos hídricos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas, bens da União, referindo-se apenas à participação no produto da lavra, de sorte a prevalecer, sobre o assunto, escolha do legislador.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. Atos inconstitucionais. 2 ed. Campinas: Russel, 2004.
- BARROS FILHO, Salvador Pompeu de. Terras indígenas. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, a. 11, v. 42, p. 79, out./dez.1987.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 4 ed. Brasília: Edunb, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CASTRO JÚNIOR, João Batista de. O regime jurídico das terras indígenas e os conflitos no âmbito judicial. A questão dos Pataxó na Bahia. Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, Brasília, a. 18, n. 11, p. 37-38, nov./dez. 2006.
- CENEVIVA, Walter. Direito constitucional brasileiro. São Paulo; Saraiva, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Silvícola. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo : (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). 3 ed. Madri:Civitas, 1983.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários à constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, Tomo VI (Arts. 160 – 200). 2 ed. São Paulo: RT, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Instituições de direito civil. Vol. I. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

POLETTI, Ronaldo. Constituições brasileiras: 1934. Brasília: Senado Federal, 2001

SCAFF, Fernando Facury. Mineração em terras indígenas e a ordem econômica e social constitucional. Revista Forense, Rio de Janeiro, a. 82, v. 296, out./dez. 1986.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 8 ed. Malheiros, 1992.

SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madri: Alianza Editorial, 1996.

SODERO, Fernando Pereira. Terra de índios. In :FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito, 1977.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas. Brasília: TRF 1ª Região, 1993.

DECISÕES REFERENCIADAS:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 91.121, Distrito Federal, rel. Min. Gilmar Mendes, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 28.03.2008.

_____._____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3573-8, rel. para o acórdão Min. Eros Grau, Diário da Justiça da União, Brasília, 19.12.2006.

_____._____. Ação Cível Originária 278 – 8, rel. Min. Soarez Muñoz, Diário da Justiça da União, Brasília, 11.11.1983.

_____._____. Recurso em Habeas Corpus n. 85.737, rel. Min. Joaquim Barbosa, Diário da Justiça da União, Brasília, 30-11-07.

_____._____. Recurso Extraordinário n. 419.528, rel. designado Min. Cezar Peluso, Diário da Justiça da União, Brasília, 09.03.2007.

_____._____. Recurso Extraordinário n. 263.010, rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça da União, Brasília, 10.11.2000.

_____._____. Recurso Extraordinário n. 183.188, rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça da União, Brasília, 14.02.1997.

_____._____. Recurso Extraordinário n. 335.887 – 1, rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça da União, Brasília, 26.04.2002.

_____._____. Mandado de Segurança n. 20.215-7, rel. Min. Decio Miranda, Diário da Justiça da União, Brasília, 26.03.1980.

_____._____. Mandado de Segurança n. 215.575 – 5, rel. para o acórdão Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça da União, Brasília, 17.06.1994.

_____._____. Mandado de Segurança n. 20.234-3, rel. Min. Cunha Peixoto, Diário da Justiça da União, Brasília, 01.07.1980.

_____._____. Petição n. 2.604 (Decisão monocrática), rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça da União, Brasília, 12.11.2002, p. 47.

____.____. Suspensão de Liminar 125 (Decisão monocrática), rel. Min. Ellen Gracie, Diário da Justiça da União, Brasília, 29.03.2007, p. 36.

____.____. Suspensão de Liminar 246 (Decisão monocrática), rel. Min. Gilmar Mendes, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 18.06.2008.

____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.017736-8, Distrito Federal, rel. Des. Fed. Selene Maria de Almeida, Diário da Justiça da União, Brasília, 13.12.2006.

____.____. Mandado de Segurança n. 890120163-1. Distrito Federal, rel. Des. Fed. João Batista Moreira, Diário da Justiça da União - II, Brasília, 13.12.2006.

A PRODUÇÃO E USO DO ETANOL BRASILEIRO EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Hellen Priscilla Marinho Cavalcante
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Patrícia Borba Vilar Guimarães

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, percebe-se uma demanda mundial cada vez maior por biocombustíveis, ao mesmo tempo em que os países, de um modo geral, já empreendem esforços no sentido de produzirem eles mesmos tais combustíveis ou importá-los daqueles que os fabricam. Essa realidade é decorrente, sobretudo, da gradativa mudança relacionada à consciência ambiental global, uma vez que os malefícios que os combustíveis fósseis, dentre eles o petróleo, acarretam para o meio ambiente são amplamente conhecidos. Não se deve olvidar que tais recursos naturais deixarão de existir dentro de alguns anos, por não constituírem fontes renováveis de energia, o que impulsiona ainda mais a procura pelos biocombustíveis.

Dessa forma, o fim da produção de energia derivada do petróleo, gás natural e demais combustíveis fósseis deixou de ser algo fictício e torna-se cada vez mais notório, alterando a consciência mundial e impulsionando a busca por fontes alternativas energéticas menos agressivas ao meio ambiente. Em adição, há as recorrentes oscilações de preços do barril de petróleo, causando temor às bolsas de valores ao redor do globo, acarretando diversos prejuízos às economias, o que eleva o interesse de alguns investidores pelo fomento aos biocombustíveis.

Ademais, nos tempos de globalização em que se vive, os analistas reconhecem a existência das chamadas “externalidades negativas” no contexto ambiental, reforçando a preocupação e a importância dada a essa questão, fato que ocorre desde os anos 1970.

Tal constatação mostrou-se primordial para a busca pelo desenvolvimento sustentável, conceito que surgiu sob o nome de ecodesenvolvimento, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em 1972, em Estocolmo.

Nesse contexto, o Brasil insere-se como um país com as condições reais de atender às necessidades iminentes, em virtude das tecnologias disponíveis no cenário atual e dos próprios recursos naturais existentes em seu território. Não se pode negar que a cana-de-açúcar se apresenta como a mais eficiente e economicamente favorável matéria-prima para a produção de biocombustíveis, tais como o etanol. Como maior produtor mundial de cana e detentor de grande área territorial agricultável para o seu cultivo, porém ainda pouco aproveitada, o Brasil possui, dessa forma, uma vantagem comparativa aos demais países. Além disso, deve-se destacar a importância do bagaço da cana para a geração de energia, tido como um importante instrumento para a diversificação da matriz energética do País. Deve-se também enfatizar o uso frequente da mecanização na colheita da cana-de-açúcar, eliminando assim a necessidade de queimadas e o emprego de trabalhadores braçais em uma atividade pesada e insalubre.

De posse elementos aqui expostos, este capítulo tem como escopo discorrer sobre a importância exercida pelo etanol brasileiro para o alcance do desenvolvimento sustentável, explanando acerca da evolução histórica deste conceito, ressaltando seu papel na sociedade atual. Em seguida, serão abordadas as perspectivas relativas à produção e demanda do etanol brasileiro e os aspectos sociais, econômicos e ambientais envolvidos em tais atividades, demonstrando-se, ao longo do texto, a importante participação que esse biocombustível possui na implementação do desenvolvimento sustentável.

2 ESBOÇO HISTÓRICO DO CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Apesar do atual grande enfoque dado ao desenvolvimento sustentável e suas implicações, os debates que envolvem tais questões e que cunharam tal terminologia não datam de hoje, mas sim de décadas, por volta dos anos de 1950. Dessa forma, em resposta à degradação ambiental ocorrida no Planeta e buscando adotar medidas que diminuíssem ou mesmo coibissem dita prática, objetivando produzir um conceito unificado, algumas correntes de estudos surgiram e várias conferências foram realizadas ao longo dos anos.

O Ambientalismo, representando uma dessas correntes, surgiu em vários locais do mundo e em épocas distintas, porém foi somente no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, que passou a ter um caráter mais dinâmico. Conhecido também como Movimento Verde, o Ambientalismo caracteriza-se como um movimento social, cuja maior preocupação funda-se na preservação do meio ambiente, devendo

a sociedade, para isso, adotar medidas que visem à diminuição dos problemas correspondentes ou mesmo a sua solução, proposta apresentada pela ala mais radical do movimento, a ecologia profunda. Conforme Ferreira expõe, “(...) o Ambientalismo é um movimento com base na ciência, que objetiva reassumir o controle social sobre os produtos da mente humana antes que a revolução tecnológica conduza a uma degradação ambiental a níveis irreversíveis.”¹⁰⁹

Em 1949, demonstrando sua preocupação com as causas ambientais, as Nações Unidas realizaram a Conferência sobre a Conservação e Utilização de Recursos, em que foi debatido o aumento da utilização dos recursos naturais e as consequências, no entanto, não houve qualquer tipo de imposição governamental, o que ensejou críticas por parte de alguns países e não conferiu ao encontro a necessária credibilidade.

Posteriormente, nas décadas de 1960 e 1970, importantes organizações não governamentais (ONGs) foram fundadas, destacando-se o *World Fund for Nature* (WWF) e o *Greenpeace*. Já no ano de 1968, ocorreu a primeira reunião do chamado Clube de Roma, objetivando analisar a situação ambiental mundial e oferecer soluções para o futuro. Apenas no ano de 1972, todavia, o grupo atingiu um resultado plausível, quando da elaboração do relatório intitulado “Os Limites do Crescimento”, o qual apresentou uma análise detalhada acerca das funestas consequências vindouras para a humanidade, nas áreas de energia, ambiente, poluição, crescimento populacional, dentre outros, caso os países não modificassem seus métodos econômicos e políticos.

Pelo que se pôde vislumbrar com o referido relatório e constatar nas ações empreendidas pelos países na época, ao passo que as nações mais desenvolvidas procuravam se engajar nas causas de preservação ambiental e enquadrar suas atividades num patamar compatível com a manutenção dos recursos naturais, aquelas menos ricas clamavam pelo seu direito ao desenvolvimento. Tal acesso contrastava, todavia, com as medidas que deveriam ser aplicadas para evitar a degradação do meio ambiente em seus territórios.

No ano de 1972, contudo, com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, as discussões entre os países do Norte e do Sul começaram a tomar novos rumos e seus posicionamentos divergentes foram gradativamente cedendo lugar à busca pelo desenvolvimento sustentável, denominado à época de “ecodesenvolvimento”.

Ignacy Sachs, ilustre economista e um dos organizadores da Conferência, elencou o que seriam os objetivos desse ecodesenvolvimento. Enfatizam-se aqui, para os fins propostos pelo artigo, a solidariedade com relação às gerações futuras, o programa de educação que contemple a questão ambiental e a preservação dos recursos naturais e do meio ambiente, valorizando-se, assim, a utilização de fontes renováveis no campo

109 FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento sustentável. In: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005. p. 74

energético, como o etanol.¹¹⁰

Apenas no ano de 1986, na Conferência Mundial sobre conservação e desenvolvimento da entidade, em Ottawa, foi adotado o conceito de desenvolvimento sustentável propriamente dito. No ano seguinte, o Relatório Brundtland, editado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, o definiu como “o desenvolvimento que responde às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazer as próprias necessidades”.¹¹¹ Cabe ainda ressaltar que o dito conceito compreende não apenas a salvaguarda do meio ambiente, englobando também fatores econômicos e sociais, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida das populações como um todo, promovendo a harmonia entre o homem e a natureza.

Em 1992, realizou-se no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como Eco-92 ou Cúpula da Terra, na qual se estabeleceu a Convenção-Quadro da ONU sobre a Mudança do Clima, ratificada pela maioria dos países. Um dos principais objetivos era efetuar um inventário das emissões de gases do efeito estufa e desenvolver um programa para a sua redução, onde as energias renováveis exerceriam importante papel, incluindo também as mudanças climáticas nas políticas sociais, econômicas e ambientais de seus territórios.

Dez anos após a Eco-92, ocorreu em Johannesburgo outra conferência ambiental promovida pela ONU, a chamada Rio +10. Na reunião, o Brasil propôs a inclusão de 10% de energias renováveis na matriz energética mundial, até o ano de 2010. Tal questão foi amplamente discutida, porém não foi aprovada, levando-se em consideração, para tanto, principalmente, a posição de países produtores de petróleo, como Estados Unidos e Japão. Apesar de não ter sido aceita, entretanto, a proposta serviu para reconhecer a importância cogente que deve ser atribuída às fontes renováveis. Ademais, ministros da energia da América Latina e Caribe reuniram-se recentemente e firmaram a chamada Plataforma de Brasília, para alcançar a proposta do Brasil rejeitada na Rio +10.

Deste modo, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento sustentável envolve a utilização sábia dos recursos naturais a fim de que sejam também assegurados às gerações vindouras, não se pode olvidar a questão energética, tão em voga no cenário atual, decorrente da preocupação com a escassez iminente dos combustíveis fósseis, notadamente o petróleo. É nessa conjuntura que podem ser inseridos os biocombustíveis e, mais precisamente, o etanol brasileiro.

110TORRES, Haroldo; COSTA, Heloisa (org.). População e meio ambiente: debates e desafios. São Paulo: Senac, 2000.

111 FERREIRA, op. cit. p. 83.

3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM O ETANOL

Os primeiros usos do etanol como combustível no Brasil ocorreram por volta do final dos anos 20 do século passado, quando a Usina Serra Grande Alagoas (USGA), localizada no Município de São José da Laje, produziu o combustível pela primeira vez. Afirma-se que a razão principal para tal opção, na época, decorreu das crises na indústria e agricultura ocasionadas pela retração do mercado internacional do pós-guerra, que culminou na grande depressão econômica da década de 1930. A produção, no entanto, foi incipiente e não chegou a fazer concorrência com a gasolina já utilizada normalmente como combustível. Em adição, à medida que os problemas gerados pela recessão econômica foram diminuindo, os preços do petróleo e seus derivados começaram também a ceder, o que inviabilizou a continuidade da produção do etanol.

Posteriormente, já na década de 1970, desencadearam-se as duas crises do petróleo, época em que o barril do petróleo chegou a se valorizar em 300% do seu valor habitual. Em tal circunstância, o Governo brasileiro objetivou reintroduzir a cultura do etanol no mercado, por meio do Programa Nacional do Álcool (PROALCOOL), implementado em 1975. A função primordial do programa era promover ampla substituição dos combustíveis dos veículos automotivos de derivados de petróleo por etanol. Deste modo, a dependência do País em relação àquele combustível diminuiria, ao passo que se enfatizaria a produção nacional do etanol, ensejando riquezas internas.

Segundo dados divulgados¹¹², na fase inicial do Programa, a produção alcooleira conseguiu atingir o patamar de 3,4 bilhões de litros por ano, entre o biênio 1979-80. Para atenuar ainda mais a dependência do País quanto ao petróleo, o Governo decidiu então criar o Conselho Nacional do Álcool (CNAL) e a Comissão Executiva Nacional do Álcool (CENAL), visando a acelerar a implementação dos parâmetros do Programa. Em 1986, a produção de veículos movidos a álcool era de 76,1%, número recorde até aquele momento.

A partir do final da década de 1980 e início da década de 1990, todavia, a situação internacional começou a modificar-se novamente, movida pelas alterações dos preços do barril de petróleo, cujo valor diminuiu sensivelmente. Aliado a esse fator, a indústria automobilística optou pela fabricação de modelos e motores de acordo com a padronização mundial, isto é, à gasolina. Também cabe ressaltar que, no início da década de 1990, ocorreu a liberação nacional das importações de veículos automotivos majoritariamente movidos à gasolina e a diesel e a introdução da política de incentivos para o chamado “carro popular”, também este desenvolvido para operar à gasolina.

Nos dias atuais, pode-se afirmar que o Brasil vive nova expansão das plantações de cana-de-açúcar, objetivando produzir, em grande escala, o etanol. Diferentemente do ocorrido no início do PROALCOOL, no entanto, quando a ênfase na produção

112 Disponível em: <http://www.biodieselbr.com>

do combustível alternativo era promovida pelo Governo, os projetos de ampliação e construção de usinas no País são financiados majoritariamente pela iniciativa privada, destacando-se empresas como a ETH Bioenergia e a Brenco.¹¹³

Compete também mencionar que o plantio da cana avança além das áreas tradicionais, como o interior paulista e o Nordeste, ocupando terras também no cerrado brasileiro, destacando-se o Estado de Goiás, e no Sul, com o predomínio do Estado do Paraná. Apesar de a região paulista responder por cerca de 87% de toda a produção nacional de álcool proveniente da cana, o total de áreas destinadas à fabricação de etanol ainda é baixa, correspondendo a 1% do total de áreas agricultáveis brasileiras, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os números também demonstram que no País existem ao redor de 25 milhões de hectares de pastagens já degradadas que poderiam ser reutilizadas para a produção de etanol.

Percebe-se também que a aceitação do etanol cresce cada vez mais, quando se nota o número de carros *flex fuel*, isto é, aqueles modelos desenvolvidos para abastecimento por gasolina, etanol ou uma mistura dos dois, os quais foram introduzidos no mercado brasileiro no ano de 2003. Em 2006, apenas três anos após sua inserção no Brasil, a venda de automóveis bicomcombustíveis representou 76% das vendas no País, sendo a proporção de um carro *flex* para cada dez movidos à gasolina. A diferença de preços entre a gasolina e o álcool nos postos revendedores motiva os consumidores a optar por este, relativamente mais barato.

Por derradeiro, é incontroverso afirmar que o novo impulso dado aos biocombustíveis, enfatizando-se a fabricação de automóveis movidos a etanol, colabora para o alcance do já mencionado desenvolvimento sustentável, atrelando-se, para isso, fatores econômicos, sociais e ambientais.

3.1 Perspectivas para a produção do etanol brasileiro

Como já citado o total de áreas destinadas ao plantio da cana-de-açúcar (para posterior fabricação de etanol) corresponde a 1% do total de áreas agricultáveis brasileiras, valor ainda baixo, levando em consideração as proporções continentais do País. Mesmo com esse espaço reduzido, contudo, para a cultura da cana, de acordo com a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, até maio de 2008, o etanol já representava 50% das vendas de combustíveis no Brasil, além do que, na última safra, foram produzidos cerca de 22 bilhões de litros deste combustível.¹¹⁴

Atualmente, se diz que o etanol proveniente da cana-de-açúcar é o mais eficiente e os ganhos de produtividade nas áreas agrícola e industrial tendem a crescer com o uso

113 SIL, Antonio Carlos. Negócio sustentável. Brasil Energia, Rio de Janeiro, n. 333, p. 38-39, ago. 2008.

114 Disponível em <http://www.anp.gov.br>

de novas tecnologias. Conforme dados da Casa Civil do Brasil, o custo de produção de etanol tendo por matéria-prima a cana-de-açúcar, é de 32 dólares por barril, o valor mais baixo em comparação a países como Austrália e Tailândia, os quais também produzem etanol a partir da cana.¹¹⁵ O Brasil se mostra à frente da União Europeia e dos Estados Unidos, este produtor de etanol com base no milho e aquela, em cereais.

Ainda que a porcentagem de áreas destinadas à produção de etanol seja baixa, no entanto, segundo dados do IBGE e da União da Indústria da Cana-de-Açúcar (UNICA), a área de plantio da cana aumentou 85% desde 1990, ao mesmo tempo em que a produção de etanol cresceu 130%. Nos dias de hoje, fabricam-se sete mil litros de etanol por hectare, enquanto que, no início do PROALCOOL, em 1975, eram três mil litros por hectare.

É válido mencionar que o Brasil produz álcool tão-somente do caldo da cana, o que representa apenas um terço de todo o potencial desta biomassa, uma vez que a planta oferece ainda resíduos como o bagaço e a palha. Deste modo, pode-se asseverar que, hodiernamente, no cenário brasileiro de biocombustíveis, o etanol que predomina é aquele de primeira geração, ou seja, produzido da fermentação da sacarose da cana.

Os novos procedimentos desenvolvidos no País, entretanto, já permitem a produção do chamado etanol de segunda geração, o qual é obtido da tecnologia de lignocelulose, cujo processo utiliza os resíduos da cana-de-açúcar, como o bagaço, com hidrólise rápida. Ademais, é possível produzir-se combustível com base nesse resíduo, assim como na palha, e, por meio da cogeração, gerar-se vapor e energia elétrica. Da palha da cana-de-açúcar também são obtidos fertilizantes, sendo estes menos agressivos ao meio ambiente em comparação aos regulares, em virtude de sua origem e composição. Em adição, com o avanço da tecnologia de processamento de cana para produção de etanol, as usinas, além de gerar energia, vão passar a produzir, posteriormente, água potável. Os pesquisadores afirmam que é possível aproveitar essa água no processamento, evitando, assim, captar aquela de mananciais. Apesar de o processo de obtenção de etanol de segunda geração ser vantajoso, todavia, ainda não se apresenta de forma ampla no Brasil, com estimativas de desenvolvimento pleno do ano de 2010 em diante.

Em relação à demanda externa, é importante enfatizar o fato de que, dos 22 bilhões de litros de etanol produzidos na última safra do corrente ano, 3,6 bilhões foram exportados e, conforme dados da UNICA, até 2016, o Brasil produzirá cerca de 12,6 bilhões de litros de etanol para o mercado externo, representando um aumento de 258,3% em relação aos parâmetros atuais¹¹⁶. Apesar de ser o maior produtor mundial de etanol, obtendo-o

115 RIO OIL & GAS. 14, 2008, Rio de Janeiro. Produção de etanol no Brasil: a visão do investidor. p. 09

116 Disponível em: http://oglobo.globo.com/economia/riogas/mat/2008/09/16/exportacao_de_etanol_pode_crescer_258_3_ate_2016_segundo_unica-548251360.asp

do milho, os Estados Unidos respondem pela maior demanda atual do combustível, pois o processo é mais caro e, conseqüentemente, menos competitivo do que aquele desenvolvido no Brasil. Além dos Estados Unidos, o Governo japonês, em 2006, decidiu adicionar 3% de etanol à gasolina, com início em 2010. Por último, a União Europeia pretende que sua matriz energética seja composta por até 10% de biocombustíveis, até o ano de 2020.¹¹⁷ É indubitável afirmar que, com a adoção das referidas medidas, o Brasil deverá ser um dos supridores de etanol para os países em foco.

3.2 Fatores de contribuição ao desenvolvimento sustentável

Em seguimento ao que já foi exposto sobre o conceito de desenvolvimento sustentável em linhas anteriores, cabe agora demonstrar que o seu alcance por meio de maior inserção de biocombustíveis, em especial, o etanol, na matriz energética do país não é utópico. A conjugação de fatores econômicos, sociais e, principalmente, ambientais, é capaz de permitir que tal processo seja alcançado pelo Brasil.

Em relação aos aspectos econômicos, o etanol constitui novo componente de demanda, ou seja, a procura pelo combustível enseja a elevação da sua produção nacional, o que fomenta cada vez mais o desenvolvimento de projetos tecnológicos envolvendo os processos de obtenção do etanol, incluindo os resíduos decorrentes de sua fabricação, como a palha e o bagaço. Deste modo, além de o País procurar se desvincular dos combustíveis fósseis altamente poluentes por meio da utilização do etanol, a ampliação contínua de tais projetos garantirá, certamente, também às populações futuras, por exemplo, o acesso a esse biocombustível para a geração de energia elétrica ou mesmo a produção de água potável, como alguns cientistas já apontam ser possível acontecer.

Por sua vez, quando se mencionam os caracteres sociais, deve-se enfatizar a geração de postos de trabalho. Cabe ressaltar, no entanto, que a tendência atual no meio rural brasileiro é adotar a colheita da cana-de-açúcar de forma mecanizada, a fim de evitar o trabalho integralmente braçal e penoso. Ainda assim, há a criação de empregos para os operadores das máquinas que realizam a colheita, para aqueles que transportam a cana para as usinas, assim como para os empregados da própria usina, responsável por transformar a sacarose em etanol. Deste modo, com a contratação de mão-de-obra, há uma conseqüente desconcentração de renda, permitindo que mais pessoas tenham acesso aos bens e serviços ofertados pela economia capitalista, citando-se, exemplificativamente, a possibilidade conferida aos indivíduos de participarem de uma educação ambiental mais ampla, com o objetivo de formar uma consciência coletiva maior a respeito dos recursos naturais e fontes energéticas.

No campo ambiental, uma característica fundamental dos biocombustíveis em geral é a sua renovabilidade, conceito que, em poucas palavras, corresponde à possibilidade de recuperação do bem ambiental degradado em função de determinada exploração econômica, estando assim vinculado ao desenvolvimento sustentável. Dessa forma, especificamente em relação ao etanol brasileiro, planta-se a cana-de-açúcar, é feita a colheita e, em seguida, dá-se início ao método de obtenção do combustível, constituindo-se em um processo cíclico, uma vez que, para nova obtenção do etanol, planta-se a cana novamente. Pode-se perceber também que com a rotação das plantações, além de se evitar o desgaste do solo, é possível produzir ração para os animais.

Ademais, o etanol também é responsável por ganhos ambientais, sobretudo na formação dos chamados créditos de carbono, por apresentar menores níveis de emissão de poluentes durante o seu consumo, em comparação com os combustíveis fósseis. Os certificados, gerados pela redução da emissão de gases que provocam o efeito estufa, podem ser negociados no mercado, destacando-se a Bolsa do Clima de Chicago. Nesse sentido, os países que não conseguirem atingir as suas metas de redução, mediante rígidos requisitos, podem adquirir os créditos daqueles que conseguiram diminuir seus níveis de poluição além do necessário.

Compete ainda esclarecer que, por mais que alguns especialistas critiquem o desmatamento provocado pela plantação de cana-de-açúcar, o carbono absorvido da atmosfera pela planta é compensado pelo dióxido de carbono liberado durante a queima do etanol nos motores dos veículos. Não se deve ainda olvidar a noção de que, com a diminuição das emissões de gases que provocam o efeito estufa, colabora-se também para a amenização dos efeitos do aquecimento global, o qual está intimamente relacionado à preservação do meio ambiente e seus recursos naturais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil apresenta inúmeras condições que contribuem para o seu reconhecimento mundial como um dos países mais importantes no tocante à produção de etanol. Não obstante, apresenta também características que podem elevá-lo para o patamar de principal nação-modelo quando se trata de biocombustíveis.

Como foi exposto ao longo do texto, o País já se encontra inserido nas atividades relativas ao etanol como fonte alternativa há mais de trinta anos, e, ainda que, durante esse período tenha passado por adversidades, conseguiu reerguer tal mercado, fruto do auxílio de projetos fomentados pela iniciativa privada. Para ilustrar o sucesso do renascimento do PROALCOOL, é necessário apenas conferir os dados e as estatísticas e constatar que a procura por carros *flex-fuel* subiu aceleradamente, contribuindo com um menor número de emissões de gases poluentes.

Atrelado a isso, destacam-se também as vantagens apresentadas pelo País para o plantio de cana-de-açúcar, que o situou na preferência em relação aos demais: clima tropical, solo propício e vasta extensão de terras agricultáveis, porém relativamente pouco aproveitadas. O pouco que é utilizado com fins de produção, no entanto, já representa saldos positivos para a balança comercial brasileira, em virtude de sua exportação, principalmente para os Estados Unidos. Ademais, não se deve olvidar do alto grau de renovabilidade envolvido nessa atividade, marcando sua principal vantagem comparado aos combustíveis fósseis e atendendo às características que formam o conceito de desenvolvimento sustentável.

Em contrapartida, a exportação brasileira de etanol começa a ser alvo de várias restrições comerciais impostas por países como os Estados Unidos e alguns da União Europeia. Subsídios concedidos por esses países aos produtores nacionais de biocombustíveis dificultam o envio de etanol brasileiro, uma vez que o preço interno diminui, desestimulando a obtenção do produto externo. Excessivas normas técnicas também conferem barreiras à exportação do etanol brasileiro, sendo avaliados, pelos importadores, desde aspectos físico-químicos do álcool até questões trabalhistas, passando também por características ambientais do plantio da cana-de-açúcar, como as técnicas de manejo do solo e a porcentagem de desmatamento.

Para evitar que a exportação do etanol brasileiro seja prejudicada em virtude das exigências impostas pelos países, é necessário que o País adote uma padronização da produção de álcool nas usinas, elaborando normas que abranjam toda a cadeia produtiva da cana-de-açúcar, a fim de se adequar aos requisitos adotados pelos países importadores e facilitar a fiscalização, emitindo certificados que comprovem a sua qualidade. Em relação ao mercado interno, há a defesa também da edição de leis que contemplem o pagamento de *royalties* sobre o valor da produção de álcool, tendo-se em mente que a cultura da cana impede que outras sejam plantadas naquela mesma área, o que, de certa forma, ocasiona prejuízos. Destarte, a política dos *royalties* tem como fito beneficiar tanto o Estado, como também o município onde o álcool é produzido, gerando riquezas.

É importante, por fim, mencionar que há em curso diversos projetos desenvolvidos por grandes companhias do ramo energético, com o intuito de aproveitar ao máximo todos os materiais que podem ser extraídos da cana, como o bagaço e a palha. Tais estudos têm por escopo, dentre outros, o aproveitamento da água componente da cana para a posterior produção de água potável e a obtenção de energia elétrica. Dessa forma, garantindo a existência de recursos para as gerações futuras, assim como o desenvolvimento de tecnologias que permitam a obtenção de novos produtos, o etanol se adequa ao intento de alcance do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS

- BARRAL, Welber. Direito e Desenvolvimento: um modelo de análise. In: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.
- FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento sustentável. In: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005.
- PONTUAL, Fernanda. Negócio sustentável. Brasil Energia, Rio de Janeiro, n. 333, p. 40, ago. 2008.
- RIO OIL & GAS. 14, 2008, Rio de Janeiro. Agroenergia: um novo paradigma agrícola. 58 p.
- _____. 14, 2008, Rio de Janeiro. Evolution prospects for Production and Demand for Ethanol in Brazil. 27 p.
- _____. 14, 2008, Rio de Janeiro. Perspectives for Production & Demand for Ethanol in the World. 30 p.
- _____. 14, 2008, Rio de Janeiro. Produção de etanol no Brasil: a visão do investidor. 37 p.
- SIL, Antonio Carlos. Negócio sustentável. Brasil Energia, Rio de Janeiro, n. 333, p. 38-39, ago. 2008.
- TORRES, Haroldo; COSTA, Heloisa (org.). População e meio ambiente: debates e desafios. São Paulo: Senac, 2000.
- TRIGUEIRO, André. Mundo sustentável: abrindo espaço na mídia para um planeta em transformação. São Paulo: Globo, 2005.
- USGA: Em 1927, o primeiro grande empreendimento brasileiro em álcool Combustível. Aonde Vamos – Energias Renováveis, Natal, n. 7, jun. 2000. Disponível em: <http://www.aondevamos.eng.br/boletins/edicao07.htm>. Acesso em 19 nov. 2008.
- VIGLIANO, Ricardo. A onda verde cresce. Brasil Energia, Rio de Janeiro, n. 309, p. 40-42, ago. 2006.
- ZACCONI, Carlos. Segunda geração é o caminho. Brasil Energia, Rio de Janeiro, n. 335, p. 102-103, out. 2008.
- _____. No debate, o fator etanol. Brasil Energia, Rio de Janeiro, n. 335, p. 103-104, out. 2008.

REÚSO DE *ÁGUA PRODUZIDA* NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E GÁS NATURAL NA PROMOÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Flaviana Marques de Azevedo

Patrícia Borba Vilar Guimarães

Yanko Marcius de Alencar Xavier

1 INTRODUÇÃO

Este texto almeja, inicialmente, realizar uma análise acerca do panorama da situação dos recursos hídricos no mundo, e no Brasil mais especificamente, haja vista que o País se encontra em uma posição favorável com relação aos demais países, considerando que detém a maior disponibilidade hídrica do Planeta, que corresponde a 11,2% do deflúvio mundial. Apesar da consideração desse aspecto favorável, destaca-se que essa distribuição não se encontra compatível com a distribuição geográfica da população.

Sendo assim, a necessidade de realizar pesquisas, assim como de estimular medidas criativas e urgentes para efetivar a preservação da quantidade e da qualidade de nossos recursos hídricos, mostra-se como um imperativo para a sociedade atual, devendo, para tanto, ser atendidos os anseios de sustentabilidade tão discutidos atualmente.

É nesse contexto que o estudo a respeito da verificação das práticas de reutilização da água usadas no setor industrial torna-se imprescindível, e mais especificamente no âmbito da indústria da exploração e produção de petróleo, gás natural e biocombustíveis, a chamada *água produzida*, com o intuito de incentivar a realização dessas práticas, favorecendo a que ocorra na indústria uma compatibilização das suas práticas com as necessidades do desenvolvimento sustentável, protegendo os nossos recursos hídricos em benefício das gerações atuais e futuras.

Com o desenvolvimento dessa tecnologia, será possível promover a otimização do uso das águas subterrâneas, fato que ocasionará diversos benefícios para a sociedade, tanto ambientais, com a redução do consumo de água dos aquíferos e a conseqüente preservação da qualidade e da quantidade das águas disponíveis, quanto econômicos, para a sociedade como um todo, e, mais especificamente, para as empresas concessionárias, haja vista que serão reduzidos os custos com os recursos hídricos e até mesmo com o tratamento dessa água produzida.

A metodologia empregada para a realização deste estudo desenvolveu-se por meio da análise e interpretação de dados, obtidos da leitura de revistas, livros e monografias, referentes à temática dos recursos hídricos, e, mais especificamente, pelo exame realizado no que tange respeito à doutrina ambientalista vigente, com o enfoque nos princípios norteadores do Direito Ambiental pátrio, bem como pela apreciação dos documentos legislativos constitucionais e infraconstitucionais disponíveis e pertinentes.

2 ÁGUA: PREOCUPAÇÃO MUNDIAL

A água constitui elemento essencial para que possa ser viabilizada a vida na Terra; sem ela não existe a vida. Além disso, a água é responsável por possibilitar a manutenção da vida humana no Planeta, bem como trata-se de insumo indispensável e estratégico para a produção e o desenvolvimento econômico das nações, porquanto todas as ações humanas dependem desse recurso, o que a torna um recurso de inestimável valor econômico.

Neste sentido, o dever de cuidado e de preservação de bem tão valioso e insubstituível consiste em um imperativo geral para as pessoas e para os países como um todo, considerando que esse cuidado envolve uma questão de sobrevivência. Sendo assim, a pesquisa e o estímulo a medidas criativas e urgentes para efetivar a preservação da quantidade e da qualidade de nossos recursos hídricos mostram-se como um mister da atualidade, devendo também estar em conformidade com uma perspectiva de sustentabilidade.

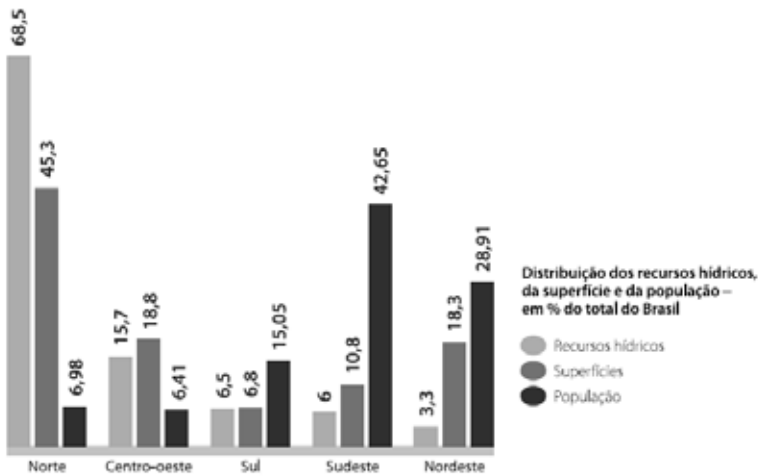
De toda a água disponível no mundo, em torno de 97,5% são constituídos por águas salgadas, e apenas os 2,5% restantes são compostos por águas doces. Dessa água doce, cerca de 68,9% encontram-se nas geleiras, calotas polares ou em neves eternas (que cobrem os cumes das montanhas); 29,9% são águas subterrâneas; 0,9% compõe a umidade do solo e pântanos, e apenas 0,3% constitui a porção superficial da água doce presente em rios e lagos.¹¹⁸

Associado a esse quadro, vale salientar que a distribuição dessa água não é uniforme no globo terrestre, e, nesse contexto, o Brasil surge como país pri-

118 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano. Águas Subterrâneas. Um recurso a ser conhecido e protegido. Brasília, 2007. p. 8.

vilegiado, por possuir a maior disponibilidade hídrica do Planeta, correspondendo a 11,2% do deflúvio médio mundial. Não obstante essa abundância, a distribuição regional dos recursos hídricos no País não é compatível com a distribuição geográfica da população (conforme a Fig. 1), considerando que a região Norte, que apresenta os maiores índices de disponibilidade hídrica, possui os menores índices populacionais do país, e em contrapartida a região do semiárido, além de possuir baixa disponibilidade hídrica, é caracterizada pela grande irregularidade das chuvas, o que impõe a necessidade de viabilizar estratégias para a utilização desse recurso, respeitando os processos naturais e otimizando os recursos hídricos aliados a tecnologias para economizar a utilização desses recursos¹¹⁹ (Figura 1).

FIGURA 1 – Distribuição dos recursos hídricos-população no Brasil.



Fonte: BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Ministério da Educação. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Consumo Sustentável: Manual de Educação. Brasília: Consumers International, 2005. p. 30.

119 Essa grande disponibilidade de recursos hídricos de que dispõe o País pode ser responsável por incentivar um certo descaso diante da preocupação mundial com a preservação da água, considerando dados mencionados pelo secretário de Recursos Hídricos do Ministério do Meio Ambiente, no intuito de ressaltar a ocorrência do desperdício, aduzindo que as empresas de distribuição no Brasil perdem na rede de água níveis em torno de 40% a 50% em comparação com os índices europeus e americanos, que não ultrapassam os 20%. Nesse sentido, TELLES, Dirceu D' Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 142.

Essa perspectiva favorável brasileira amplia a necessidade de uma real preocupação com a preservação da qualidade e da quantidade dos recursos hídricos existentes no País, considerando que, no plano mundial, o quadro geral é bem diferente, ao avaliar o fato de que quase 24% de toda a população do Continente Africano já sofre com o estresse hídrico, o que ocorre quando o consumo de água é superior aos recursos renováveis de água doce existentes. Ademais, também se encontram nessa situação grande parte do Peru, algumas áreas do México, a América Central, a China, a Índia e a Tailândia.¹²⁰

Em adição à situação supra, encontram-se o aumento progressivo da população mundial, a grande poluição provocada pelas atividades humanas, o consumo excessivo e os elevados índices de desperdícios, fatos esses que contribuem para reduzir a disponibilidade de água para o uso humano e, ainda, tornam a demanda mundial de utilização da água incompatíveis com a disponibilidade de recursos hídricos; preocupação essa que se torna ainda maior com o perigo de que a escassez de água possa propiciar o início de um cenário de conflitos no contexto mundial.

2.1 O uso da água no Brasil

É harmonizado com esse contexto mundial de progressiva escassez dos recursos hídricos que surge, no Brasil e no mundo, um estímulo ao desenvolvimento de tecnologias compatíveis com a necessidade de um controle efetivo da utilização da água, com vistas à promoção de um desenvolvimento sustentável, e considerando ainda o valor econômico destes recursos.

Vale salientar que, em razão dessa escassez, surge como um desafio para os países a realização da administração desse recurso e das suas demandas e importâncias, o que demonstra a necessidade, além de uma gestão integrada da água no nível das bacias hidrográficas, a determinação do custo do seu uso.¹²¹

Em decorrência dessa preocupação mundial com a insuficiência dos recursos hídricos, na Agenda 21, a reutilização da água foi recomendada aos participantes da ECO-92, tendo sido incentivada a implementação de políticas dirigidas para o uso e reciclagem de efluentes, integrando a proteção da saúde pública de grupos de risco, com práticas ambientais adequadas. No capítulo 21, que trata da “Gestão ambientalmente adequada de resíduos líquidos e sólidos”, é afirmada na área programática *b* a necessidade de se atuar “maximizando o reúso e a reciclagem ambientalmente adequados”, objetivando, assim, vitalizar e ampliar os sistemas nacionais de reúso e

120 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano. Água: Manual de uso. Vamos cuidar de nossas águas. Implementando o Plano Nacional de Recursos Hídricos. 2. ed. Brasília: 2008. p. 17.

121 SALATI, E.; LEMOS, H. M. Água e o desenvolvimento sustentável. In: REBOUÇAS, A. C.; BRAGA, B.; TUNDISI, J. G. (org). Águas Doces no Brasil: Capital Ecológico, Uso e conservação. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006. p. 46-47.

reciclagem de resíduos, além de tornar disponíveis informações, tecnologias e instrumentos adequados para incentivar e tornar operacionais os sistemas de reciclagem e uso de águas residuárias.¹²²

Ocorre no Brasil atualmente é que, nos locais onde existe um sistema de abastecimento de água implantado, quando é recebida a água, o custo despendido refere-se aos gastos com seu tratamento (potabilização) e com a sua distribuição, não sendo computados o valor monetário referente à própria água, à medida que ela é considerada um bem público.¹²³

Ademais, foi com o advento da Lei Federal nº 9.433, em 8 de janeiro de 1997, instituindo a Política Nacional de Recursos Hídricos, que foram trazidas inovações por meio dos instrumentos de administração dos recursos hídricos, a saber: a outorga e a cobrança pelo uso dos recursos hídricos e o enquadramento das águas em classes conforme os seus usos. A novidade legislativa consiste no sentido de ter sido considerada a água como um bem público dotado de valor econômico, ao ser estabelecida a cobrança pelo uso da água, que até então era gratuita.

Essa cobrança tem o objetivo de estimular o uso racional da água e ensejar recursos financeiros que deverão ser utilizados para investimentos com a recuperação e a preservação dos mananciais das bacias hidrográficas¹²⁴, buscando, além de cobrar pela água retirada, evitar que dejetos sejam jogados nos rios, estabelecendo tarifas em caso de ocorrência.

Na atualidade, já são percebidas as práticas de reutilização dos recursos hídricos no País, no entanto, o Brasil ainda não possui um posicionamento legislativo voltado para o desenvolvimento desta tecnologia. Nesse sentido, a inexistência de uma legislação sobre o tema, associada a uma falta de informação científica, é capaz de formar um cenário de insegurança e de incertezas diante da implementação desta tecnologia, o que dificulta o desenvolvimento urgente da consciência de considerá-la como um procedimento realmente viável, tanto técnica, quanto juridicamente.

É nesse sentido que o Governo brasileiro deve fundamentar uma gestão de bases de políticas, legais e institucionais, focadas na reutilização da água, considerando tanto os aspectos relacionados ao uso dos afluentes, como aos planos, estaduais ou nacionais, de recursos hídricos, devendo ser voltada a atenção para os aspectos organizacionais, educacionais e socioculturais do reúso, a fim de ser estimulada a formação de linhas de responsabilidade, bem como de serem estabelecidos princípios de alocação de custo, buscando assegurar a devida sustentabilidade da tecnologia.¹²⁵

122 TELLES, Dirceu D'Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 141.

123 TELLES, Dirceu D'Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 141-142.

124 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Cobrança pelo uso dos recursos hídricos. Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/GestaoRecHidricos/CobrancaUso/default2.asp>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2008.

125 TELLES, Dirceu D'Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª

2.2 Água: bem público dotado de valor econômico

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foi modificada a concepção referente à água, tendo esta sido caracterizada como recurso dotado de valor econômico¹²⁶. Nesse contexto, Paulo de Bessa Antunes assevera que, em consideração ao fato de a água ser considerada “um bem público de livre apropriação, os grandes usuários de recursos hídricos, apropriam-se das águas para as sua finalidade privadas, auferindo lucros com elas e, no entanto, tal circunstância não lhes custa um único centavo”. Sendo assim, é a sociedade que passa a arcar com a degradação da qualidade e a diminuição da quantidade das águas. E finaliza, afirmando que considera “o estabelecimento de um preço pela utilização das águas serve de parâmetro para impedir que toda a sociedade arque com os custos de benefícios que são, claramente, identificáveis”.¹²⁷

Além disso, a própria Lei das Águas estabeleceu, como um dos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, que a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico (art. 1º, II). De acordo com a Carta Europeia da Água, esta “é um patrimônio comum, cujo valor deve ser reconhecido por todos”, acrescentando que “cada um tem o dever de economizar e de a utilizar com cuidado e a gestão dos recursos hídricos deve inserir-se no âmbito da bacia hidrográfica natural e não das fronteiras administrativas e políticas”.

Ademais, A Declaração em Dublin concernente à matéria, assevera, em seu Princípio 4, que

(...) a água tem valor econômico em todos os seus usos e deve ser reconhecida como um bem econômico. De acordo com esse princípio, é vital reconhecer como prioritário o direito básico de todo ser humano de ter acesso à água potável e ao saneamento, a um preço acessível. No passado, o não-reconhecimento do valor econômico da água conduziu ao seu desperdício e a danos ambientais decorrentes do seu uso. A gestão da água, como bem econômico, é uma importante forma de atingir a eficiência e equidade no seu uso e de promover a sua conservação e proteção.¹²⁸

edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 142-143.

126 A questão do valor econômico da água torna-se mais complexa quando se trata de regiões como o semiárido, onde a disponibilidade de água é problemática e escassa, devendo ser considerados inúmeros fatores para a determinação desse valor econômico, como tipo de uso, qualidade, forma e local de oferta, nível de garantia, sazonalidade, situação climática. (GONDIM FILHO, Joaquim C. G.; VIEIRA, Vicente P. P. B. Água doce no semi-árido. In: REBOUÇAS, A. C.; BRAGA, B.; TUNDISI, J. G. (org.). Águas Doces no Brasil: Capital Ecológico, Uso e conservação. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006. p. 489).

127 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 805-806.

128 Qualidade e gestão da água. São Paulo: MRE, ILAM, PNUD, 1993. p. 51, apud GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 57.

Sendo assim, no momento em que ocorrem situações de escassez, esse valor econômico da água tende a ser considerado ainda maior, e é nesse sentido que o fomento a práticas de reutilização das águas indústrias se insere como alternativa vantajosa para o meio ambiente e também para os exploradores de atividades econômicas que utilizam de tais recursos.

3 Princípios aplicáveis às águas doces

A importância da preservação dos recursos hídricos, associada à necessidade de estabelecer regras para sua utilização, com a finalidade de garantir a manutenção do equilíbrio da vida humana, demanda a necessidade de analisar os princípios¹²⁹ aplicáveis à água, pois é com base neles que serão articuladas, pelos Estados, as normas da gestão da água. Além disso, é pela evolução dos princípios que é possível vislumbrar o desenvolvimento do enfoque que está sendo dado à temática, tanto no terreno nacional, quanto no terreno internacional.

Vale salientar que os Recursos Hídricos, pelo fato de serem integrantes dos recursos ambientais, são regidos pelos mesmos princípios que regem o Direito Ambiental, o que envolve princípios do Direito Público e do Direito Administrativo, como os princípios: do desenvolvimento sustentável, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, entre outros.

Conforme exprime Mario Tavela Lobo¹³⁰

As legislações recentes se têm orientado pelos salutares princípios da gestão dos recursos hidráulicos, adotando sempre que possível o ideário da moderna política hídrica, ou seja, o conjunto de princípios e normas que informam a atuação do Estado no âmbito da gestão da água, tendo como objetivo a exploração e planificação, a conservação e maximização dos mesmos recursos hídricos.

É com a verificação dos princípios aplicáveis aos recursos hídricos, e também ao meio ambiente, que será possível inferir quais deverão ser a fundamentação e a interpretação das questões relativas ao direito das águas no país.

129 "Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber"; "enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas" (REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 303-304).

130 LOBO, Mario Tavela. Manual de direito de águas. Coimbra Editora, 1989. v. 1, p. 136, apud GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 45.

3.1 Meio ambiente como direito humano fundamental

É no contexto de evolução dos direitos dos homens, acompanhando o desenvolvimento da sociedade, que o direito do homem de viver em ambiente não poluído desponta, hoje, como um direito de “terceira geração”.

O princípio do direito ao meio ambiente como um direito humano fundamental pode ser considerado o mais importante do Direito Ambiental, sendo decorrente do texto expresso na Constituição Federal, que, no *caput* do art. 225, assevera que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Em 1986, com o advento da Declaração sobre o Direito do Desenvolvimento das Nações Unidas, o direito ao desenvolvimento foi expressamente consagrado, ao afirmar-se que

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

A manifestação de normas, editadas nas últimas décadas no Brasil e no mundo, sobre o meio ambiente e recursos hídricos, são resultados de uma resposta às necessidades atuais vividas pela sociedade, a qual decidiu que deveria ser modificado o enfoque nas relações “homem-natureza”. Desta forma, o campo normativo constitucional brasileiro adquire um entendimento de que o meio ambiente equilibrado constitui um direito de todos, tratando-se de bem de uso comum do povo, competindo a responsabilidade de sua defesa e proteção ao Poder Público, assim como para a coletividade.¹³¹

De acordo com a Conferência de Paris de 1998¹³², “Os recursos hídricos são essenciais para a satisfação das atividades humanas, tanto as básicas como aquelas vinculadas a saúde, a produção de energia, alimentos e assim a preservação dos ecossistemas e do desenvolvimento econômico em todas as suas fases: social política, etc”.

Destarte, é a partir do momento em que é reconhecido o meio ambiente como um direito humano que a preservação dos recursos hídricos se torna um mister para os Estados, fomentando a necessidade da implementação de políticas legislativas e a

131 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 46-47.

132 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

adoção de políticas públicas voltadas para a proteção desse recurso, caracterizado como elemento fundamental para a manutenção das formas de vida no Planeta.

3.2 Princípio da precaução

O princípio da precaução destaca-se pelo fato de ser considerado a essência do Direito Ambiental. Com sua aplicação, é possível efetivar a proteção ao meio ambiente, para as atuais e para as futuras gerações. Tal princípio determina que, em caso de dúvidas, o mais indicado é que sejam tomadas providências drásticas, visando a evitar a ocorrência de danos futuros em razão da ignorância a respeito das consequências que certos empreendimentos e substâncias são capazes de ocasionar.¹³³

De acordo com Paulo Affonso Leme Machado¹³⁴,

Não é preciso que se tenha prova científica absoluta de que ocorrerá dano ambiental, bastando o risco de que o dano seja irreversível para que não se deixem para depois as medidas efetivas de proteção ao meio ambiente. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano ao homem e ao meio ambiente, a solução deve ser favorável ao ambiente e não ao lucro imediato – por mais atraente que seja para as gerações presentes.

Desta forma, o princípio da precaução visa a assegurar que a atividade realizada não causará danos, no futuro. Sendo assim, diante da incerteza ou controvérsia científica, é melhor tomar medidas de proteção severas do que nada fazer, o que assegurará o direito ao meio ambiente adequado para as futuras gerações.

Paulo de Bessa Antunes acentua que “o princípio da precaução é aquele que determina que não se produzam intervenções no meio ambiente antes de ter a certeza de que estas não serão adversas ao meio ambiente”. Acrescenta que a valoração a respeito de ser a intervenção adversa vincula-se a “um juízo de valor sobre a qualidade da mesma e uma análise do custo/benefício do resultado da intervenção projetada”.¹³⁵

O Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento ressalta que,

Para proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas visando prevenir a degradação do meio ambiente.

Deve ser destacada a premissa de que os danos ambientais, na maioria dos casos,

133 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 52-53.

134 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 507.

135 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 36.

são irreversíveis, sendo assim, dificilmente um ecossistema que foi degradado voltará a ser como era antes do evento danoso. Além disso, vale salientar os altos custos que deverão ser empregados futuramente com a recuperação.¹³⁶

É nesse contexto que deve ser estimulada a reutilização dos recursos hídricos no âmbito da indústria de combustíveis, haja vista que serão evitados gastos futuros em caso da ocorrência de um possível dano ambiental, bem como, será aplicado inteligentemente o princípio da precaução, a fim de proporcionar eficácia para as necessidades de preservação ambiental, em conformidade com um ideal de desenvolvimento sustentável.

3.3 Princípio da prevenção

O princípio da prevenção consiste em buscar-se impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente com a adoção de medidas apropriadas, consideradas preventivas, o que ocorre antes da elaboração de um plano ou da realização de uma obra ou atividade.¹³⁷

Sendo mais específico do que o princípio da prevenção, que prega a não-realização do empreendimento em caso de existir risco de dano irreversível, o princípio da precaução visa a atingir a compatibilização entre a atividade realizada com a proteção ambiental.

Conforme Paulo de Bessa Antunes, este é um princípio muito próximo ao da precaução, no entanto, não se confunde com aquele, considerando que “o princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informações sobre eles”.¹³⁸

Nesse contexto, o princípio da prevenção almeja que ocorra prévia análise a respeito dos impactos que determinado empreendimento pode acarretar ao meio ambiente, e assim, com a adoção de medidas compensatórias e mitigadoras, e mesmo da alteração do projeto em análise, seria possível assegurar a sua realização, sendo garantidos os benefícios econômicos decorrentes do desenvolvimento da atividade, e, acima de tudo, sem causar danos ao meio ambiente.

3.4 Princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor pagador encontra-se amplamente determinado no ordenamento jurídico pátrio, tanto na legislação infraconstitucional, quanto na legislação constitucional.

A Lei nº 6.938/81 prevê, no art. 4º, inciso VII, a imposição, ao poluidor e ao pre-

136 LOSSO, Thais Cercal Dalmina. Princípios da política global do meio ambiente no estatuto da cidade. In: SILVA, Bruno Campos (org.). Direito Ambiental. Enfoques variados. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004. p.70.

137 PRIEUR, Michel, apud GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 51.

138 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 37.

dador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. O Código de Águas também trata da ideia do “poluidor pagador”, estabelecendo que a ninguém é lícito conspurcar ou contaminar as águas que não consome, com prejuízo a terceiros (art. 109). Acrescenta, ainda, que os trabalhos para a salubridade das águas serão executados à custa dos infratores, que, além da responsabilidade criminal, se houver, responderão pelas perdas e danos que causarem e pelas multas que lhes forem impostas nos regulamentos administrativos (art. 110).

Para a melhor compreensão da abrangência do princípio retromencionado, deve-se salientar o significado do conceito de poluição. Sendo assim, conforme o art. 3º, III, da Lei nº 6938/81, poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem:

III – [...]

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

Ademais, no plano constitucional, o art. 225, §3º, da Constituição Federal, assevera que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Desta forma, em consonância com o que determina o princípio do poluidor-pagador, caberão ao empreendedor as despesas com os custos sociais externos que acompanham a atividade econômica. Pode ser o caso, por exemplo, da construção de estação de tratamento de efluentes industriais, da adoção de tecnologias “limpas”, do reúso da água, da disposição de efluentes industriais em aterros licenciados. E, mesmo com a adoção dessas medidas, em caso de ocorrência de poluição, ficam os poluidores sujeitos às sanções determinadas na legislação.¹³⁹

De acordo com o princípio 16 da Declaração do Rio de Janeiro Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento,

Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.

139 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 59.

Sendo assim, a aplicação do princípio do poluidor-pagador incidirá em dois planos: inicialmente, no conjunto de ações voltadas à prevenção do dano, que poderá ser realizado pelo empreendedor, e, por fim, na responsabilidade pela ocorrência de dano, conforme legislação retromencionada.¹⁴⁰

Portanto, em razão do princípio do poluidor-pagador, torna-se bem mais proveitoso para as empresas adotar práticas ambientalmente corretas em suas práticas industriais, haja vista que é bem mais custoso remediar os danos decorrentes da atividade, do que se preocupar com a utilização de medidas preventivas para mitigar as externalidades negativas decorrentes da atividade exercida.

4 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PRINCÍPIO SUPRACONSTITUCIONAL

Atualmente, meio ambiente e desenvolvimento são conceitos inseparáveis, devendo integrar de modo harmonioso as políticas governamentais. Além disso, de acordo com o Relatório Meadows, elaborado sob a orientação de Donella Meadow, “a água é uma das chaves do desenvolvimento sustentável; possui importância crucial para as dimensões social, econômica e ambiental do desenvolvimento”.¹⁴¹

A Conferência de Estocolmo, sobre Meio Ambiente, realizada em 1972, determinou a necessidade de estabelecer um ponto de vista e de princípios comuns capazes de inspirar e guiar os povos do mundo na preservação e na melhoria do meio ambiente, exprimindo em seu princípio 13 que,

A fim de lograr um ordenamento mais racional dos recursos e assim, melhorar as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado da planificação de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade do desenvolvimento, com a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano, em benefício da população.

É importante vislumbrar a mudança do paradigma que ocorre com o advento da Conferência de Estocolmo em 1972, quando se alerta o mundo a respeito das consequências da promoção de um desenvolvimento a qualquer custo, desassociado de uma preocupação com as consequências futuras desse desenvolvimento, bem como da preocupação com a preservação dos recursos ambientais.

140 Ressaltamos que, na maioria dos casos, acarretará menos gastos ao empreendedor o emprego de mecanismos de tecnologias limpas, preocupadas com o desenvolvimento sustentável, como é o caso da reutilização dos recursos hídricos, do que os custos posteriores com a indenização em caso de ocorrência de dano. Além disso, em muitos casos, o dano ambiental acarretado poderá ser irreversível.

141 Relatório Meadows, apud GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

Foram direcionadas medidas a fim de propiciar o progresso das relações econômicas, necessariamente associado a um estudo detalhado das possíveis consequências dessa atividade, que deveria estar atrelada ao respeito das normas de proteção ambiental, sendo iniciados, pois, os estudos no tocante ao conceito de desenvolvimento sustentável.

Então, em conformidade com o que ficou definido pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o desenvolvimento sustentável é aquele “desenvolvimento capaz de garantir as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem às suas necessidades”.¹⁴²

Deve-se ressaltar a necessidade de oferecer efetividade ao referido princípio. Sendo assim, para assegurar o seu cumprimento, deve existir um mecanismo institucional de fiscalização das atividades, de modo que se possa inferir se as normas previstas na legislação em vigor, concernentes à proteção do meio ambiente, estão sendo corretamente observadas pelos empreendedores, devendo ser comprovada a sustentabilidade do empreendimento ao longo do exercício de toda a atividade.¹⁴³

Sendo assim, um dos maiores desafios para se atingir um desenvolvimento realmente sustentável será minimizar os efeitos da escassez de água e da poluição, principalmente nos países em desenvolvimento. Além disso, ressalta-se o fato de que a água se encontra caracterizada como um fator limitante ao desenvolvimento sustentável, sendo considerada uma substância fundamental para os processos vitais dos seres humanos, e capaz de ensejar limitações referentes tanto a sua quantidade, mas especialmente a sua qualidade.¹⁴⁴

Nos termos da Convenção de Paris, de 1988, “é indispensável o conhecimento e a compreensão dos recursos hídricos em todos os níveis, a fim de melhorar o seu aproveitamento, gestão e proteção, promovendo sua utilização mais eficaz, equitativa e sustentável”.

Desse modo, o enfoque que se pretende dar à sustentabilidade extrapola as questões meramente econômicas, englobando também os importantes aspectos ambientais, sociais, políticos, éticos e culturais do desenvolvimento.

5 ASPECTOS DO CONSUMO INDUSTRIAL DE ÁGUA DOCE

O consumo de água para os diferentes usos se destaca por se enquadrar em três grandes áreas: para a irrigação (46%), que é responsável pelas maiores vazões de

142 Esse conceito foi resultado do “Relatório Brundtland”. Nesse sentido: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 50.

143 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 50

144 SALATI, E.; LEMOS, H. M. Água e o desenvolvimento sustentável. In: REBOUÇAS, A. C.; BRAGA, B.; TUNDISI, J. G. (org.). Águas Doces no Brasil: Capital Ecológico, Uso e conservação. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006. p. 45-46.

retiradas, seguida pelas atividades urbano-domésticas (26%), e finalizando com a atividade industrial (18%)¹⁴⁵. Percebe-se a dependência das sociedades em relação ao uso dos recursos naturais, o que exige a consideração das diretrizes pregadas pelo desenvolvimento sustentável.

A utilização dos recursos hídricos pelas atividades realizadas pelo setor industrial é muito relevante, no entanto, são esses usuários os grandes causadores de impactos ambientais, haja vista a significativa utilização dos recursos naturais, bem como em razão do grande potencial de produção de resíduos, afetando os mananciais hídricos, tanto superficiais, quanto subterrâneos.¹⁴⁶

Parte da relevância dessa utilização decorre das características peculiares da água, que reúne três características específicas que a tornam uma substância útil: é incolor, inodora e insípida. Pode, como qualquer outro líquido, ter sua forma alterada pela transferência de um recipiente para o outro, sem alteração de volume, o que facilita o seu transporte e armazenamento. Além disso, é em razão da grande capacidade de dissolver um número significativo de outras substâncias que a água apresenta grande interesse industrial, sendo utilizada nos processos da dissolução de sais, lavagem de preparo de vários produtos.¹⁴⁷

Com relação a esse consumo industrial de água doce, cumpre salientar que seus usos mais comuns são como matéria-prima, como reagente ou solvente, para a lavagem de gases e sólidos, de veículos, para transmissão de calor, como agente de resfriamento, como fonte de energia, entre outros. Destaca-se que os usos de água por segmento industrial demonstram a grande relevância do processamento industrial de petróleo, gás (P&G) e biocombustíveis (Tabela 1).

145 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Agência Nacional de Águas. Cadernos de Recursos Hídricos. Disponibilidade e Demandas de Recursos Hídricos no Brasil. Vol. 2. Brasília.

146 GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. Água Produzida e Gestão Ambiental na Indústria de Combustíveis Brasileira. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. 2008. (não publicado).

147 AMORIM, Roberto da Silva. Abastecimento de água de uma refinaria de petróleo: caso Replan. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Sistema de Gestão da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre. Área de concentração: Meio Ambiente. Niterói, 2005, p. 111. apud NASCIMENTO, Livia Melo do. Água Produzida na Extração de Petróleo: o Controle Estatal sobre o seu Uso, Tratamento, Reaproveitamento e Descarte. 2006. 117 p. Monografia de Graduação. Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 41.

Tabela 1- Uso de Água por Segmento Industrial

Atividade	Mínimo	Máximo
Indústria química	0,3 m ³ /t	11 m ³ /t
Cervejarias	5 m ³ /m ³	13 m ³ /m ³
Usinas de açúcar e álcool	Cana 15 m ³ /t	Cana 32 m ³ /t
Siderúrgicas	50 m ³ /t aço	200 m ³ /t aço
Refinarias	78 m ³ /t álcool	760 m ³ /1000 m ³ Petróleo
Têxteis	160 m ³ /t Tecido	680 m ³ /t Tecido
Petroquímica	150 m ³ /t	800 m ³ /t
Celulose e papel	25 m ³ /t	216 m ³ /t

Fonte: Agência Nacional de Águas (2007).

Deste modo, em razão do significativo volume de água gasto nos segmentos industriais, são buscadas melhores opções para o emprego dos recursos hídricos nesta área, dependendo esta demanda da exigência de cada aplicação da água. Além disso, o abastecimento provém de várias fontes, tais como a água potável do sistema de distribuição pública, água de poço tubular ou profundo, água de chuva, reciclagem ou reúso, água de rio ou córrego próximo, caminhão-tanque, além de uso dos dispositivos economizadores.¹⁴⁸

Portanto, o incremento dos dispositivos que estimulem a reutilização dos recursos hídricos, também em respeito ao princípio da prevenção, será tido como alternativa bastante viável, tanto econômica, quando ambiental, para as atividades industriais, e, mais especificamente, para as águas utilizadas na indústria de combustíveis, considerando o grande potencial gerador de danos apresentado por este ramo industrial.

6 ÁGUA PRODUZIDA NA INDÚSTRIA DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL

Na indústria de petróleo e gás natural, a produção de água é inevitável durante a vida útil do poço de petróleo e, conseqüentemente, também, é inevitável a extração de água dos aquíferos. A quantidade dessa água produzida pode variar entre volumes de 50% até aproximadamente 100% ao fim da vida econômica dos poços. Essa variação ocorre em consonância com a mudança dos estádios de vida do reservatório, verificando-se um incremento acentuado do volume quando da irrupção da água, para, em seguida, esse ritmo de produção diminuir, até ser alcançado o limite econômico.¹⁴⁹

148 TELLES, Dirceu D'Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 18.

149 ALCONSULT INTERNACIONAL LTD. Disposición y tratamiento del agua producida. Guia ambiental da ARPEL (Asociación Regional

A Resolução nº 393, de 2007, do Conselho Nacional de Meio Ambiente, que dispõe sobre o descarte contínuo de água de processo ou de produção em plataformas marítimas de petróleo e gás natural, impõe o tratamento de efluentes na extração realizada em plataformas marítimas, e, ainda, define a *água produzida* no art 2º, inciso I, como “a água normalmente produzida junto com o petróleo”.

A referida Resolução define, no art. 2º, inciso II, área ecologicamente sensível como sendo “regiões das águas marítimas ou interiores, definidas por ato do Poder Público, onde a prevenção, o controle da poluição e a manutenção do equilíbrio ecológico exigem medidas especiais para a proteção e a preservação do meio ambiente”.

Ademais, é em razão da característica peculiar de ser o solvente mais comum que deriva os maiores problemas da água de produção. Essa água, presente no aquífero associada ao petróleo e gás em formação durante centena de milhões de anos, entrou em amplo contato com as diversas formações rochosas e dissolveu, com êxito, diversos componentes. Desta forma, quando dissolvidos na água produzida, ocorre uma elevada concentração de metais pesados (incluindo bário, berílio, cádmio, cobre, aço, chumbo, níquel, prata e zinco), bem como uma quantidade de elementos radioativos (rádio 226 e rádio 228), além de centenas de partes por milhão (ppm) de materiais orgânicos voláteis e gotículas de óleo suspensas ou emulsificadas na água.¹⁵⁰

Ademais, a necessidade do tratamento das águas produzidas em campos de petróleo desponta como atitude imprescindível, haja vista que a grande quantidade de poluentes contidos em diferentes concentrações não pode ser devolvida ao meio ambiente, tampouco descarregada no ambiente marinho, ressaltando-se que esse descarte deve ser feito em consonância com as especificações regulamentadas por órgãos de controle do meio ambiente, delimitando a quantidade de poluentes nos efluentes aquosos.¹⁵¹

Desse modo, o estímulo a práticas de reutilização dessa água produzida na exploração de petróleo e gás natural desponta como sendo a opção mais condizente com a necessidade inafastável de um desenvolvimento que deverá estar atrelado às preocupações ambientais, visando a preservar a qualidade e a quantidade dos recursos hídricos disponíveis no Planeta, e atingindo os imprescindíveis anseios de sustentabilidade.

de Empresas de Petróleo y Gás Natural em Latinoamérica y el Caribe) nº 1. Alberta, 1992, p. 9, apud NASCIMENTO, Livia Melo do. *Água Produzida na Extração de Petróleo: o Controle Estatal sobre o seu Uso, Tratamento, Reaproveitamento e Descarte*. 2006. 117 p. Monografia de Graduação. Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 41.

150 Using V*SEP to Treat Produced Water: Na effective and economical solution. Disponível em: <www.vsep.com>. Acesso em: 9 nov. 06. apud NASCIMENTO, Livia Melo do. *Água Produzida na Extração de Petróleo: o Controle Estatal sobre o seu Uso, Tratamento, Reaproveitamento e Descarte*. 2006. 117 p. Monografia de Graduação. Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 42.

151 NASCIMENTO, Livia Melo do. *Água Produzida na Extração de Petróleo: o Controle Estatal sobre o seu Uso, Tratamento, Reaproveitamento e Descarte*. 2006. 117 p. Monografia de Graduação. Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 42.

7 REÚSO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Considerando a reutilização dos recursos hídricos como opção verdadeiramente inteligente para o mercado mundial, ressalta-se a necessidade de aplicação desta tecnologia, como atendimento aos critérios de sustentabilidade dos recursos ambientais. Além disso, é principalmente nas regiões áridas e semiáridas, em razão de ser a água considerada como um fator limitante para o desenvolvimento urbano, industrial e agrícola, que se torna ainda mais primordial a procura por novas fontes de recursos e tecnologias, em complementação à pequena oferta hídrica disponível na região.¹⁵²

Sendo assim, o reúso da água para fins não potáveis, além de preocupar-se com a escassez desse recurso, considerando que grandes volumes de água serão economizados, sendo possível utilizar água de qualidade inferior para fins menos nobres¹⁵³ e que nem sempre precisam da potabilidade, ainda compensa as dificuldades de atendimento da demanda da água, bem como substitui a utilização de mananciais próximos e de qualidade adequada.

É em razão da crescente demanda da água que o reúso planejado surge como tema atual e de grande importância, entretanto, cumpre salientar que o reúso não se limita a possibilitar o uso racional¹⁵⁴ ou eficiente da água, mas compreende também o controle de perdas e desperdícios e a minimização da produção de efluentes e do consumo de água.¹⁵⁵

É no setor industrial, considerado o grande responsável pela emissão de poluentes e de outros impactos ambientais, aliado ao rápido crescimento econômico, à falta de tecnologias sustentáveis e à exploração de recursos naturais de forma descontrolada, que se destaca a importância do reúso, que passa a adquirir interesse público, o que desencadeia o início do surgimento de iniciativas políticas e econômicas.

A crescente ocorrência de problemas ligados a desastres ambientais decorrentes de processos industriais forçou os órgãos fiscalizadores a orientar as indústrias no sentido

152 TELLES, Dirceu D' Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 95-96.

153 Nesse caso, serão reservadas as águas de melhor qualidade para os usos mais nobres, como é o caso do abastecimento doméstico. Nesse sentido, em 1985, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas estabeleceu uma política de gestão para áreas carentes de recursos hídricos com base neste conceito: "A não ser que exista grande disponibilidade, nenhuma água de boa qualidade deve ser utilizada para usos que toleram águas de qualidade inferior" (UNIÁGUA – Universidade da Água. Água no planeta. Disponível em: <www.uniagua.org.br> Acessado em 28 de novembro de 2008. apud TELLES, Dirceu D' Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 96).

154 Define-se o uso racional de água (ou a conservação de água) como o conjunto de ações que tem por objetivo reduzir o consumo de águas sem prejuízo ao desenvolvimento das atividades produtivas, aumentando a eficiência deste recurso pela redução de desperdícios e reúso dos efluentes tratados. No âmbito da indústria, se concentra na redução de perdas e na identificação das possibilidades de reúso. TELLES, Dirceu D' Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 181.

155 TELLES, Dirceu D' Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 96.

de adotarem técnicas sustentáveis. Além disso, a pressão da opinião pública, a legislação e a fiscalização, cada vez mais rigorosas, e o aumento do custo da água, passaram a exigir a otimização do seu uso. Sendo assim, a nova tendência, no setor industrial, é a reutilização da água ainda aproveitável, que, anteriormente, seguia direto para o tratamento dos efluentes líquidos.¹⁵⁶

Ademais, ressalta-se que, em razão dos custos elevados da água industrial no Brasil, e estimulada nas indústrias a implantação de sistemas de reúso de água que possibilitem a máxima utilização dos recursos hídricos. Este fato é ainda mais evidenciado com o advento da lei nº 9.433, de 1997, estipulando a obrigatoriedade da aplicação dos instrumentos de outorga e cobrança pelo uso dos recursos hídricos, tanto na captação da água como no despejo de efluentes.

Destaca-se que a reutilização dos efluentes industriais possibilita grande variedade de aplicações, como resfriamento, sistemas de produção de água quente ou vapor, alimentação de caldeiras, águas de processo sanitário, lavagem de tanques, de peças, lavagem de gases de chaminés, entre outros; no entanto, cumpre salientar que esse reúso no âmbito industrial requer a avaliação da qualidade de água necessária em cada processo e, ainda, a compatibilidade da água de reúso com cada necessidade específica, permitindo o devido controle da qualidade da água, em conformidade com sua finalidade, bem como mantém o processo produtivo regularmente abastecido, ao reaproveitar o efluente produzido pela própria indústria, ou mesmo um efluente terceirizado.¹⁵⁷

Além disso, a tecnologia ambiental demonstra que o respeito a critérios de sustentabilidade é a única possibilidade de continuar com o desenvolvimento humano, ou seja, é o próprio meio ambiente que já está manifestando uma condição de subsistência a qualquer atividade. Deste modo, a técnica do reúso da água desponta cada vez mais como uma das opções mais inteligentes para a racionalização dos recursos hídricos, no entanto, sua efetiva implementação ainda depende da aceitação popular, da aprovação mercadológica, bem como, da vontade política para se efetivar como uma tecnologia sistemática.¹⁵⁸

Nesse contexto, a expansão do reúso é uma realidade viável, manifestando-se como uma técnica segura e confiável e, ainda, atraindo investimentos que tendem a ser cada vez menores, e que, conseqüentemente, o incentiva a se tornar uma prática sempre mais acessível.¹⁵⁹

156 TELLES, Dirceu D'Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 115-116.

157 Destaca-se a possibilidade de vender os efluente de tratamento do esgoto para indústrias interessadas em usar água de reúso em seu processo, como alternativa de água menos onerosa. Nesse sentido, TELLES, Dirceu D'Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 116-117.

158 TELLES, Dirceu D'Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 93.

159 TELLES, Dirceu D'Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p.93.

O reúso caracteriza-se como o aproveitamento do efluente após uma extensão do seu tratamento, podendo ocorrer com ou sem investimentos adicionais. Em alguns casos, não é preciso realizar o tratamento dos efluentes para a reutilização, no entanto, em outros, estes efluentes exigem um processo bastante específico de purificação, devendo sempre considerar a adequação da qualidade da água à sua utilização, e, ainda, observar uma série de providências, bem como atender as determinações legais.

A Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1977, em art. 20, Inciso I, determina, entre os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos”. Não obstante essa determinação, ainda não se verifica um real incentivo para atividades de reúso de água, o que pode ser justificado pelo relativo desconhecimento dessa tecnologia e também por motivos de ordem sociocultural. É nesse contexto que se torna fundamental institucionalizar, regulamentar e promover o setor mediante a criação de estruturas da gestão, preparação de bases políticas, legais e institucionais para o reúso de água, disseminação de informação, e do desenvolvimento de tecnologias compatíveis com as nossas condições técnicas, culturais e socioeconômicas.¹⁶⁰

8 REÚSO DA ÁGUA PRODUZIDA

A água produzida proveniente da atividade de extração de petróleo e gás natural de rochas subterrâneas possui diversos destinos: pode ser dispensada na natureza após o devido tratamento do efluente, ou pode ser reutilizada no processo produtivo, mediante a reinjeção nos aquíferos, ou utilização para gerar vapor, ou ainda, ser processada para a retirada de impurezas, quando poderá ser reutilizada na irrigação de campos de biomassa para a produção de biocombustíveis, ou, ainda, para a produção de culturas não comestíveis.

Com o enfoque na prática do reúso como forma de mitigar as externalidades negativas e visando à otimização das práticas realizadas no âmbito da indústria de combustíveis, a Agência Nacional de Petróleo define a água de injeção como “Água injetada em reservatório, com o objetivo de forçar a saída do petróleo da rocha-reservatório, deslocando-o para um poço produtor. Este método é conhecido como *recuperação secundária*, e é empregado quando a pressão do poço torna-se insuficiente para expulsar naturalmente o petróleo”.¹⁶¹

160 TELLES, Dirceu D' Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimaraes (Coord.). Reúso da água. Conceitos, teorias e práticas. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007. p. 94.

161 BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Disponível em: <em www.anp.gov.br>. Acesso em: 05 de dezembro de 2008.

A técnica de reinjeção da água¹⁶² produzida tornou-se opção cada vez mais atrativa na indústria, em razão das severas regulamentações para descarte de águas no mar, rios ou aquíferos profundos que ocasionam o aumento de custos com tratamento. Aparece, no entanto, como principal dificuldade de reinjeção a previsão do impacto da qualidade da água produzida na injetividade dos poços, em decorrência do pouco conhecimento de mecanismos de dano à formação por partículas sólidas e gotículas de óleo.¹⁶³

A utilização dessa tecnologia pode dar-se tanto na exploração nas plataformas marítimas, tratando-se de águas salgadas, em caso de produção *off-shore*, como também na exploração em terra, quando serão utilizadas águas doces para produção *on-shore*. Nesse contexto, para que ocorra seguramente o descarte ou a reutilização da água produzida, ressalta-se a necessidade do seu prévio tratamento, por um método que seja o mais econômico possível, considerando o seu efeito ambiental.

Além disso, destaca-se que as águas de produção contêm, em sua maioria, concentrações muito altas de sais, atingindo frequentemente níveis de cloreto de 150.000 a 180.000 ppm (a água do mar tem em torno de 35.000 ppm). Com esses níveis, a água de produção é tóxica para quase todas as espécies vivas. A menos que essa água retorne à fonte de produção, por meio de sua reinjeção, é imperativo que ela seja diluída, ou pela descarga de alto volume em correntes fortes (o mar¹⁶⁴), ou pela adição de água doce, para reduzir o teor de sal a um nível aceitável (menos de 500 mg/l).¹⁶⁵

162 Como exemplo de implantação de um projeto de reinjeção de água produzida, pode ser citada a Planta de Carmópolis, localizada no estado de Sergipe. Em Carmópolis há o projeto de reinjeção de toda água produzida até 2014. Esta planta possui uma capacidade de filtração de 3 tanques de 7500 m³/dia somando um total de 22500 m³/dia. Com a implantação deste projeto, foi substituída significativamente a captação de água doce que era de 9000m³/dia. (PATRÍCIO, Flávia Marcela Rigatto. Modelagem analítica para reinjeção de água produzida com efeitos na incrustação de sulfato de bário. 2006. 79 p. Monografia de Graduação. Curso de Engenharia de Exploração e Produção de Petróleo. Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. p. 24).

163 Cumpre salientar que, em um projeto de implantação de reinjeção de água produzida, existem algumas precauções que devem ser tomadas, entre elas se destaca a necessidade de verificação das especificações da água produzida a ser reinjetada, considerando que esta água deve ser filtrada em razão dos seus altos teores de sólidos (20 a 80 mg/l), e conter partículas maiores do que 30 micras, além de passar por um processo químico de separação devido aos altos teores de óleos e graxas (TOG). Nesse sentido, PATRÍCIO, Flávia Marcela Rigatto. Modelagem analítica para reinjeção de água produzida com efeitos na incrustação de sulfato de bário. 2006. 79 p. Monografia de Graduação. Curso de Engenharia de Exploração e Produção de Petróleo. Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro. p. 23.

164 O descarte da água do mar tem sido bastante estudado, especialmente nas regiões situadas próximo às plataformas do Mar do Norte e do Golfo do México. No momento, não há uma definição sobre o assunto, mas os resultados obtidos até agora demonstram que, desde que o sistema de descarte seja projetado e construído para proporcionar uma grande diluição do efluente, a descarga contínua da água produzida não causa danos sensíveis ao meio marinho. Observa-se que as forças naturais existentes no mar, como a diluição evaporação, foto e auto-oxidação, apresentam-se capazes de degradar o petróleo e o gás carbônico. Os componentes solúveis do óleo, tais como aromáticos, ácidos nâftêmicos, parafinas normais etc., são destruídos pelas bactérias presentes na água do mar; todavia, não se pode perder de vista a noção de que os efeitos dos problemas não costumam ser vislumbrados de imediato, devendo a disposição de água produzida ser realizada em conformidade com a legislação específica. (THOMAS, José Eduardo. Fundamentos de engenharia de petróleo. Rio de Janeiro: Editora Interciência, 2001, p. 267). Nesse caso, poderia ser invocado o princípio da precaução, já comentado, para afirmar que a falta de certeza científica da ocorrência do dano ambiental não poderia ser utilizada como um permissivo para a realização do ato, considerando que poderá ser responsável por acarretar danos futuros, sendo necessário adotar medidas efetivas de proteção ao meio ambiente.

165 NASCIMENTO, Livia Melo do. Água Produzida na Extração de Petróleo: o Controle Estatal sobre o seu Uso, Tratamento, Reaproveitamento e Descarte. 2006. 117 p. Monografia de Graduação. Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 45.

Ademais, em razão dos elevados volumes gerados de água produzida, o lançamento de efluentes dessa água deve ser tratado em conformidade com a legislação ambiental, haja vista que, em média, para cada m³ dia de petróleo produzido, são gerados três a quatro m³/dia de água, podendo esse valor chegar a sete ou mais, dependendo da maturidade do poço; além disso, nas atividades de exploração, perfuração e produção, a água produzida corresponde a cerca de 98% de todos os efluentes gerados, bem como em decorrência da presença de sais, óleos e outros elementos nocivos, da temperatura elevada e da ausência de oxigênio.¹⁶⁶

No que diz respeito à indústria de biocombustíveis, que no País se encontra fundamentada na agroindústria, mais especificamente no âmbito do setor sucroalcooleiro, a relevância da gestão do uso da água também se manifesta com bastante expressividade, em razão das atividades de irrigação das culturas, associada ao uso de pesticidas e herbicidas que são capazes de causar prejuízos aos recursos hídricos, diante da possibilidade tanto de contaminar os aquíferos subterrâneos, quanto de afetar diretamente os corpos hídricos superficiais.

Sendo assim, em decorrência do surgimento da água produzida, surge a necessidade de verificar qual será o melhor destino desta água, devendo-se optar pelo melhor entre o seu descarte no meio ambiente, a reinjeção no reservatório produtor ou o descarte em formações não produtoras, devendo-se considerar sempre os aspectos técnicos e econômicos, e, ainda, as opções de menor impacto ambiental. Para tanto, deverá estar em consonância com as disposições legais e as determinações dos órgãos reguladores.¹⁶⁷

Portanto, claramente se verifica, como uma das melhores opções para a indústria de combustíveis, a aplicação de técnicas voltadas para a reutilização da água produzida, na medida em que está é uma das tecnologias responsáveis por ocasionar menores impactos ambientais, e, ainda, será capaz de reduzir significativamente a utilização dos recursos hídricos pela indústria, preservando tanto a qualidade como a quantidade das águas subterrâneas disponíveis nos aquíferos, compatibilizando-se com o que determina o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, compreendido na inter-relação dos artigos 225 e 170 da Constituição Federal.

166 THOMAS, José Eduardo. Fundamentos de engenharia de petróleo. Rio de Janeiro: Editora Interciência, 2001, p. 266-267.

167 NASCIMENTO, Livia Melo do. Água Produzida na Extração de Petróleo: o Controle Estatal sobre o seu Uso, Tratamento, Reaproveitamento e Descarte. 2006. 117 p. Monografia de Graduação. Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 46.

9 CONCLUSÃO

Na análise da enorme relevância dos recursos hídricos para a sobrevivência humana, deve a água ser considerada elemento essencial para a manutenção da vida – bem como, em razão de se tratar de um insumo estratégico indispensável para a promoção do desenvolvimento econômico do Brasil, na avaliação que os seus usos preponderantes (na agricultura, nas indústrias e seu uso doméstico) são indispensáveis para o desenvolvimento do País – a importância do recurso encontra-se comprovada.

Além disso, destaca-se o fato de que a ocorrência de danos ambientais, na maioria dos casos, produz consequências irreversíveis. Desta forma, é muito difícil que o ecossistema volte ao seu estado anterior, e, ainda, cumpre salientar que, para a recuperação do meio ambiente afetado, devem ser empregados elevados valores, que poderiam ser economizados com a adoção de práticas favoráveis com os anseios atuais de sustentabilidade.

Sendo assim, em consideração aos princípios norteadores do Direito Ambiental pátrio, como o da prevenção, determinando que deverá ocorrer uma análise prévia a respeito da atividade, avaliando os impactos que este empreendimento poderá ocasionar ao meio ambiente, e, assim, com a adoção de medidas compensatórias e mitigadoras, seria possível assegurar a realização da atividade, sendo garantidos benefícios econômicos, decorrentes do desenvolvimento desta atividade, e, acima de tudo, ambientais, em virtude da redução dos danos causados ao meio ambiente.

E, ainda, em observação ao princípio do poluidor-pagador que determina que caberá ao empreendedor as despesas com os custos sociais externos que acompanham a atividade econômica, e também dos gastos referentes à reparação do dano causado, ressalta-se, ainda mais, a opção pelo desenvolvimento da atividade embasado em critérios sustentáveis como sendo a melhor opção adotada por aqueles que exercem atividades industriais.

Com relação à indústria de petróleo e gás natural, ressalta-se que a produção de água é inevitável durante a vida útil do poço de petróleo, e, conseqüentemente, será também inevitável a extração de água dos aquíferos. Desta forma, a preocupação com a água produzida, caracterizada como sendo aquela água normalmente produzida junto com a extração de petróleo, aumenta à medida em que se consideram os elevados volumes produzidos de água, que podem variar entre 50%, até aproximadamente 100% ao fim da vida econômica dos poços.

É nesse contexto que o estímulo a práticas de reutilização dessa água produzida na exploração de petróleo e gás natural, se manifesta como sendo a opção adotada mais inteligente e compatibilizada com a necessidade inafastável de promover um desenvolvimento que deverá estar atrelado com as preocupações ambientais, visando preservar a qualidade e a quantidade dos recursos hídricos disponíveis no Planeta, e atingindo os imprescindíveis anseios de sustentabilidade.

Desta forma, conclui-se que deve ser estimulado o uso inteligente desse bem tão precioso que é a água, mediante práticas que adotem a chamada “tecnologia limpa”, como é o caso da reutilização dos recursos hídricos, devendo ser exercido um controle ambiental efetivo a respeito do seu uso, considerando as vantagens socioeconômicas e visando a atender essa necessidade de sustentabilidade já adotada mundialmente.

Além disso, poderiam ser propostas estratégias para aquelas empresas que já demonstram cuidado com a preservação dos recursos naturais, e adotam práticas favoráveis ao desenvolvimento sustentável, efetivando a mitigação das externalidades negativas decorrentes da atividade, podendo ser propostas hipóteses de compensações ambientais nestes casos, conforme o Mandamento constitucional brasileiro.

Destarte, cabe ao Brasil atuar com a devida coerência entre os paradigmas burocráticos, estimulando-se a agilidade das suas instituições, com o necessário desenvolvimento legislativo que seja capaz de estimular as práticas sustentáveis, e integrando as ações entre as organizações públicas e privadas, o que poderá estar associado com atuações no setor educacional, refletindo na concepção dos indivíduos acerca da importância das práticas de reuso, e estimulando, ainda mais, a tecnologia.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- BRASIL. CONAMA. Ministério do Meio Ambiente. Resolução nº 393, de 08 de AGOSTO de 2007. *Dispõe sobre o descarte contínuo de água de processo ou de produção em plataformas marítimas de petróleo e gás natural, e dá outras providências*. Brasília, 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.
- BRASIL. Decreto nº 24.643, de 10 de Julho De 1934. *Decreta o Código de Águas*. Brasília, 1934.
- BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Brasília, 1981.
- BRASIL. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. *Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos*. Brasília, 1997.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Agência Nacional de Águas. Cadernos de Recursos Hídricos. *Disponibilidade e Demandas de Recursos Hídricos no Brasil*. Vol. 2. Brasília.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Cobrança pelo uso dos recursos hídricos.

Disponível em: <<http://www.ana.gov.br/GestaoRecHidricos/CobrancaUso/default2.asp>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2008.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano. Água: Manual de uso. *Vamos cuidar de nossas águas*. Implementando o Plano Nacional de Recursos Hídricos. 2. ed. Brasília: 2008.

_____. Secretaria de Recursos Hídricos e Ambiente Urbano. Águas Subterrâneas. *Um recurso a ser conhecido e protegido*. Brasília, 2007.

_____. Ministério da Educação. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Consumo Sustentável: *Manual de Educação*. Brasília: Consumers International, 2005.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Disponível em: <[em www.anp.gov.br](http://www.anp.gov.br)>. Acesso em: 05 de dezembro de 2008.

DUARTE, Marise Costa de Souza. Meio Ambiente Sadio. *Direito Fundamental*. Curitiba: Juruá, 2003.

FILHO, Joaquim C. G. Gondim; VIEIRA, Vicente P. P. B. *Água doce no semi-árido*. In: REBOUÇAS, A. C.; BRAGA, B.; TUNDISI, J. G. (org.). *Águas Doces no Brasil: Capital Ecológico, Uso e conservação*. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas. *Disciplina Jurídica das Águas Doces*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; XAVIER, Yanko Marcus de Alencar. Água Produzida e Gestão Ambiental na Indústria de Combustíveis Brasileira. Universidade Federal do Rio Grande do Norte: 2008. (não publicado).

LOSSO, Thais Cercal Dalmina. *Princípios da política global do meio ambiente no estatuto da cidade*. In: SILVA, Bruno Campos (org.). *Direito Ambiental. Enfoques variados*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

MOTA, Suetônio. *Água: controle do desperdício e reúso*. In: HERMANNNS, Klaus (Coord.). *Água e desenvolvimento sustentável no Semi-Árido*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2002.

NASCIMENTO, Livia Melo do. Água Produzida na Extração de Petróleo: *o Controle Estatal sobre o seu Uso, Tratamento, Reaproveitamento e Descarte*. 2006. 117 p. Monografia de Graduação. Curso de Graduação em Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

PATRÍCIO, Flávia Marcela Rigatto. Modelagem analítica para reinjeção de água produzida com efeitos na incrustação de sulfato de bário. 2006. 79 p. Monografia de Graduação. Curso de Engenharia de Exploração e Produção de Petróleo. Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALATI, E.; LEMOS, H. M. *Água e o desenvolvimento sustentável*. In: REBOUÇAS, A. C.; BRAGA, B.; TUNDISI, J. G. (org.). *Águas Doces no Brasil: Capital Ecológico, Uso e conservação*. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006.

TELLES, Dirceu D'Alkmim; COSTA, Regina Helena Pacca Guimarães (Coord.). Reúso da água. *Conceitos, teorias e práticas*. 1ª edição. São Paulo: Editora Blucher, 2007.

THOMAS, José Eduardo. *Fundamentos de engenharia de petróleo*. Rio de Janeiro: Editora Interciência, 2001.

A UTILIZAÇÃO DOS *ROYALTIES* COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NOS MUNICÍPIOS: O CASO DO RIO GRANDE DO NORTE

Luiz Paulo dos Santos Diniz
Yanko Marcus de Alencar Xavier
Patrícia Borba Vilar Guimarães

1 INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas décadas, observa-se a importância cada vez maior que os municípios adquirem no contexto político-administrativo do Brasil. Neste particular, a Constituição teve papel fundamental, na medida em que elevou o município à condição de ente autônomo integrante da Federação.

Paralelamente a esta transformação institucional, os municípios passaram a receber um aporte mais vultoso de recursos, fenômeno este que despertou o interesse dos especialistas em finanças públicas, nomeadamente após a Constituição de 1988 e a edição da Lei Complementar nº 101, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que veio atender aos reclamos de maior eficiência no gasto público.

Aos municípios situados nas áreas produtoras de petróleo e gás natural, que perfazem cerca de 870, a Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, denominada Lei do Petróleo, garantiu nova fonte de recursos financeiros, consubstanciada em *royalties* e participações especiais. Estes, ao lado das transferências constitucionais, incrementaram ainda mais as receitas municipais.

Os *royalties* e as participações especiais aportaram aos cofres públicos bilhões de reais, desde a flexibilização do monopólio do petróleo e do gás natural. Desconhecido é, porém, o impacto deste volume substancial de recursos na receita dos municípios, bem como na qualidade de vida e desenvolvimento deles, razão pela qual se torna imperioso investigá-lo.

Algumas indagações precisam ser respondidas. Impende analisar até que ponto os *royalties* e participações especiais ajudaram a melhorar a qualidade de vida nos municípios beneficiados. Cumpre saber por que, em alguns municípios, houve sensível avanço nos indicadores socioeconômicos e, em outros, isto não se verificou, a despeito do aumento de receita ter ocorrido em uns e em outros.

Aos recursos oriundos da exploração do petróleo e do gás natural, precisa ser dada uma destinação mais racional. Forçoso é utilizá-los como instrumento de promoção do desenvolvimento. Este, porém, não se confunde com o mero crescimento econômico, representado pelo aumento do Produto Interno Bruto. O desenvolvimento que se busca realizar é o desenvolvimento sustentável.

O petróleo constitui, neste sentido, uma importante fonte de riqueza, contudo, conforme é público e notório, é um recurso não renovável, implicando dizer que os municípios nem sempre poderão contar com a receita decorrente dos *royalties* e das participações especiais. Este “bilhete premiado” necessita ser utilizado de modo a alavancar o desenvolvimento local e regional e a buscar fontes de renda para substituir o petróleo, quando este estiver esgotado.

2 AS PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS DECORRENTES DA EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL

As participações governamentais são compensações financeiras resultantes da exploração de petróleo e gás natural. Abrangem não apenas os *royalties*, mas também os bônus de assinatura, as participações especiais e o pagamento pela ocupação ou retenção de área. Não constituem elas inteiramente uma novidade. Em verdade, desde o Decreto-lei nº 4.265/1921, o Código de Minas, já havia inúmeras taxas incidindo sobre a autorização para pesquisa e lavra ou sobre produção. O panorama atual acerca da matéria, contudo, não mais se encontra delineado no referido diploma, mas sim na Lei nº 9.478/1997, a Lei do Petróleo, mais precisamente nos arts. 46-51. As participações governamentais não têm natureza de tributo, embora sejam estipuladas em lei e se destinem ao Estado. “Na concessão há uma vontade anterior do concessionário que adere ao regime de exploração/produção de petróleo, através da celebração de um contrato administrativo de concessão. Ou seja, é o agente primeiramente “convidado” a participar do certame licitatório, aderindo aos termos do edital, por sua própria vontade, e não por imposição do Estado”¹⁶⁸. Nas seções seguintes, tratar-se-á das

168 NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do. As Participações Governamentais na Indústria Petróleo e Gás Natural Brasileira. 2007. 107 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007, p. 51.

participações governamentais, a começar pelo bônus de assinatura.^{169, 170}

2.1 Bônus de Assinatura

O bônus de assinatura é o montante a ser pago pelo licitante vencedor do certame realizado pela ANP no ato da assinatura do contrato de concessão. O valor mínimo a ser desembolsado a título de Bônus de Assinatura será fixado no edital de abertura de licitação. Parte do valor desta participação governamental destina-se à ANP para fins de custeio da sua atividade operacional. É o que dispõe o art. 10 do Decreto nº 2.705, de 03 de agosto de 1998.^{171, 172}

O pagamento do Bônus de Assinatura antecede a exploração e produção de petróleo e não está condicionado ao êxito nestas atividades. Tem como finalidade recuperar os gastos governamentais realizados no processo. Não sem razão, o valor mínimo constante no edital há de ser fixado segundo padrões de razoabilidade, para não servir de entrave aos agentes econômicos atuantes neste mercado.¹⁷³

Malgrado o exposto comando legal e regulamentar, no edital de abertura da oitava rodada de licitações, a ANP requisitou ao licitante vencedor o pagamento do bônus de assinatura até o quinto dia útil anterior à data prevista para a assinatura do contrato de concessão.¹⁷⁴

2.2 Pagamento pela Ocupação ou Retenção de Área

Entre as inovações que a Lei do Petróleo trouxe consigo, está o pagamento pela ocupação ou retenção de área. Determina seu art. 51 que o pagamento constará no edital de licitação dos blocos e no contrato de licitação celebrado com o licitante vencedor¹⁷⁵. Será pago anualmente e o seu valor será fixado por quilômetro quadrado ou por fração da superfície do bloco.¹⁷⁶ Trilhando a mesma senda, ensina Carlos Augusto Góis Pacheco:

169 Art. 45. O contrato de concessão disporá sobre as seguintes participações governamentais, previstas no edital de licitação:

I - bônus de assinatura;

II - royalties;

III - participação especial;

IV - pagamento pela ocupação ou retenção de área.

170 COELHO, Aislan de Souza. As participações governamentais e o impacto dos royalties sobre a economia do Estado do Rio de Janeiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1318, 9 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9476>>. Acesso em: 06 de dezembro 2008.

171 Art 10º Parcela dos recursos provenientes do bônus de assinatura será destinada à ANP, observado o disposto no inciso II do art. 15 da Lei nº 9.478, de 1997.

172 COELHO, Aislan de Souza. ob. cit.

173 COELHO, Aislan de Souza. ob. cit.

174 NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do. ob. cit. p. 56.

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

176 COELHO, Aislan de Souza. ob. cit.

“o pagamento pela ocupação ou retenção de área é o valor a ser pago anualmente pelos concessionários, a partir da data de assinatura do contrato, disposto no edital de licitação e nas cláusulas contratuais. As faixas de valores por quilômetro quadrado e por fase de processo de E&P, adotadas para fins de cálculo desta participação, estão definidas no Decreto nº 2.705/98. Para fixação destes valores, dentro de cada faixa, a ANP levará em conta as características geológicas, a localização da Bacia Sedimentar em que o bloco, objeto da concessão, se situar, bem como outros fatores pertinentes. Os recursos provenientes desta participação governamental, que atingiriam o valor de R\$ 146.523.482,00 em 2002, destinam-se ao financiamento das despesas da ANP para o exercício das atividades que lhe são conferidas por lei”¹⁷⁷.

2.2 Participação Especial

A participação especial não é uma invenção brasileira. Observa-se a sua existência em países como Estados Unidos (*Windfall gain*) e Reino Unido (*Petroleum Revenue Tax*), onde era devida quando os lucros eram elevados. Atualmente, além do Brasil, adotam-na Austrália (*Petroleum Resource Rent Tax*) e Noruega (*Special Tax*).¹⁷⁸

Consiste em compensação financeira adicional aos *royalties* a ser paga quando os campos registrarem altos volumes de produção ou apresentarem elevada rentabilidade. As noções de “alto volume de produção” e de “alta rentabilidade” encontram-se disciplinadas no Decreto nº 2.705/1998. Na determinação de tais noções, são levados em consideração vários fatores: número de anos de produção, a localização da área e o volume de produção. Diferentemente dos *royalties* que são pagos mensalmente, as participações especiais são pagas pelo concessionário trimestralmente. É uma maneira de se repartir com a sociedade uma parcela da renda extraordinária auferida da exploração petrolífera numa tal situação. Ressalte-se, ainda, que a ANP requisitará dos concessionários documentos comprobatórios dos números da produção apresentados como forma de coibir fraudes e assegurar a veracidade das informações prestadas.

2.4 Royalties

Os *royalties*, do ponto de vista histórico, são a mais antiga forma de participação governamental. O termo tem origem inglesa, sendo derivado da palavra *royal*, cujo significado é “real”, “régio” ou “relativo ao rei”. Vale dizer, esta espécie de participação

177 PACHECO, Carlos Alberto Góis. Apud COELHO, Aislán de Souza. ob. cit.

178 SCHECHTMAN, Rafael, et al. Apud COELHO, Aislán de Souza. ob. cit.

governamental correspondia exatamente ao valor a que os monarcas tinham direito de receber em virtude da exploração de recursos minerais em suas propriedades.¹⁷⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se previstos no art. 45, inciso II, da Lei do Petróleo. É a compensação financeira devida em virtude da extração de petróleo e/ou de gás natural em território brasileiro, sendo seu pagamento obrigatório. Esta obrigatoriedade resulta justamente do fato de usar e desenvolver um recurso natural não renovável de propriedade estatal.¹⁸⁰

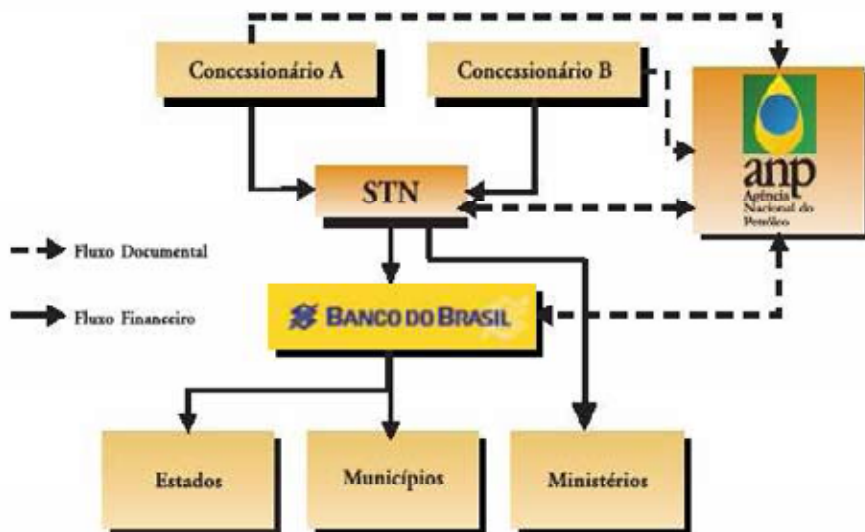
Os *royalties* serão recolhidos pelo concessionário à Secretaria do Tesouro Nacional. Esta, consoante os cálculos da ANP, os transferirá para os entes e órgãos beneficiados. A transferência para estados e municípios será feita por meio do sistema bancário, de contas correntes mantidas por estes no Banco do Brasil. Os repasses ao Comando da Marinha e ao Ministério da Ciência e Tecnologia serão realizados pela própria Secretaria do Tesouro Nacional.¹⁸¹ O fluxograma a seguir retrata de maneira simplificada o trâmite de recursos financeiros e da documentação pertinente (Figura 1):

179 COELHO, Aislan de Souza. ob. cit.

180 COELHO, Aislan de Souza. ob. cit.

181 NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do. ob. cit. p. 66.

FIGURA 1 - Os caminhos e descaminhos dos municípios produtores de petróleo.



FONTE: SILVA, Maria Janáina Alves da. Os caminhos e descaminhos dos municípios produtores de petróleo: O papel dos royalties no desempenho das finanças públicas municipais no estado do Rio Grande do Norte. 2007. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007, p. 51.

Os *royalties* têm como fato gerador o total da produção mensal. Descabe, desse modo, averiguar se o concessionário obteve lucro com a exploração. Ora, o risco é elemento inafastável desse setor, de modo que não se poderia, assim, condicionar a incidência dos *royalties* à percepção de lucro por parte do concessionário. Ademais, a prevalecer entendimento diverso, estaria consagrada a sujeição do interesse público ao interesse privado.

Sejam trazidos ao lume, por oportuno, os comentários de Maria D’Assunção Costa Menezello sobre o que se deve entender por “produção”: “entendemos aqui como produção um conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou de gás natural. A primeira medição ocorrerá no respectivo ponto de entrega local, onde o concessionário assumirá a propriedade do volume de produção fiscalizado, conforme estabelece o decreto regulamentados. Além disso, o valor dos *royalties* será apurado mensalmente, em cada campo, por seu concessionário, e pago até o último dia útil do mês subsequente”¹⁸².

2.5 Cálculo dos *Royalties*

Ao serem iniciadas as atividades de produção num dado campo, os concessionário são obrigados a aferir periodicamente o volume e a qualidade do petróleo e do gás natural nele produzidos, consoante as especificações técnicas estabelecidas pela ANP por meio de resoluções.¹⁸³

A partir do mês em que a produção foi iniciada, deverão ser efetuados os pagamentos, sendo vedado qualquer tipo de dedução. Os *royalties* correspondem a 10% do valor da produção de petróleo e de gás natural realizada no campo, os quais poderão pela ANP ser reduzidos para 5% no respectivo edital de licitação, a teor do que preceitua o art. 47, *caput* e §1º da Lei do Petróleo.^{184,185}

Obtém-se o valor da produção do petróleo e do gás natural com base no produto resultante da multiplicação dos volumes de petróleo e de gás extraídos no campo pelos preços praticados no mercado durante o período¹⁸⁶, conforme demonstrado no Quadro 1:

Quadro 1 - Esquematização do cálculo de royalties.

$$\text{Royalty} = \text{Aliquota} \times \text{Valor da produção}$$
$$\text{Valor da produção} = V_{\text{petróleo}} \times PR_{\text{petróleo}} + V_{\text{gás natural}} \times PR_{\text{gás natural}}$$

Onde:

Royalty é o valor dos royalties decorrentes da produção do campo no mês, em R\$;
Aliquota é o percentual que pode variar de um mínimo de 5% a um máximo de 10%;
V_{petróleo} é o volume da produção de petróleo do campo no mês, em m³;
V_{gás natural} é o volume da produção de gás natural do campo no mês, em m³;
PR_{petróleo} é o preço de referência do petróleo produzido no campo no mês, em R\$/m³;
PR_{gás natural} é o preço de referência do gás natural produzido no campo no mês, em R\$/m³.

Fonte: BARBOSA, Décio Hamilton (coord. geral). Guia dos royalties do petróleo e do gás natural. Rio de Janeiro: ANP, 2001, p. 16.

Deixe-se consignado, ainda, o fato de que o gás natural associado desperdiçado mediante a queima em *flares* entrará no cômputo referente ao volume, mesmo em face da sua não-comercialização, como resulta da prescrição contida no art. 47, §3º da Lei do Petróleo¹⁸⁷.

183 SEBRAE. Utilização dos Royalties na Promoção do Desenvolvimento Local. Disponível em: [http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/A73F8B8B0CC8EFD20325706600438080/\\$File/NT000AAD9A.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/A73F8B8B0CC8EFD20325706600438080/$File/NT000AAD9A.pdf) Acesso em: 07 de dezembro de 2008.

184 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.

185 SEBRAE. ob. cit.

186 SEBRAE. ob. cit.

187 § 3º A queima de gás em flares, em prejuízo de sua comercialização, e a perda de produto ocorrida sob a responsabilidade do

2.6 A distribuição dos *Royalties*

Os valores relativos aos *royalties*, participações especiais, bônus de assinatura e pagamento pela retenção ou ocupação de área são distribuídos segundo os percentuais estabelecidos pela Lei nº 9.478/1997, sob a coordenação do Conselho Nacional de Política Energética e pela ANP.

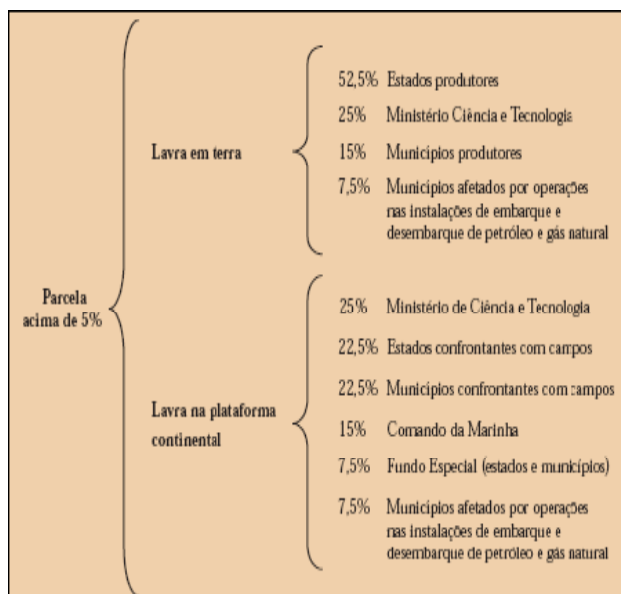
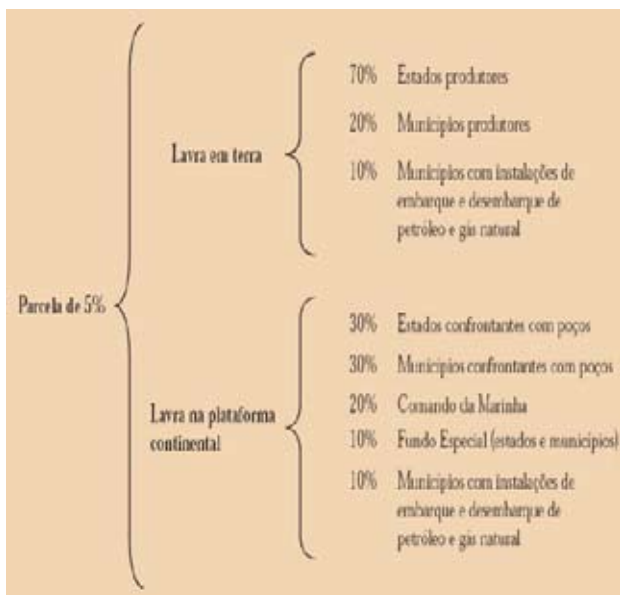
Como referido na seção anterior, a alíquota dos *royalties* é de 10%, podendo ser reduzido até 5%. A distribuição destes percentuais obedece a certas peculiaridades. É preciso verificar onde se localiza o campo, se em terra firme ou se na plataforma continental. Necessário é atentar também para qual o diploma legal aplicável, haja vista regerem a matéria tanto a Lei nº 9.478/1997 como a Lei nº 7.990/1989. Esta se aplica a parcela de até 5%. A Lei do Petróleo, por sua vez, incide sobre o percentual que exceder estes 5%.

Assim, pode-se esboçar um quadro de distribuição dos *royalties*.

Seguindo as disposições da Lei nº 7.990/1989, será distribuída a parcela de até 5% da seguinte forma. Sendo a lavra em terra firme, 70% dos *royalties* serão destinados aos estados produtores; 20%, aos municípios produtores; e 10%, aos municípios com instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural. Caso a produção seja realizada em terra firme, os estados e municípios confrontantes com os poços receberão cada um 30% do valor dos *royalties*; o Comando da Marinha 20% e os municípios com instalações de embarque e desembarque de petróleo e de gás natural, 10%.

A Lei do Petróleo regulará a parcela excedente, o percentual que ultrapassar os 5%. Sendo o petróleo e o gás natural produzidos em terra firme, 52,5% dos *royalties* ficarão com os estados produtores; 25%, com o Ministério da Ciência e Tecnologia; 15%, com os municípios produtores; e 7,5% municípios afetados por operação nas instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural. Se, porém, a lavra se der na plataforma continental, o Ministério da Ciência e Tecnologia fará jus a 25%; os estados e os municípios confrontantes com os campos, 22,5% cada; o Comando da Marinha, 15%; os municípios afetados por operação nas instalações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, 7,5%; e os 7,5% restantes serão destinados a um Fundo Especial (para estados e municípios). O quadro busca elucidar a destinação dos recursos (Quadro 2).

Quadro 2 - Esquema da distribuição percentual de royalties.



A tabela a seguir complementa o quadro de distribuição dos recursos, apresentando os valores resultantes da partilha das participações governamentais entre os referidos órgãos e entes públicos¹⁸⁸:

Tabela 1 - Valores resultantes da partilha das participações governamentais entre os referidos órgãos e entes públicos.

Discriminação	Royalties + Participações Especiais, (valores constantes para 2005, em R\$ mil)						
	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Total Estados e Municípios	1.334.727,9	3.148.431,3	3.866.185,8	4.763.978,7	6.244.487,4	6.310.375,6	7.577.721,4
Total Estados	670.410,8	1.852.423,6	2.344.945,1	2.882.788,2	3.955.643,8	3.949.839,8	4.770.194,5
Rio Grande do Norte	100.828,1	151.845,7	146.908,4	147.248,2	172.128,3	196.433,8	206.992,5
Total Municípios	664.317,1	1.295.959,6	1.521.240,8	1.881.190,5	2.288.843,5	2.360.533,7	2.807.526,9
Municípios do RN	53.620,1	78.068,5	76.962,0	95.688,8	114.645,6	124.658,7	139.048,3
União	521.907,4	1.800.948,5	2.374.359,4	3.009.451,6	4.271.896,6	4.229.019,9	5.182.347,6
Comando da Marinha	277.961,8	467.424,6	526.851,5	665.300,6	627.782,2	655.984,5	770.013,4
Min. da Ciência e Tecnologia	243.945,6	407.351,3	456.301,9	557.433,8	747.395,3	779.796,8	929.769,4
Min. das Minas e Energia		740.938,1	1.112.964,9	1.429.373,9	2.317.375,4	2.234.590,7	2.785.864,9
Min. do Meio Ambiente		185.234,5	278.241,1	357.343,6	579.343,7	558.647,7	696.699,9
Fundo Especial	138.911,5	233.711,0	263.426,7	332.650,2	373.697,7	390.739,1	411.146,9
Total Brasil	1.995.546,9	5.183.042,7	6.503.972,0	8.106.080,8	10.890.082,0	10.930.132,4	13.167.215,8
Proprietários de Terras no RN	16.971,5	25.487,5	22.178,2	24.218,7	26.274,9	28.268,3	27.047,5

Fonte: ANP
Deflator: IGP-DI, ano base 2005

3 AS ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E DE GÁS NATURAL NO RIO GRANDE DO NORTE

Após a descoberta acidental da existência de petróleo no oeste potiguar, a Petrobrás realizou inúmeras pesquisas e encontrou campos passíveis de produção em escala comercial. O Estado passou a figurar como o maior produtor em terra, com quarenta e cinco campos. A bacia potiguar, com seis campos, aparece ainda como a segunda mais produtiva, superada apenas pela Bacia de Campos, no Rio de Janeiro.¹⁸⁹

No Município de Mossoró, está situado o maior campo, possuindo ele cerca de cinco mil poços localizados em propriedades de particulares. Em mar, a produção iniciou com campo de Ubarana em 1973. O polo petrolífero de Guamaré tem como função processar a produção de petróleo oriunda do Rio Grande do Norte e do Ceará. O crescimento da produção e a elevação do preço internacional do petróleo observados nos últimos anos fizeram crescer sobremaneira os valores relativos aos *royalties* o que contribuiu para sobrelevar ainda mais a sua importância no quadro geral das receitas públicas municipais.

188 ANP Apud SILVA, Maria Janaina Alves da. ob. cit. 52.

189 SILVA, Maria Janaina Alves da. ob. cit. 42.

A revogada Lei nº 2.004/1953 deixava preestabelecido em que setores deveriam ser aplicados os recursos resultantes da exploração do petróleo e do gás natural. A Lei nº 9.478/1997 veio alterar este panorama, conferindo aos gestores públicos ampla liberdade para empregar esta espécie de participação governamental. O diploma antigo não abria margem para discricionariedade, vinculando o uso dos *royalties* nas áreas de saneamento básico, abastecimento e tratamento de água, energia, irrigação e proteção ao meio ambiente.¹⁹⁰

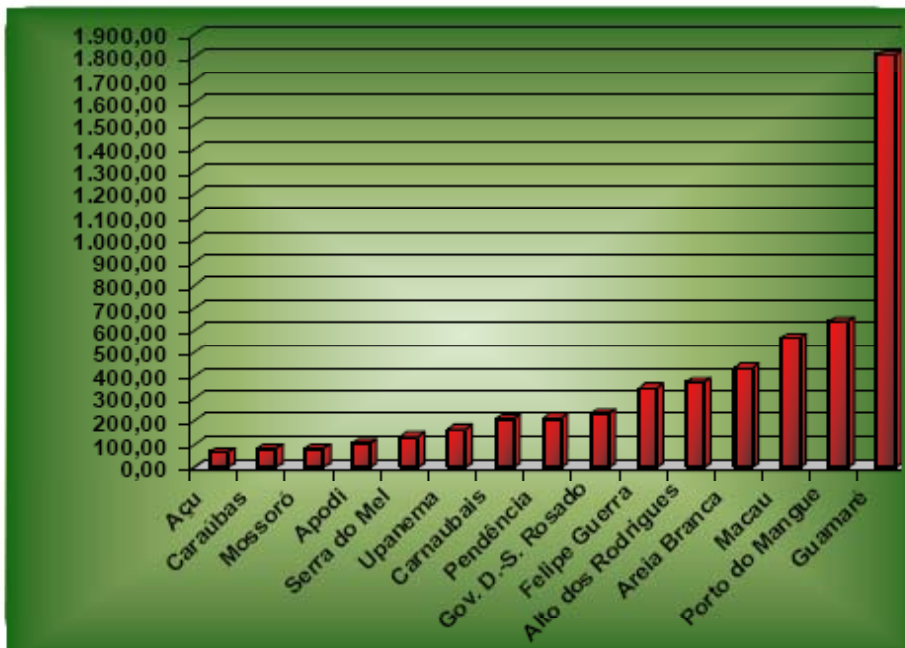
Os *royalties* decorrentes da produção de petróleo e de gás natural adquirem importância cada vez maior e ensejam um sobrefinanciamento dos gastos públicos efetuados pelos municípios. Com tamanho descontrole, não raras vezes, tem-se percebido que o aumento nos gastos não foi acompanhado de uma melhoria na qualidade de vida da população de alguns dos municípios produtores, nomeadamente os mais pobres. Ademais, comumente se observa que estes municípios procedem com desídia em relação à própria arrecadação, deixando de cobrar os tributos de sua competência. No Rio Grande do Norte, a produção petrolífera e gasífera se desenvolve em quinze municípios, entretanto, noventa e seis municípios são contemplados com *royalties*, em virtude dos critérios estabelecidos pela Lei do Petróleo.¹⁹¹

No que concerne aos *royalties*, avulta-se que o Município de Guamaré é o que recebe proporcionalmente maiores recursos, levando-se em consideração o tamanho da população. Para efeito de comparação, o valor dos *royalties per capita* pago a Guamaré é maior do que o do município de Porto do Mangue, o segundo mais beneficiado com esta participação governamental. Em 2005, Guamaré foi contemplado com R\$ 12.607.060,38 a título de *royalties*, o que corresponde a aproximadamente R\$ 1.800,00 por habitante. O gráfico a seguir traça um panorama geral dos valores distribuídos por município¹⁹² (Figura 2).

190 SILVA, Maria Janaína Alves da. ob. cit. p. 43.

191 SILVA, Maria Janaína Alves da. ob. cit. p. 44.

Figura 2 – Distribuição per capita de royalties no Rio Grande do Norte.



Fonte: UCAM; elaboração própria
Deflator: IGP-DI, ano base 2005

Malgrado as receitas altíssimas auferidas pelos municípios produtores, os casos de ineficiências e malversação destes recursos são abundantes. Os serviços públicos de saúde e de educação frequentemente estão submetidos a condições precárias. A mídia, inclusive, tem noticiado fatos alarmantes envolvendo a aplicação das rendas do petróleo e do gás natural em bens e serviços que não favorecem o desenvolvimento local e não representam qualquer melhoria na qualidade de vida da população interessada. “Vários municípios beneficiários de participações governamentais nos estados do Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte ‘investem’ em times de futebol, o que levou um ex-secretário de governo de Guamaré – RN a afirmar que ‘é tanto dinheiro que entra que os políticos têm que encontrar um jeito de gastar’”¹⁹³.

Utilizar os recursos disponíveis com sabedoria e racionalidade é, portanto,

193 SERRA, Rodrigo Valente. *Apud* SILVA, Maria Janaína Alves da. *ob. cit.* p. 54.

essencial. Para se ter ideia, o valor dos *royalties* superou em 2004 o valor dos investimentos. Neste ano, os *royalties* renderam dividendos que chegaram a R\$ 11 bilhões. Os investimentos realizados pelo Governo federal ficaram em R\$ 10,87 bilhões no período.¹⁹⁴

A questão principal que interessa aos especialistas na área é exatamente determinar onde aplicar os recursos do petróleo. Os dados relativos a estes, no entanto, são precários. Sabe-se, contudo, que os municípios beneficiados pelos *royalties*, apesar do volume extraordinário da receita auferida, ainda destinam uma parcela diminuta para os investimentos.

O investimento se apresenta como a maneira mais racional e adequada de se aplicar as participações governamentais oriundas do petróleo, haja vista que ao propiciarem condições favoráveis ao desenvolvimento sustentável no contexto local, confere-se às gerações vindouras a possibilidade de angariar outras fontes de recursos alternativas quando não mais existir esta receita extraordinária. Os municípios que aplicam os recursos em gastos supérfluos estão desperdiçando uma preciosa chance de alcançar o tão sonhado desenvolvimento.¹⁹⁵

A relação *royalties*/investimentos é outro fato estarrecedor. A esmagadora maioria dos municípios produtores se utiliza de apenas uma ínfima parcela desta participação governamental para realizar investimentos. Porto do Mangue, por exemplo, recebeu em 2005 R\$ 4.730.589,00 em receitas petrolíferas, dos quais apenas R\$ 784.311,00 foram destinados a investimentos. Os *royalties* pagos ao Município de Areia Branca alcançaram em 2004 o montante de 10.894.617,00 sendo investidos tão-somente R\$ 2.293.195,00 deste total. Os *royalties* correspondem a, respectivamente, 368% e 299% do valor dos investimentos realizados nos municípios referido retro. Mossoró foi o único município que realizou investimentos em nível superior ao das receitas auferidas com os *royalties*. Neste município, os *royalties* contribuíram em 76% no volume total de investimentos.¹⁹⁶

O gráfico a seguir mostra a relação *royalties*/ investimentos em alguns dos municípios produtores do Rio Grande do Norte (Figura 3) ¹⁹⁷:

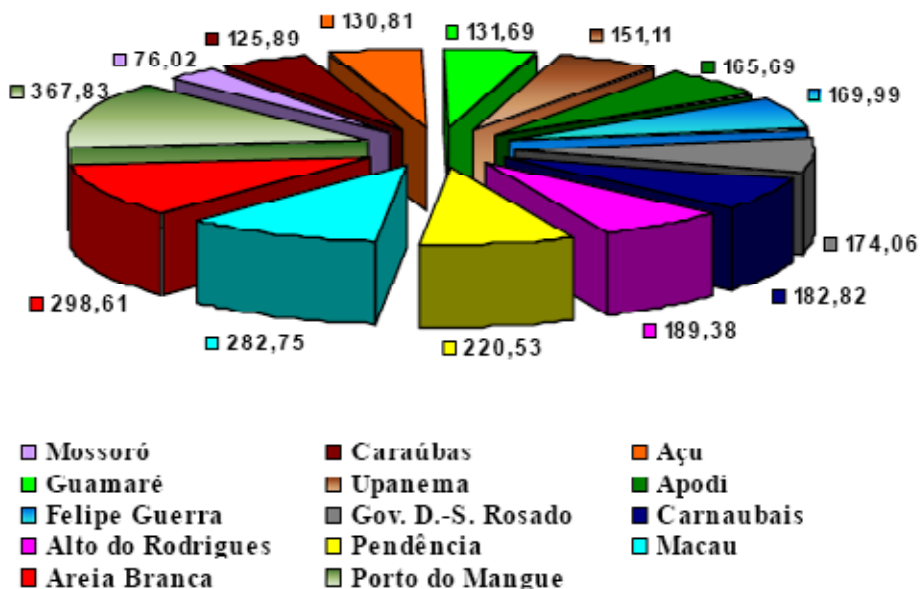
194 SERRA, Rodrigo Valente. Apud SILVA, Maria Janaina Alves da. ob. cit. p. 55.

195 SERRA, Rodrigo Valente. Apud SILVA, Maria Janaina Alves da. ob. cit. p. 59.

196 Idem.

197 Ibidem.

Figura 3 - Relação royalties/ investimentos no Estado do Rio Grande do Norte.



Fonte: UCAM; elaboração própria
 Deflator: IGP-DI, ano base 2005

4 CONSIDERAÇÕES SOBRE ROYALTIES, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E REDUÇÃO DE DESIGUALDADES

Historicamente, a preocupação com um desenvolvimento que respeite os limites impostos pela natureza surgiu em meados do século XX com o movimento ambientalista. Este se caracterizou por ser um movimento descentralizado que levou à criação de várias redes que transitam sem embaraços pelos mais diversos meios sociais. O movimento, no entanto, possui diversas tendências internas, dentre as quais se destacam: (i) a corrente que pugna pelo desenvolvimento sustentável; (ii) e ala mais radical, a chamada ecologia profunda, que rejeita o industrialismo desenfreado.¹⁹⁸

O movimento da ecologia profunda prega uma ruptura com o mercado, contudo, esta não parece ser uma posição aplicável, na medida em que as experiências locais

198 FERREIRA, G. A. Desenvolvimento Sustentável. In: Welber Barral. (Org.). Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2005, p. 74-75.

bem-sucedidas em que se baseiam seus partidários não se revelam suscetíveis de aplicação em larga escala. Nesse sentido, os movimentos que visam a conciliar o progresso econômico com preservação dos recursos naturais adquire crescente importância na formação de uma consciência ecológica mundial.¹⁹⁹

O principal objetivo do desenvolvimento é satisfazer às necessidades das gerações do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações em fazê-lo. É essencial, assim, melhorar os indicadores sociais e econômicos do indivíduo sem prejudicar sobremaneira o meio ambiente. Para a consecução deste ideal, mister se faz: (i) um sistema político que garanta a democracia representativa; (ii) um sistema econômico capaz de gerar excedentes e tecnologia numa razão constante; (iii) um sistema social apto a solucionar as tensões resultantes da pressão pelo crescimento desordenado e a qualquer custo; (iv) sistema produtivo que respeite os limites naturais.²⁰⁰

Feitas estas observações, é de se propor alterações no marco legal que regula a aplicação dos *royalties* resultantes da atividade petrolífera. A desvinculação trouxe consequências nefastas, dando ensejo a gastos supérfluos e sem compromisso com qualquer interesse desenvolvimentista. Para evitar tamanho descalabro com recursos públicos tão preciosos, impende definir em lei em quais áreas eles deveriam ser utilizados. Não basta se limitar a estabelecer vedações, é preciso ir além e determinar de antemão onde eles serão usados.

Bastante salutar seria também a criação de conselhos com a participação da sociedade civil. Estes colegiados teriam a participação de vários segmentos sociais e a função de fiscalizar a correta aplicação das receitas petrolíferas, propondo e deliberando acerca da sua utilização, seguindo os mandamentos legais e os conformando à realidade local. O controle social seria, certamente, medida de grande cunho democrático, além de evitar os abusos tão frequentemente observados.

199 FERREIRA, G. A. ob. cit. p. 76.

200 FERREIRA, G. A. ob. cit. p. 83.

5 CONCLUSÃO

A flexibilização do monopólio trouxe inegáveis resultados positivos para o Brasil. A produção de petróleo atingiu índices espantosos. Por via de consequência, os *royalties* e as demais participações pagas aos estados e municípios tiveram crescimento não menos admirável. Foram eles inundados por uma torrente extraordinária de recursos.

O legislador, entretanto, andou mal ao editar a Lei nº 9.478/1997, no que concerne à aplicação das receitas decorrentes do petróleo, e concedeu ampla liberdade aos gestores públicos em sua utilização. Melhor seria ter mantido neste particular o sistema antes existente que vinculava tais recursos à aplicação em certas áreas. Urge, pois, o retorno a este modelo vinculante.

Em respeito à democracia participativa, seria de bom alvitre estabelecer um sistema de controle social da aplicação dos *royalties*, criando-se um conselho que poderia ser composto de, por exemplo, membros oriundos da sociedade civil, tal qual ocorre com o Sistema Único de Saúde – SUS – e com o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB.

A organização de entes participativos específicos valorizaria sobremaneira o princípio constitucional da eliminação das desigualdade regionais e representaria a elevação do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, descrito nos artigos 225 c/c 170 da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Décio Hamilton (coord. geral). *Guia dos royalties do petróleo e do gás natural*. Rio de Janeiro: ANP, 2001.

COELHO, Aislan de Souza. As participações governamentais e o impacto dos royalties sobre a economia do Estado do Rio de Janeiro . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1318, 9 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9476>>. Acesso em: 06 de dezembro 2008.

FERREIRA, G. A. Desenvolvimento Sustentável. In: Welber Barral. (Org.). *Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

NASCIMENTO, Arthur Bernardo Maia do. *As Participações Governamentais na Indústria Petróleo e Gás Natural Brasileira*. 2007. 107 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

SEBRAE. *Utilização dos Royalties na Promoção do Desenvolvimento Local*. Disponível em: <[http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/A73F8B8B0CC8EFD20325706600438080/\\$File/NT000AAD9A.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/A73F8B8B0CC8EFD20325706600438080/$File/NT000AAD9A.pdf)> Acesso em: 07 de dezembro de 2008.

SILVA, Maria Janaína Alves da. *Os caminhos e descaminhos dos municípios produtores de petróleo: O papel dos royalties no desempenho das finanças públicas municipais no estado do Rio Grande do Norte*. 2007. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

CONTEÚDO LOCAL: REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS MEDIANTE A REGULAÇÃO DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E GÁS NATURAL

Cíntia Bezerra de Melo Pereira Nunes
Patrícia Borba Vilar Guimarães
Yanko Marcius de Alencar Xavier

1 INTRODUÇÃO

Entre os anos de 1953 e 1995, o Brasil viveu sob o regime de monopólio²⁰¹ das *atividades* afeitas à indústria do petróleo e gás natural (IPGN), diferentemente do que ocorria até então, quando o particular podia exercer o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, com a aquiescência do Poder Público²⁰², conforme

201 Não só havia o monopólio da atividade, como também o monopólio da propriedade dos bens resultantes.

202 Nesse estágio, a União detinha o monopólio das atividades, sem que isso implicasse o monopólio da propriedade do bem extraído a partir delas. Esse regime retornou ao ordenamento pátrio com a edição da Emenda Constitucional nº 09/1995, que “flexibilizou” o monopólio (ao menos, em relação aos termos em que havia o monopólio anterior, que era total, no que concerne à atividade e à propriedade dos bens). Dessa maneira, há a propriedade relativa dos bens explorados pelos concessionários, já que é regulada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), nos termos da ADI 3273 / DF, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. para Acórdão Min. Eros Gray, julgamento pelo Tribunal Pleno em 16.03.2005 – DJ de 02.03.2007.

expressa previsão dos Textos Constitucionais de 1824²⁰³, 1891²⁰⁴, 1934²⁰⁵ e 1937²⁰⁶. A Constituição de 1946²⁰⁷ previu expressamente a possibilidade de intervenção monopolizadora no domínio econômico, o que serviu como fundamento para a edição da Lei nº 2.004, de 3 e outubro de 1953, que instituiu o monopólio da União sobre as atividades de pesquisa e lavra de hidrocarbonetos, refino de petróleo e transporte de hidrocarbonetos e seus derivados, executado pela Petróleo Brasileira S/A – PETROBRÁS, criada pelo mesmo diploma normativo, conforme as orientações do Conselho Nacional do Petróleo, também responsável pela fiscalização do exercício de retroditas atribuições.

Mais tarde, a Constituição Federal de 1967/69²⁰⁸, orientada por forte teor nacionalista, reafirma o monopólio da União sobre a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional. A Constituição de 1988, em sua redação original, mantinha o mesmo regime monopolista, chegando a varrer do ordenamento jurídico os contratos de risco que vinham sendo estabelecidos entre a Petrobrás e empresas internacionais desde 1975, mantendo apenas os em vigor à data de sua promulgação. Tais acordos existiam porque a indústria nacional lidava com certas dificuldades em decorrência dos seus parcos investimentos nos setores de exploração e desenvolvimento (o chamado *Upstream*). Assim, entre 1975 e 1988, foram elaborados 243 contratos de risco, 156 deles com 32 empresas estrangeiras e os outros 87 com 11 empresas brasileiras. Buscava-se, desta maneira, compensar as necessidades da Petrobrás com a contratação de empresas de mais tecnologia e experiência para a execução de certas atividades.

203 Adotou-se, aí, o modelo regaliano ou feudal, na esteira das normas estipuladas pela Coroa Portuguesa antes da Independência: o monarca exploraria diretamente as riquezas do subsolo, ou concederia a atividade ao particular (proprietário do solo ou não), que teria a propriedade do que apurasse, estando o direito à exploração condicionado ao pagamento de uma regalia.

204 Consubstancia-se na Constituição dos Estados Unidos do Brasil o sistema de acessão ou fundiário, a exemplo do modelo liberal inserido na Carta Maior dos norte-americanos, verbis:

Artigo 72, §17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem ao proprietário do solo, salvo as limitações que forem estabelecidas a bem da exploração deste ramo da indústria.

205 Consagração do sistema domínial, em que se afirma a dicotomia entre a propriedade do solo e a do subsolo:

Artigo 119. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal na forma da lei. § 1º as autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.

206 Afirmam-se as mesmas disposições presentes na Carta Política anterior, apenas diferindo em seu viés nacionalista:

Artigo 143. [...] A autorização só poderá ser concedida a brasileiros ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada a preferência na exploração, ou participação nos lucros.

Artigo 153. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

207 Permanece o sistema de autorizações e concessões, permitindo a exploração por estrangeiros, por meio de empresas organizadas conforme a lei nacional. Artigo 146. União poderá, mediante Lei Especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

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

A Emenda Constitucional 09/1995 à Constituição de 1988 reformulou novamente o modelo jurídico relativo à exploração de hidrocarbonetos no Brasil, permitindo à União contratar com empresas estatais ou privadas, nacionais ou estrangeiras, para a realização das atividades atinentes à IPGN. A obra do constituinte derivado atendeu à onda desestatizante que rondou diversas áreas da economia brasileira, instrumentalizada também pelas emendas 05/1995²⁰⁹, 06/1995²¹⁰, 07/1995²¹¹ e 08/1995²¹².

Nesse novo sistema, disposto na a Lei do Petróleo (Lei Federal nº 9.478/97), a titularidade das atividades atinentes à IPGN continua sendo da União, com a manutenção do monopólio sobre estas, havendo a faculdade de exercício da atividade por empresas estatais ou privadas, nacionais ou estrangeiras, as quais explorarão os blocos concedidos sob sua própria conta e risco, tendo a propriedade sobre o hidrocarboneto produzido, nos termos do artigo 26 do referido diploma legislativo. Como visto, essas disposições contrastam com o monopólio anteriormente exercido, de forma exclusiva, pela Petrobrás.

Ora, o que se fez foi abrir o setor à iniciativa privada, e aos investidores estrangeiros (ainda que as empresas exercentes dessas atividades tenham de ser constituídas sobre as leis brasileiras), no entanto, não se nega aí o caráter estratégico e de suma importância ao interesse nacional da IPGN. A própria manutenção do monopólio da União sobre as atividades indica que, apesar de não ser mais o seu único executor direto o Estado brasileiro continua a ter participação no setor, de modo a garantir o pleno atendimento dos objetivos da política energética nacional, bem como dos demais desígnios insculpidos na Constituição Federal no que respeita aos objetivos da ordem econômica, aos objetivos da República Federativa do Brasil e, por óbvio, aos princípios e demais preceitos do ordenamento jurídico do País.

Para regular esse recém-aberto campo de atuação, a Lei do Petróleo instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que administra todos os direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural no País, regulando, contratando e fiscalizando as atividades econômicas afeitas à indústria do petróleo, gás natural e biocombustíveis. Dessa maneira, a autarquia tem, entre tantas outras, a atribuição de promover os certames licitatórios para a concessão dos direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural (art. 8º, IV), cujo disciplinamento também é previsto no referido diploma normativo, excluindo a incidência da Lei Geral de Licitações (Lei nº 9.666/93).

209 Reformulou o artigo 25 da Constituição, permitindo que a concessão dos serviços locais de gás canalizado, a ser realizada pelos Estados, se dê a empresa privada.

210 Excluiu a expressão “de capital nacional” dos artigos 170, IX e 176, § 1º, acrescentando “constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país” e revogou o artigo 171.

211 Modificou o artigo 178, permitindo a embarcações estrangeiras a navegação de cabotagem e a navegação no território brasileiro.

212 Modificou o artigo 21, XI, permitindo que a União explore diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de telecomunicações, que antes só poderia ser fornecida a empresas sob o controle acionário estatal.

As licitações promovidas pela ANP, organizadas em rodadas, contam com três critérios para julgamento das ofertas: bônus de assinatura²¹³, programa exploratório mínimo²¹⁴ e conteúdo local²¹⁵. De início, já notamos que a melhor proposta, a ser determinada em função e ao final do procedimento licitatório, não é necessariamente a que inclui maior valor para o bônus de assinatura, pois, como visto, este não é o único critério para julgamento das propostas.

Nas páginas que se seguem, faremos um estudo acerca da inserção da Cláusula do Conteúdo Local nos contratos de concessão de direitos para exploração e produção de jazidas de petróleo e gás natural como estratégia de promoção do desenvolvimento nacional mediante fortalecimento da indústria brasileira. Trata-se de mecanismo inserido no ordenamento por meio do poder normativo da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, como reguladora desse setor econômico.

2 REGULAÇÃO E O SETOR PETROLÍFERO

Na década de 1990, vivemos no Brasil, assim como em muitos outros países em desenvolvimento, um período de graves problemas de ordem econômica e institucional,²¹⁶ o que muitos autores chamam de crise de ingovernabilidade, vivida pelo Estado intervencionista²¹⁷. Mediante essa justificativa, adotaram-se projetos de desregulação e flexibilização da economia, visando à instituição de programas de privatização dos monopólios que existiam, até então, nas áreas estratégicas à manutenção da soberania nacional, entre elas, a IPGN.

Nesse sentido, por meio do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei 8.031/1990, houve um recuo do Estado brasileiro, que abandonou a função de produtor e executor de bens e serviços em vários setores, seja pela privatização de empresas estatais, seja mediante concessão aos particulares de serviços públicos²¹⁸. Assim, várias das atividades, anteriormente reservadas ao Estado provedor, passaram a ser abertas à iniciativa privada, não de modo definitivo e imediato, passando o Poder Público a regular e fiscalizar o fornecimento desses serviços essenciais à população²¹⁹, primordialmente porque, apesar de o exercício dessas atividades haver sido facultado

213 Quantia a ser paga em dinheiro pelo vencedor quando da assinatura do Contrato de Concessão, referente ao bloco.

214 De maneira abreviada, refere-se ao plano de atividades que serão executadas pelo concessionário.

215 Planejamento da proporção de gastos com sistemas, bens e serviços da indústria nacional que o concessionário utilizará nas suas atividades.

216 Barral, p. 167.

217 Faria, p. 139.

218 Mattos, p. 55.

219 Barral, p. 167.

a empresas privadas, sua titularidade permanece sendo do Estado, haja vista o seu caráter essencial à população²²⁰.

Isso ocasionou a recolocação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, atribuições que só poderiam ser realizadas a contento mediante a criação das agências reguladoras, autarquias em regime especial, dotadas de certo poder normativo²²¹, que ficariam responsáveis por certos setores da economia como órgãos técnicos e imparciais em relação aos interesses que permeiam quaisquer dessas atividades: os estatais (do poder concedente), os privados (dos concessionários) e os dos consumidores, controlando as falhas do mercado e organizando as relações econômicas aí existentes²²². É aí que reside a maior modificação da estrutura do Estado, que passou por grande alteração jurídico-institucional. Para dar suporte jurídico a esse processo, foram necessárias as já citadas emendas à Constituição, com fundamento das leis que reformularam a atuação do Estado no domínio econômico²²³.

A regulação é, pois, o meio jurídico que possibilita e garante ao Estado que as empresas privadas atuantes nos setores de interesse público realizem os objetivos públicos, respeitando os limites presentes no próprio ordenamento²²⁴. Isso acontece porque, mesmo que o mercado funcione em sua perfeição, nem por isso estará assegurada a persecução de fins de interesse comum²²⁵. Tendo em vista a privatização e a flexibilização de monopólios em áreas estratégicas para a sociedade, observamos com maior clareza que o Estado não pode entregar tais setores de forma completa às empresas privadas, sob pena de padecimento da sociedade, a qual poderia, até mesmo, não ter suas necessidades básicas atendidas de forma razoável, caso o fornecimento de serviços de qualidade entrasse em conflito com os interesses dos particulares prestadores comprometidos apenas com a lucratividade de suas atividades.

Assim, a regulação no setor econômico persegue princípios constitucionalmente insculpidos, como a livre iniciativa e a defesa do consumidor, por meio da manutenção da competição onde ela seja viável e minimizando os efeitos do monopólio,

220 Amaral, p. 8.

221 Para Amaral (p. 13), esse poder normativo é a atribuição que se dá às agências reguladoras para fazer cumprir os contratos de concessão, que é o fundamento de validade dessas mesmas normas, segundo Machado (p. 100). Portanto, as normas de regulação só chegam aos concessionários e permissionários, os quais livremente optaram por se ligar ao Estado, mantendo uma relação que é especial, sendo necessária a edição de normas além das leis existentes, pois seria inviável incumbir o Legislativo de tratar pormenorizadamente de tais relações, que são muitas, específicas e requerem conhecimento técnico. Nesse sentido, Souto, p. 31, diz que o contrato é um dos marcos regulatórios dessas atividades. Todas as normas que lhe são compatíveis a ele se incorporam, passando a ser obrigatórias para os concessionários; no entanto, para preservar a segurança jurídica, mister se faz afirmar que, caso seja editada nova norma legal, não pode o concessionário sofrer ônus sem que haja contrapartida do poder concedente, sob pena de o exercício da atividade se tornar desinteressante, desencorajando a continuidade dos particulares no setor. Assim, deve sempre ser mantido o equilíbrio econômico da realização da atividade.

222 Barral, pp. 168-170.

223 Mattos, pp. 55-56.

224 Barral, p. 190.

225 Justen Filho, p. 38.

onde necessário²²⁶. E mais: a regulação é de suma importância onde for detectada a necessidade de se modificar a estrutura de um mercado e a forma de atuação das empresas nele inseridas, para possibilitar a transição de um mercado monopolizado para um mercado concorrencial²²⁷.

Assim, busca-se conciliar a abertura do mercado, onde as empresas podem atuar com liberdade, com a necessidade de investimentos infraestruturais. Isso se torna estritamente necessário para o desenvolvimento do mercado em bases competitivas, sem olvidar do planejamento estatal estratégico para o setor²²⁸. Eis aí outra necessidade, haja vista os setores mais caros à sociedade, em que são óbvios os imperativos de interesse público, que não podem ficar reféns de estratégias mercadológicas de entes privados. Esses, de qualquer forma, têm no lucro o objetivo principal – bem diferente do Estado, que possui amplos e variados objetivos, compatíveis com os interesses da população (considerando, obviamente, apenas os interesses primários). Nesse sentido, a regulação do mercado não busca somente a livre concorrência e a defesa do consumidor. Há outros objetivos a serem perseguidos, como a manutenção do meio ambiente, o desenvolvimento nacional, a valorização do trabalho etc.

Assim, a ANP regula, contrata e fiscaliza as atividades econômicas integrantes da IPGN. Para isso, entre outros atos, edita portarias²²⁹ e celebra contratos²³⁰ de concessão de direitos de exploração e produção de hidrocarbonetos. Nesses instrumentos jurídicos, é possível identificar vários interesses que a autarquia preserva no setor petrolífero, especificados no art. 1º da Lei do Petróleo, como princípios e objetivos da Política Energética Nacional: a preservação do interesse nacional, a promoção do desenvolvimento, a ampliação do mercado de trabalho, a valorização dos recursos energéticos, a proteção dos interesses do consumidor e do meio ambiente, a promoção da livre concorrência etc. Não se busca, simplesmente, o aumento da exploração dos recursos fósseis, havendo que se respeitar os valores e interesses positivados.

3 DIREITO CONSTITUCIONAL AO DESENVOLVIMENTO

Antes de tecermos considerações sobre o direito ao desenvolvimento, constitucionalmente garantido, é necessário estudar o conceito de desenvolvimento, para compreender como ocorre sua inserção no ordenamento jurídico. Trata-se de um conceito

226 Souto, p 107.

227 Martins, p. 91.

228 Idem, p. 142.

229 Precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.

230 Precedidos de licitação, tais contratos têm sua execução fiscalizada pela ANP, conforme o artigo 8º, IV, da Lei do Petróleo.

que mudou ao longo da história, em que podemos perceber, em épocas diferentes, a sua vinculação ao poder político-militar, ao poder econômico ou ao crescimento econômico, noções que não cabem mais atualmente, por já restarem superadas²³¹.

Hoje em dia, crescem de importância as visões de desenvolvimento sob um viés mais humano e social, sendo os anteriormente estabelecidos agora compreendidos como muito restritos em relação ao que realmente consubstancia o desenvolvimento em sua acepção atual, o que só foi compreendido com a constatação prática de que o crescimento econômico não significa, necessariamente, a melhoria na qualidade de vida das populações²³².

As asserções que hoje se mostram mais interessantes para explicar o que é o desenvolvimento são as desenvolvidas por Douglass North e Amartya Sen. Para o primeiro, as instituições constituem um fator determinante para o desenvolvimento, compreendendo que elas são determinantes para a formação dos custos de transação e de produção do mercado e da sociedade. Assim, quanto mais eficientes, maior será o grau de desenvolvimento observado. Já Sen²³³ vê o desenvolvimento como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. As liberdades instrumentais (liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora) valorizam vários aspectos humanos, sociais e políticos, não somente os econômicos. Elas se inter-relacionam para formar a liberdade global do indivíduo, que se revela o fim do desenvolvimento. Assim, para que uma sociedade alcance pleno desenvolvimento, faz-se necessário fortalecer as liberdades instrumentais. Segundo o autor indiano, pois, a liberdade, em todos os seus aspectos é, pois, meio e fim da promoção do processo desenvolvimento.

O caminho para a concretização do desenvolvimento deve estar acompanhado de uma política econômica consistente, em que já haja a elaboração das decisões para sua implementação.²³⁴ Essa compreensão já encontra eco no ordenamento há algum tempo, quando se percebe que o apoio constitucional da busca do desenvolvimento não é novidade da Carta de 1988, pelo menos, não de maneira formal²³⁵. Desde a Constituição de 1969²³⁶ (ou de 1967, a partir de sua Emenda nº 1), temos a afirmação de direcionamentos da política econômica orientada à promoção do desenvolvimento, ainda que, no primeiro momento, a concepção de desenvolvimento encontrasse abrigo mais numa concepção economicista. Não poderia ser diferente, já que o desenvolvi-

231 Barral, p. 32.

232 Idem, p. 96.

233 Sen, pp. 52-56.

234 Nusdeo, p. 23.

235 Idem, PP. 18-19.

236 O artigo 8º, XIII, atribuiu à União a competência de estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento. Adiante, o artigo 157 afirmava, como um dos princípios da Ordem Econômica e Social, o desenvolvimento econômico.

mento, para ser alcançado, necessita de ciência, tecnologia (fundada na ciência) e um mecanismo de poder controlador do processo de desenvolvimento econômico²³⁷. Pelo fato mesmo de o processo de desenvolvimento só se realizar a partir da junção de um grande número de variáveis, adquirindo características globais, requer, pelo menos, planejamento estatal, por ser o Estado o único ente que pode integrar as variáveis sociais mediante a realização de suas funções primordiais²³⁸.

Podemos perceber que o conceito de Sen encontra guarida na nossa Constituição Federal, em cujo preâmbulo²³⁹ afirma-se que o Estado democrático instituído destina-se a assegurar o desenvolvimento, bem como uma gama de liberdades instrumentais. No artigo 1º²⁴⁰, mais instrumentos para a consecução do desenvolvimento são resguardados, como fundamentos da República. O artigo 3º²⁴¹, que anuncia os objetivos da República, também consagra tais valores, bem como os artigos 5º²⁴², 6º²⁴³, 14²⁴⁴, 17²⁴⁵, 170²⁴⁶, 194²⁴⁷, 196²⁴⁸, 205²⁴⁹, 225²⁵⁰.

Assim, as normas infraconstitucionais não podem deixar de preservar tais valores, essenciais ao desenvolvimento, que irradiam sobre todo o ordenamento. É o que ocorre, precisamente, na Lei do Petróleo, que, como já se adiantou, traz os princípios

237 Vilanova, p. 476.

238 Idem, p. 469.

239 O Estado deve assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade, a justiça, a fraternidade, a pluralidade, a ausência de preconceitos, a harmonia social e a solução pacífica de controvérsias.

240 São fundamentos da República Federativa do Brasil a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e a soberania popular.

241 São objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos, sem discriminação.

242 Os direitos fundamentais afirmados em seus incisos são desdobramentos da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

243 São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

244 A soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

245 A criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos deve respeitar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais.

246 A ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, visando a assegurar a todos uma existência digna, observando os princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, favorecimento das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no país.

247 A seguridade social se destina a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

248 A promoção, a proteção e a recuperação da saúde é direito de todos e dever do Estado.

249 A educação é direito de todos, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

250 Cabe ao Poder Público e à coletividade a defesa e a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

e os objetivos da Política Energética Nacional²⁵¹. Conforme o que já foi disposto, esse setor econômico é monopolizado pelo Estado, apesar de aberto à iniciativa privada. Como resultado, há a regulação do mercado, que deve considerar todos os preceitos legais e constitucionais constatados, não somente aqueles que simplesmente busquem a maior exploração de petróleo ou o maior lucro para as empresas concessionárias: a realização de outros fins, que não os meramente econômico, deve ser levada em conta pela regulação²⁵². Assim, essas políticas e diretrizes²⁵³ firmadas para o setor da indústria petrolífera devem ser implementados pela ANP, agência que o regula, por meio de suas atribuições legalmente conferidas, mediante os regulamentos que expede, bem como por meio de cláusulas inseridas nos contratos de concessão, como, por exemplo, a cláusula de conteúdo local.

4 A CLÁUSULA DE CONTEÚDO LOCAL

A cláusula de Conteúdo Local, presente nos contratos de concessão dos direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, firmados entre a ANP e os concessionários vencedores das licitações, estabelece que os concessionários, durante as fases de exploração e desenvolvimento da produção, deverão contratar preferencialmente com empresas brasileiras para a aquisição de bens e serviços, em percentuais mínimos estabelecidos em consonância com os valores ofertados pelos concessionários ainda durante a licitação, valores esses que constituem, também, um dos critérios de julgamento das propostas.

Essa disposição tem o propósito de aumentar a participação da indústria nacional de bens e serviços nas atividades atinentes ao setor petrolífero, no entanto, para evitar a imposição de dificuldades aos concessionários, que poderiam advir de condições negativas dos produtos e serviços oferecidos pela indústria brasileira, é possível que as metas consagradas no contrato possam ser justificadamente descumpridas, somente no caso de os fornecedores brasileiros não operarem com as condições de preço, prazo e qualidade alcançadas pelas empresas internacionais. Assim, não dá uma proteção

251 Artigo 1º. As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: I - preservar o interesse nacional; II - promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos; III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; IV - proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia; V - garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do artigo 177 da Constituição Federal; VI - incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural; VII - identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País; VIII - utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis; IX - promover a livre concorrência; X - atrair investimentos na produção de energia; XI - ampliar a competitividade do País no mercado internacional. XII - incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional.

252 Justen Filho, p. 38.

253 Barral, p. 178.

exagerada aos empresários brasileiros, que deverão desenvolver suas atividades em bases competitivas e em consonância com o que se apresenta no mercado internacional.

A ANP aplica o conceito de conteúdo local desde a sua Primeira Rodada de Licitações de Blocos para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, ocorrida em 1999, por meio dos critérios de julgamento das ofertas chamados de Compromisso de Aquisição Local de Bens e Serviços na Fase de Exploração²⁵⁴ e Compromisso de Aquisição Local de Bens e Serviços na Fase de Desenvolvimento²⁵⁵. O outro critério existente era o Bônus de Assinatura²⁵⁶, inexistindo qualquer menção, para fins de julgamento das ofertas, do Programa Exploratório Mínimo, que era definido somente no contrato.

Podemos ver que o conteúdo local como critério de julgamento das propostas teve um começo sutil, mas, de qualquer forma, tinha a sua importância. Naquela ocasião, os concorrentes puderam ofertar livremente valores de bens e serviços a serem adquiridos de empresas brasileiras para a realização das atividades de exploração e desenvolvimento da produção, com certas limitações²⁵⁷. Tal se mostra uma preocupação em evitar a atribuição arbitrária de valores para conteúdo local pelos participantes da licitação, tentados a oferecer uma quantidade irreal, visando à boa pontuação que conseguiriam com isso, para arrematar os blocos desejados. Além disso, já havia a precisão contratual das multas que o concessionário deveria pagar à ANP caso não cumprisse com os objetivos de aquisição de bens e serviços locais²⁵⁸.

Na Segunda Rodada, permaneceram as mesmas disposições básicas, apenas havendo algumas inovações sobre a contagem de percentuais de conteúdo local para algumas atividades, subsistindo a penalidade a ser imposta pelo descumprimento da cláusula de conteúdo local²⁵⁹.

Na Terceira Rodada, continua o mesmo regime, surgindo a agora consagrada expressão “Conteúdo Local”. Há a inserção de interessante mandamento, presente no item 20.1.d, no qual se proíbe que o concessionário exija do fornecedor brasileiro competências técnicas ou certificações além das estritamente necessárias à produção do bem ou prestação do serviço que é objeto de fornecimento. Busca-se, assim, impedir que o

254 Cujo peso na pontuação total era de 3%.

255 Responsável por ter peso de 12% sobre a nota do licitante.

256 Com peso de 85%.

257 Os percentuais acima de 50% atribuídos pelas empresas como compromisso com aquisição local de bens e serviços na fase de exploração eram considerados tão-somente como se houvesse sido atribuído o valor de 50%; já na fase de desenvolvimento, os valores acima de 70% eram considerados como 70%.

258 As disposições contratuais acerca do Conteúdo Local se situam na Cláusula 18.2. dos Contratos de Concessão referentes à Primeira Rodada de Licitações. Sob determinação do item 18.2.3, se o concessionário não chegasse a adquirir o percentual especificado para bens e serviços locais, deveria pagar à ANP, a título de dano (apesar da impropriedade técnica, é esse o termo utilizado), um montante igual a duas vezes o valor das compras que teriam sido necessárias para que fosse atingida a percentagem esperada.

259 Previsão estipulada no item 20.7.1 do Contrato de Concessão da Segunda Rodada de Licitações.

concessionário burle a regra de aquisição de bens e serviços locais, criando especificações desnecessárias e inalcançáveis, pretendendo desqualificar os fornecedores nacionais, o que seria justificativa, em tese, para a não-contratação do mesmo. Ademais, outra inovação foi inserida no item 20.1.7, ao tratar da penalidade por descumprimento do percentual apontado no contrato. Revela-se uma preocupação com a aplicação proporcional das multas contratuais, havendo, então, o estabelecimento de cálculos com percentuais diferenciados segundo o grau de descumprimento da cláusula de conteúdo local que foi descumprido. Essas disposições foram adotadas pelo Contrato de Concessão relativo à Quarta Rodada.

Na Quinta e Sexta Rodadas, o Conteúdo Local ofertado para a fase de exploração passou a ter peso 15 para a obtenção da nota final, e, para a etapa de desenvolvimento, peso 25. O Programa Exploratório Mínimo passou a integrar os itens das ofertas, com peso 30. Ao Bônus de Assinatura também coube peso 30 na atribuição da nota final. As modificações mais interessantes são as relativas às multas pelo descumprimento do percentual de conteúdo local a ser adquirido, diminuindo-as. Além disso, o Conteúdo Local a ser adquirido dependia da qualificação operacional do concessionário necessária para a arrematação de blocos²⁶⁰. Assim, aqueles a serem operados por concessionários de menor qualificação técnica exigiriam, logicamente, bens e serviços com qualificação não tão alta quanto aos necessários às atividades dos demais blocos. Assim, haveria a possibilidade de maior atendimento da demanda desses bens e serviços pela indústria nacional.

Na Sétima Rodada de Licitações, a Cláusula de Conteúdo Local passou por mudanças substanciais, havendo limitação das ofertas de conteúdo local a faixas percentuais maiores, situadas entre valores mínimos e máximos²⁶¹. O peso do percentual de conteúdo local ofertado pelo licitante passou a ser de 20%²⁶². Houve, por meio do Contrato de Concessão, nova previsão acerca da incidência de multa sobre o descumprimento parcial da cláusula, sujeitando os concessionários a penas em percentuais mais altos tanto quanto maior for o percentual de conteúdo local não adquirido.

Foi também nessa Rodada que surgiu a Cartilha de Conteúdo Local²⁶³. A Cartilha traz os critérios para a aferição do conteúdo local dos bens e serviços adquiridos pelos

260 Assim, para os blocos operados por concessionários A, exigia-se o mínimo de 30% de conteúdo local nas fases de exploração e produção. Para os blocos que pudessem ser operados por concessionários do tipo B, a exigência passava a ser de um mínimo de 50% de conteúdo local para a fase de exploração, e conteúdo local mínimo de 60% na produção. Por fim, os blocos operados por concessionários do tipo C deviam alcançar conteúdo local mínimo de 70%, em ambas as fases.

261 Na fase de exploração, os valores são, respectivamente, 70% e 80% para exploração em terra; 51% e 60% em águas rasas (profundidade entre 100 e 400 metros); 37% e 55% em águas profundas. Já na fase de desenvolvimento, os valores são de, respectivamente, 77% e 85% em terra; 63% e 70% em águas rasas com profundidade de até 1.000 metros; 55% e 65% em águas profundas e em águas rasas entre 100 e 400 metros.

262 Sendo 5% referentes ao conteúdo local da fase de exploração, e os 15% restantes relacionados à fase de desenvolvimento.

263 Concebida pelo Prominp (Programa de Mobilização da Indústria Nacional de Petróleo e Gás Natural) e instituída através da Resolução 36/2007 da ANP.

concessionários. As atividades materiais necessárias para possibilitar a fiscalização da ANP ficaram a cargo de empresas certificadoras, previamente credenciadas junto à autarquia²⁶⁴, estando elas próprias sujeitas à fiscalização da Agência por meio de auditorias²⁶⁵. Por fim, a fiscalização dos concessionários se realizaria por meio do envio de relatórios trimestrais contendo todas as certificações realizadas no período, feitos pelas empresas certificadoras à ANP²⁶⁶. Todas essas normas conformam o Sistema de Certificação do Conteúdo Local, com aplicabilidade sobre as Rodadas ocorridas a partir da Sétima. Como se depreende da leitura das quatro resoluções citadas, trata-se de um sistema cuidadosamente planejado para que a ANP possa fazer cumprir a cláusula contratual concernente ao conteúdo local. Anteriormente, não havia um método ou uma previsão do *modus operandi* dessa verificação, o que acabou por tornar vários concessionários impunes ante o descumprimento contratual.

Houve mais outra inovação, no que concerne à licitação de blocos com áreas inativas de acumulações marginais, por meio do Edital B da Sétima Rodada, em que houve somente a estipulação do Conteúdo Local Mínimo de 70%, para as fases de exploração e produção, com as mesmas previsões acerca de multas contratuais previstas no Edital A.

Em 2006, portanto, um ano depois, a ANP licitou outros blocos em áreas inativas e em acumulações marginais, mas dessa vez de forma independente, ou seja, sem estar inserida em uma Rodada. Denominou-se a Segunda Rodada de Licitações de Áreas Inativas com Acumulações Marginais, em que o Conteúdo Local Mínimo também era de 70% para as fases de exploração e produção, trazendo as mesmas disposições acerca de multas por descumprimento dos percentuais assumidos.

Na Oitava e Nona Rodadas, as estipulações foram basicamente as mesmas das referidas na Sétima Rodada (leia-se, para o Edital A, no que concerne aos percentuais mínimo e máximo).

Na Décima Rodada, o peso da oferta sobre percentual de conteúdo local é o mesmo do apresentado nas duas Rodadas anteriores. Os percentuais mínimo e máximo para os blocos são de 70% e 80%, respectivamente, para a fase de exploração. Já na fase de desenvolvimento, são de 77% e 85%. Lembramos que, nessa Rodada, apenas estão sendo licitados blocos em terra, que compreendem novas fronteiras exploratórias e bacias maduras. No que concerne às multas por descumprimento da cláusula, a previsão é similar ao que se propôs nas duas Rodadas anteriores.

Podemos perceber que os percentuais de conteúdo local, mínimo e máximo (quando há previsão desse último), obedece a uma lógica que considera a situação do mercado brasileiro. No que concerne aos blocos de acumulações marginais e áreas inativas,

264 Nos termos da Resolução 37/2007.

265 Conforme determinações constantes na Resolução 38/2007.

266 Seguindo os moldes do estabelecido na Resolução 39/2007.

esses números tendem a subir. Isso decorre do fato de que, nessas áreas, as atividades realizadas requerem tecnologia não tão cara ou inovadora quanto nos blocos situados em águas profundas, em que é sensivelmente percebida a necessidade de aplicação de materiais mais recentes, bem como da qualificação mais específica dos profissionais que com eles lidam. Assim, vê-se que o mercado nacional terá mais condições de atender à demanda advinda das atividades efetuadas em blocos maduros – o que não quer dizer, claro, a ausência total de inovações tecnológicas, visto que a IPGN lida com atividades que sempre importarão em risco e manejo de maquinaria de grande valor. Assim, a Décima Rodada, bem como as duas Rodadas anteriormente realizadas para blocos maduros e áreas de acumulações marginais, geram maior aproveitamento dos recursos da indústria nacional, o que contribui sobremaneira para o desenvolvimento, pois os investimentos do setor passam a ser mais aproveitados pelo mercado interno. Não podemos deixar de mencionar que, caso haja efetivo cumprimento da cláusula de conteúdo local pelos concessionários, a indústria nacional terá grande impulso ao avanço tecnológico, capacitação de recursos humanos, bem como multiplicação dos empregos e rendas já gerados nessa indústria gigante.

5 CONCLUSÃO

Constitui o Conteúdo Local uma forma de atrair investimentos privados, nacionais e estrangeiros de forma ordenada, que²⁶⁷ contribuem realmente para o processo de desenvolvimento. Assim, vê-se que a regulação dos investimentos mediante a regulação do mercado impulsiona e promove os objetivos perseguidos pelo Estado, da maneira que suas políticas determinarem.

A previsão para aquisição de bens e serviços da indústria nacional não pode ignorar os limites tecnológicos e quantitativos de atendimento da demanda observados pela indústria nacional. Assim, faz-se salutar a ocorrência de licitações de blocos situados em áreas de acumulações marginais ou áreas maduras, que podem ser mais bem atendidos pelos fornecedores brasileiros. Obviamente, não podemos estagnar aí. Os desafios existentes na exploração e produção de petróleo e gás natural *offshore* e mesmo na camada pré-sal são de grande importância, pois alavancam as inovações tecnológicas e o emprego de mão-de-obra especializada. Por isso, devem ser sempre acompanhados os avanços da indústria nacional, de forma a possibilitar a absorção de suas capacidades produtoras. Por fim, chegará um ponto em que o empresário escolherá pelos bens e serviços nacionais, não porque tem que cumprir com a cláusula do conteúdo local, mas porque se tornarão produtos já conhecidos, em consonância com as especificações apresentadas pelos demais fornecedores do mercado internacional.

267 BARRAL, p. 259.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antonio Carlos Cintra. As agências reguladoras de serviço público no Brasil. In: *Regulação Brasil. ABAR, nº 1, v. 1., 2005.*
- BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento.* São Paulo: Singular, 2005.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada.* São Paulo: Malheiros, 2000.
- FILHO, Calixto Salomão. *Regulação e Desenvolvimento.* In: FILHO, Calixto Salomão (coord). *Regulação e Desenvolvimento.* São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes.* São Paulo: Dialética, 2002.
- MACHADO, Hugo de Brito. O princípio da legalidade e a regulação dos serviços públicos concedidos. In: *Regulação Brasil. ABAR, nº 1, v. 1., 2005.*
- MARTINS, Daniela Couto. *A Regulação da Indústria do Petróleo: segundo o modelo constitucional brasileiro.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.
- MATTOS, Paulo Todescan de Lessa. Regulação Econômica e Democracia. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Regulação, Direito e Democracia.* São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.
- NORTH, Douglass. *Instituciones, ideologia y desempeño económico.* México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- NUSDEO, Fábio. *Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas.* In: FILHO, Calixto Salomão (coord). *Regulação e Desenvolvimento.* São Paulo: Malheiros, 2002.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade.* São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOUTO, Marcos Jururena Villela. *Direito Administrativo Regulatório.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

LIMITES CONSTITUCIONAIS À UTILIZAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS NO SETOR ENERGÉTICO

Otacílio dos Santos Silveira Neto

1 INTRODUÇÃO

Poucos países vêm despertando tanto a atenção da comunidade econômica internacional como o Brasil. Intitulado por ela como um dos integrantes do BRIC – letra inicial do nome dos países considerados aptos a ter uma economia bastante forte nos próximos anos e de grande influência na economia mundial: Brasil, Rússia, Índia e China – a economia brasileira vem de fato, nos últimos cinco anos, afastando de vez o estigma de país impossibilitado de crescer sustentadamente e dando claros sinais de que vai se integrar economicamente a este bloco que, encabeçado pelo forte crescimento chinês, desloca o eixo da economia internacional, até então fincado nos países do chamado G7²⁶⁸. A estabilidade política e econômica, associada a uma vasta riqueza dos recursos naturais, é a pedra de toque desse processo de inserção da economia brasileira no eixo dos países considerados seletos no quesito crescimento econômico acelerado para um futuro próximo. Os sinais desse processo, inclusive, começam já a despontar de forma latente. Em razão do forte aumento da demanda interna, puxada pelo aumento da base de consumo, o País já amarga a possibilidade de haver um estrangulamento no fornecimento de energia para a manutenção e expansão do seu parque industrial, que só no ano passado cresceu 5,2%.

O Governo Federal, como órgão centralizador do processo de planejamento energético brasileiro, demonstra grande preocupação com a possibilidade de faltar

268 Estados Unidos, Japão, Alemanha, Grã-Bretanha, França, Itália e Canadá.

energia para o crescimento econômico do País nos próximos anos e, apressadamente, toma medidas para impulsionar o seu fornecimento, sobretudo a energia elétrica oriunda dos vastos potenciais hidráulicos existentes no País, diga-se, desde já, um dos maiores do mundo.

A questão, a princípio, poderia ser resolvida com a simples licitação do imenso potencial hidrelétrico ainda ocioso existente no País para a construção, por parte do setor privado, de usinas hidrelétricas de grande, médio e até de pequeno porte, exatamente nos moldes como está ocorrendo com as usinas hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau, no rio Madeira, já na fronteira do Brasil com a Bolívia.

Dados da EPE – Empresa de Pesquisa Energética demonstram que no ano de 2008 apenas 50% do potencial dessa energia é utilizada pelo País, e até fim do processo de planejamento energético brasileiro, previsto para o ano de 2030, esse percentual se elevará no máximo para 60%, o que demonstra ainda grande capacidade de utilização desse potencial hídrico no Brasil (EPE, 2007).

Em razão da forte demanda interna da economia brasileira, de um lado, e do forte interesse dos investidores privados, do outro, não haveria, a princípio, realmente, obstáculos à resolução da questão nesses moldes, pois se resolveria por simples licitação pública desse potencial. É notório, não apenas, o grande interesse, mas principalmente a forte liquidez do setor privado para esse tipo de investimento.

Ocorre que essa problemática não se resolve de forma tão simples, assim dados os parâmetros constitucionais para a utilização dos recursos hídricos como insumo na geração de energia²⁶⁹. Aliado a isso, e ainda em decorrência de dispositivos constitucionais que balizam a atuação do Estado no domínio econômico brasileiro, o País assinou vários tratados no exterior, comprometendo-se a adequar a utilização dos recursos hídricos nacionais aos padrões internacionais.²⁷⁰ É que com o rápido crescimento da população mundial a partir da década de 1950 e do processo de urbanização das cidades que passam a receber cada dia mais um fluxo de pessoas vidas do campo, a comunidade internacional vem estabelecendo tratados entre as nações com o escopo de que os países estabeleçam instrumentos de controle estatal sobre a gestão dos recursos hídricos em seus domínios.

A situação, embora contornável com razoável gestão pública, merece atenção, pois a participação da energia hidráulica na matriz energética do Brasil é da ordem de 42%, gerando cerca de 90% de toda a eletricidade produzida no País (ANEEL, 2002)²⁷¹ É

269 Diga-se energia com um todo porque a água não é usada apenas como insumo produtivo no setor de hidroeletricidade, ela é também um dos principais insumos para a produção de petróleo, sobretudo em terra

270 A exemplo dos tratados de Dublin (1992), de Estocolmo(1972) e de Mar del Planta (1977)

271 Concluindo esse comentário o atlas informativo da geração de energia hidrelétrica no Brasil remata: “Apesar da tendência de aumento de outras fontes, devido a restrições socioeconômicas e ambientais de projetos hidrelétricos e os avanços tecnológicos no aproveitamento de fontes não-convencionais, tudo indica que a energia hidráulica continuará sendo, por muitos anos, a principal fonte geradora de energia elétrica do Brasil. Embora os maiores potenciais remanescentes estejam localizados em regiões com fortes restrições

necessário, pois, que o Brasil estabeleça limites à utilização dos recursos hídricos de que dispõe. Essas balizas (limites) constitucionais e suas consequências serão objeto de análise na seção imediatamente seguinte.

2 A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA NA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS HÍDRICOS NO SETOR ENERGÉTICO BRASILEIRO

A Constituição Federal brasileira de 1988 inovou no trato dos recursos hídricos do País. Até seu advento, a propriedade da água podia ser tanto pública como privada. Diferente de boa parte dos países onde a propriedade da água é totalmente pública – especialmente naqueles onde há forte escassez de água, como na Espanha, Israel e Portugal – o antigo Código de Águas brasileiro, elaborado sob a influência da Constituição liberal republicana de 1890, ainda da década 1930, dispunha acerca da possibilidade da propriedade privada da água no Brasil.

Em razão do forte crescimento da população mundial, do uso intensivo da água como insumo produtivo na indústria – principalmente na geração hidrelétrica – bem como na agricultura irrigada, a Constituição Federal atual, rompendo com esse antigo paradigma, dispôs que as águas continentais brasileiras só podiam ser públicas e separou essa propriedade entre a União Federal e os estados brasileiros, de forma que os municípios não foram contemplados com a propriedade da água no Brasil.

Deve-se fazer, no entanto, uma observação nesse ponto. Existe uma diferença entre a propriedade da água no País – compartilhada entre a União Federal e os Estados – e o potencial de geração hidráulica que essas águas possam, por acaso ter. Nesse sentido, o artigo 20 da Constituição Federal brasileira é claro ao expor que os potenciais de energia hidráulica são de propriedade da União Federal. Por outro lado, a Lei Federal nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, dispõe que cabe à ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, outorgar a concessão para aproveitamento desses potenciais hidráulicos.²⁷² A diferenciação entre esses dois institutos certamente repousa na necessidade de um controle centralizado na produção de energia hidrelétrica na economia brasileira, evitando assim gastos desnecessários com a articulação dos vários produtores desse tipo de energia no País e suas respectivas outorgas.

ambientais e distantes dos principais centros consumidores, estima-se que, nos próximos anos, pelo menos 50% da necessidade de expansão da capacidade de geração seja de origem hidráulica.” (ANEEL, 2002)

272 Art. 3º. Além das incumbências prescritas nos artigos 29 e 30 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, aplicáveis aos serviços de energia elétrica, compete especialmente à ANEEL: (...) I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995; II - promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica e para a outorga de concessão para aproveitamento de potenciais hidráulicos; (ANEEL, 2002)

É importante deixar registrado o fato de que essa diferenciação se refere apenas aos potenciais de energia hidráulica, de tal forma que o uso dos recursos hídricos para outras atividades obedece ao regime de outorga, repartido na exata dimensão da competência que os Estados e a União Federal têm sobre os recursos hídricos brasileiros. Para efeito de exemplo, cite-se o caso da atividade de extração de petróleo que demanda forte utilização de água como insumo produtivo. Nesse caso, a competência para a outorga do uso desse insumo é repartido entre a União Federal e os estados, a depender de onde se localize a extração do óleo.²⁷³

3 AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DE NATUREZA AMBIENTAL

Quando se fala em limites constitucionais à utilização de recursos hídricos no setor energético brasileiro, as primeiras ideias que se vêm à mente são as limitações constitucionais de cunho ambiental. Isso porque, sendo o Brasil um dos principais produtores mundiais de energia elétrica oriunda de hidrelétricas, é natural que, com as perspectivas de crescimento econômico, haja ainda forte demanda por geração desse tipo de energia no País; no entanto não se pode esquecer dos fortes impactos ambientais que a construção de hidrelétricas trazem para o País, pois, para a geração dessa forma de energia, há necessidade de grande represamento de água, muitas vezes ocupando vastos ecossistemas em áreas altamente sensíveis, como é o caso atual da construção das Usinas Hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau no Rio Madeira, junto da fronteira brasileira com a Bolívia e no coração da selva Amazônica.²⁷⁴

Um exemplo muito citado pela doutrina é o caso da construção da usina hidrelétrica de Tucuruí. Essa usina está localizada na bacia hidrográfica do rio Tocantins, numa região de floresta tropical úmida. A falta de uma avaliação de impacto ambiental mais profunda ensejou graves problemas enfrentados pela região até os dias atuais. Entre esses impactos tem-se: isolamento da população ribeirinha, após o enchimento da barragem; ocupação irregular e desordenada; conflito pelo uso da água; proliferação intensa de mosquitos; intensificação da atividade madeireira predatória; destruição das relações sociais das comunidades indígenas na região, dentre outras (ANEEL, 2002)²⁷⁵.

273 Para efeito de exemplo, se a extração for em mar a competência para a outorga será da União Federal e se for em terra, em áreas dos estados, será deste a competência, caso contrário será da União Federal

274 Nesse sentido, o atlas de energia elétrica no Brasil produzido pela ANEEL dispõe: "Historicamente, o aproveitamento de potenciais hidráulicos para a geração de energia elétrica exigiu a formação de grandes reservatórios e, conseqüentemente, a inundação de grandes áreas. Na maioria dos casos, tratava-se de áreas produtivas e (ou) de grande diversidade biológica, exigindo a realocação de grandes contingentes de pessoas e animais silvestres. Com a intensificação dos fluxos migratórios, provocada inicialmente pela atração de pessoas à construção do empreendimento e, posteriormente, pelo encerramento dessas atividades e realocação dos atingidos pelo reservatório, verificou-se o agravamento de doenças sexualmente transmissíveis, aumento do número de acidentes, violência etc." (ANEEL, 2002. p. 45).

275 Segundo dados da PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, calcula-se que entre 30 a 60 milhões de

Em termos constitucionais, essas limitações estão positivadas com a interpretação conjugada dos artigos 170, parágrafos 4º e 5º, e 225, parágrafo 4º.²⁷⁶ Esses dispositivos balizam a relação entre a necessidade de crescimento econômico dentro de uma economia de livre mercado e a utilização racional do meio ambiente. É o que Nusdeo (2006) chama de uma “dicotomia inescapável”, pois, se por uma lado tem-se necessidades ilimitadas de crescimento econômico, de outra parte, há também recursos limitados ou finitos, já que os recursos hídricos como parcela importante do meio ambiente são recursos especialmente finitos.²⁷⁷ Em outros termos, a Constituição Federal, em sua ordem econômica, reconhece a necessidade imperiosa de crescimento econômico – aliás, mais especificamente, de desenvolvimento nacional²⁷⁸ – mas ao mesmo tempo o condiciona a um crescimento equilibrado, com o uso racional do meio ambiente e não de forma predatória. Em razão do interesse público envolvido nesse processo, essa gestão deve ser feita pelo Estado com a participação de toda a sociedade. Esse processo na verdade corporifica-se por meio da utilização de dois instrumentos de controle ambiental: 1) o Estudo de Impacto Ambiental; e 2) o licenciamento ambiental.

Esses instrumentos funcionam baseados no seguinte raciocínio: o Estado e a sociedade reconhecem a necessidade não apenas de permitir, mas também de fomentar o crescimento, econômico, instrumento indispensável ao pleno desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Esse crescimento, em boa parte dos casos, dá-se com a inevitável utilização maciça de recursos ambientais – como aliás é exatamente o caso da geração hidrelétrica, que demanda grande quantidade de recursos hídricos. Por outro lado, faz-se necessário o controle estatal dessa utilização sob pena tanto da utilização ineficiente desses recursos como principalmente de seu desaparecimento em virtude do uso predatório por parte do empreendedor. Para isso o Estado, digamos, selecionando aquelas atividades ditas mais nocivas ao meio ambiente, exige, previamente ao início da atividade, um estudo de impacto no meio ambiente para que se possa então, a partir daí, com base nos dados oriundos desse estudo, aquilatar a pertinência econômica ou não daquela

peças foram deslocadas diretamente pela construção de represas em todo o planeta (TUNDISI, 2005).

276 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

277 Literalmente dispõe o autor sobre essa passagem: “Por mais que a produção universal de bens e serviços tenha se multiplicado enormemente desde , pelo menos, a revolução industrial, inclusive por pressão do crescimento demográfico, ele não é e não se pode imaginar que venha a ser um dia suficiente para o atendimento de todas as necessidades humanas e sociais”. (NUSDEO, 2006.).

278 Deve-se considerar, como bem lembra Rossetti (1981), que o crescimento econômico – o Brasil hoje vive um bom desenvolvimento econômico – é apenas parte integrante do desenvolvimento. É ele, na verdade, uma das condições para o desenvolvimento.

atividade. Entendendo-se pertinente, concede-se a licença ambiental²⁷⁹ para que o investidor possa utilizar os recursos ambientais, no caso específico deste trabalho, o potencial hidráulico.

Esse entendimento tem aplicação total na geração hidrelétrica no Brasil pois, em virtude da magnitude das obras para esse tipo de geração, é imprescindível que o Estado brasileiro tenha condições mínimas de exercer controle sobre essa produção.

Observe-se que as limitações constitucionais ambientais à geração de energia hidrelétrica no Brasil cingem-se à sua viabilidade em termos de custo ambiental-benefício econômico. Não é apenas necessário que o empreendimento seja uma grande fonte de geração de energia, emprego e renda, como aparenta ser o caso das Usinas de Santo Antônio sendo necessário que o desgaste ambiental que a atividade necessariamente gerará compense a atividade econômica, ou melhor, os benefícios econômicos. Nesse caso, o órgão responsável pelo licenciamento deve aquilatar essa relação, permitindo ou não a sua execução²⁸⁰, isso tudo para que se possa por em prática o objetivo maior insculpido na Constituição Federal atual, no que respeita ao meio ambiente: garantir um meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Pode ainda, se for o caso, autorizar o empreendimento com as condições como ocorreu recentemente com a própria Usina de Santo Antônio. Essas limitações, estabelecidas por uma interpretação constitucional, centram-se, numa análise socioeconômica do Direito, já que está em jogo nestes casos a análise dos custos e benefícios da atividade econômica.

Deve-se atentar para o fato de que esses limites constitucionais, como dissemos no início, existem em razão de uma conjunção de dois fatores: a liberdade de livre iniciativa e a necessidade de preservação do meio ambiente. Desde o momento em que o equilíbrio dessa conjunção é rompido, os limites constitucionais são extrapolados e essa ação econômica passa a deixar de ser benéfica para a sociedade para tornar-se perniciosa para o meio ambiente e, conseqüentemente, para ela própria²⁸¹. É necessário, nesse ponto, que as empresas se modernizem, passando a adotar novas tecnologias, mesmo que, para isso, repassem esses custos para o consumidor final. O que se figura

279 Licenciamento ambiental, segundo a definição constante da Resolução CONAMA 237/97, é o "procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimento e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas aplicáveis ao caso."

280 *Jornal Valor Econômico* on line. 12.08.2008: "IBAMA concede licença de instalação para Santo Antônio: Para liberar as obras em Santo Antônio, usina com capacidade para 3.150 megawatts (MW), o IBAMA impôs 40 exigências. Determinou que o consórcio Madeira Energia - liderado por Furnas e Odebrecht - cuide de dois parques nacionais: Matinguari, no sul do Amazonas, e Jarú, em Rondônia. O consórcio adotará o custeio dos parques, hoje sob responsabilidade do Instituto Chico Mendes, que terá de apresentar o plano de trabalho para as reservas. A adoção de reservas como exigência das licenças tem sido uma das bandeiras do ministro do Meio Ambiente, Carlos Minc, que inaugurou a prática no licenciamento da usina de Angra 3.

281 Nesse sentido dispõe Pedro e Frangetto (2006): "Destarte, o crescimento gera a necessidade de implementação de mecanismos de controle à própria ação predatória humana, e, fazendo-se uso da autoridade, pode-se freá-la e gozar de relativa hegemonia conquistada. O paradigma da utilização do princípio da autoridade para o uso racional dos recursos soluciona o problema da ação humana predatória."

como inconcebível é esse progresso ser trazido pelo custo da degradação, muitas vezes irreversíveis do meio ambiente.

As limitações constitucionais ambientais à geração de energia com utilização de recursos hídricos no Brasil ganham importância ainda maior se considerarmos que a maior parte do potencial de geração hidrelétrica brasileiro se encontra na Região Amazônica²⁸², uma das regiões ecologicamente mais sensíveis do País e certamente do mundo. É inevitável que, com o passar dos anos e o aumento das preocupações com as questões ambientais no Brasil e no mundo, elevem-se o grau de exigência da relação custo ambiental-benefício econômico no setor hidrelétrico brasileiro, especialmente nas obras na região amazônica (TUNDISI, 2005).

Importante é observar as duas esferas de competência, ambas independentes. Na primeira esfera, tem-se a competência da União Federal, como titular da propriedade do potencial hidráulico do País. Do outro lado, tem-se o órgão ambiental responsável pela emissão do licenciamento ambiental. É possível que ambos estejam no âmbito de competência da União Federal, como foi o caso da emissão da licença para a construção da Usina de Santo Antônio. Nesse caso, em razão do rio Madeira ser do domínio da União Federal, o órgão licenciador deverá necessariamente ser o IBAMA; no entanto, é possível que a competência para o licenciamento seja do órgão ambiental estadual, desde que o rio – no caso de aproveitamento hidráulico – seja de domínio dos estados. Aliás, registre-se, essa deve ser a regra. Cabe, comumente, aos estados a tarefa do licenciamento, dada a maior área de abrangência de seus domínios. E nesse caso, a despeito da diferenciação de competências – a autorização de aproveitamento hidráulico é por parte da União Federal e o licenciamento é por parte dos estados – a política a ser adotada deve ser a mesma. A questão custo ambiental-benefício econômico deve ser a mesma para qualquer das órbitas da Federação brasileira. Os limites constitucionais para essa questão têm os mesmos parâmetros.

4 AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS ORIUNDAS DO PLANEJAMENTO ECONÔMICO

As experiências com as políticas liberais do século XIX demonstraram claramente a necessidade da presença controladora do Estado no domínio econômico. O Brasil

282 Veja a esse respeito interessante matéria publicada no Jornal Valor Econômico: "O esgotamento dos projetos de geração hidráulica no Centro-Sul e a crescente demanda por energia elétrica transformaram a Amazônia, um território considerado impenetrável para o setor elétrico no final dos anos 80 e começo dos 90, na nova fronteira elétrica do Brasil. Desde o ano passado, o governo federal licitou os projetos das hidrelétricas de Jirau e Santo Antônio, no rio Madeira, que devem proporcionar uma capacidade de geração conjunta de mais de 6 mil MW, com início de operação prevista para a partir de 2012. De acordo com informações da Empresa de Pesquisa Energética (EPE), estatal encarregada do planejamento energético, outras sete hidrelétricas, com capacidade de geração de energia conjunta de quase 27 mil MW, deverão ser licitadas até 2011. Mas esse volume de energia não é tudo o que a Amazônia tem a oferecer: calcula-se, com base nos estudos já realizados, que os rios da região comportem aproveitamentos hidráulicos que poderiam proporcionar à matriz elétrica nacional até 40 mil MW - o correspondente 40% da capacidade total de geração do Brasil. Amazônia abre nova fronteira".

saiu das suas duas primeiras constituições, impregnado de forte política liberal. Essas constituições – de 1824 e 1891 – promoveram a quase total abstinência do Estado brasileiro na seara econômica. O surgimento do Estado social, no início do século passado, veio mudar radicalmente essa postura estatal. De um modelo de abstenção interventivo, passou-se a um modelo de atuação sobre o domínio econômico. Já a Constituição Federal de 1934 (SOARES, 1985)²⁸³ começou os primeiros passos no sentido de promover a ação interventiva do Estado brasileiro sobre a economia. A atual Constituição Federal brasileira deixou bastante claro seu posicionamento sobre a forma de atuação do Estado brasileiro no contexto econômico. Nesse sentido dispõe o Artigo 174: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e *planejamento*, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. (grifamos)

De acordo com a interpretação do artigo em tela, cabe essencialmente ao mercado, dentro de sua liberdade de iniciativa, promover o crescimento da economia. Ao Estado brasileiro, como agente fiscalizador e regulador, cabe intervir na economia, dando-lhe função de interesse da sociedade, de tal forma que esse crescimento econômico seja equânime para todos e não apenas concentrado em setores específicos. Essa é a interpretação do artigo 3º da Constituição Federal: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional;”. Por outro lado, para se alcançar esse objetivo – ressalte-se desde já, um objetivo fundamental - o artigo 21, também da Constituição Federal, em seu parágrafo nono dispõe que é competência da União Federal “elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;”

Observe-se, no entanto, que esses dois institutos, crescimento econômico e desenvolvimento econômico, embora sejam muito parecidos um com o outro, têm conceitos diferentes. Entende-se por desenvolvimento um processo longo mediante o qual se modificam características essenciais da sociedade, tais como crescimento do produto real *per capita*, redução dos bolsões de pobreza, elevação das condições exaustivas de saúde, melhoria dos fatores de produção com incremento da tecnologia, melhoria das condições ambientais (ROSSETTI, 1981).

Uma das características mais marcantes desse processo de desenvolvimento é a mudança no perfil da ocupação populacional que, impulsionada pelas novas e melhores oportunidades de trabalho, desloca-se progressivamente do setor primário da economia (agricultura e extração) para o setor secundário (indústria de transformação) e também para o setor terciário (serviços em geral). (NUSDEO, 2003).

283 Na página 56, o autor traz um pronunciamento do então Presidente do Brasil, Getúlio Vargas, falando sobre a necessidade de novo comportamento do Governo do Brasil em relação à economia, e enfatiza a necessidade de intervenção com planejamento. São, então, as seguintes, as palavras do Presidente Getúlio Vargas: “Examinando detidamente o fator de maior preponderância na evolução social, penso não errar afirmando que a causa principal de falharem todos os sistemas econômicos, experimentados para estabelecer o equilíbrio das forças produtoras, se encontra na livre atividade permitida à atuação das energias naturais, isto é, na falta de organização do capital e do trabalho, elementos dinâmicos preponderantes no fenômeno da produção, cuja atividade cumpre, antes de tudo, regular e disciplinar.”.

O simples crescimento econômico pode vir desacompanhado do desenvolvimento. Pode-se mencionar, para efeito de exemplos, casos de crescimento econômico sem desenvolvimento, os ciclos da econômica colonial brasileira, em que a alta no preço de alguns produtos que o Brasil colonial exportava, como açúcar, ouro ou borracha, traziam grandes somas de dinheiro para o País que terminava por não ser aproveitada com o fim da alta desses produtos (RISTER, 2007)²⁸⁴

Deve-se considerar, como bem lembra Rossetti (1981), que o crescimento econômico – o Brasil hoje vive um bom desenvolvimento econômico – é apenas parte integrante do desenvolvimento. É ele, na verdade, uma das condições para o desenvolvimento.

Nusdeo (2003), quando fala da diferenciação entre o simples crescimento econômico e o desenvolvimento, também expõe esse mesmo entendimento e complementa, ainda, dizendo que, assim como o desenvolvimento, o crescimento econômico caracteriza-se por ter dentro de si um aumento da disponibilidade de bens e serviços, no entanto essa maior disponibilidade não incrementa a qualidade de vida da população. Nesse caso, e ainda segundo esse autor, isso pode ocorrer em razão de dois fatores: 1) ou porque o incremento da qualidade de vida já ocorreu nesse País e em razão disso ele deixou de ser um país em desenvolvimento; 2) ou porque essa elevação da capacidade produtiva do País demonstra apenas ser transitória e sem que isso possa continuar ao longo dos anos (NUSDEO, 2003)²⁸⁵

Um de seus principais instrumentos – senão o principal - para essa tarefa de promover a junção do crescimento econômico com o desenvolvimento, é sem dúvida o planejamento econômico. É por meio do planejamento econômico que o Estado brasileiro direciona a economia, fomentando-a para o caminho que possa ensejar melhor benefício ao Estado e à sociedade. Para Moreira Neto (2005), planejamento econômico consiste:

(...) basicamente, na organização racional de meios e de atividades para alcançar objetivos predeterminados. O planejamento estatal nada mais é que a utilização dessa técnica social de concentração de poder em condições de ser eficientemente aplicado pelo aparelho administrativo do Estado, para a racionalização de sua própria atividade em benefício da sociedade, concentrando os meios que dela retira, para alcançar essas finalidades.

Em outras palavras, planejamento econômico nada mais é do que a ação interventiva do Estado sobre a economia para lhe dar racionalidade na sua ação. Esses planos econômicos, na verdade, procuram direcionar um determinado setor com vistas a se alcançar o melhor resultado. Assim como as empresas possuem seus planos de ação

284 Também nesse sentido, ver NUSDEO, 2003.

285 Complementando as considerações do autor sobre o tema, ele dispõe: “O crescimento é mais um surto, um ciclo e não um processo dotado de estabilidade. É, em geral, causado por algum fator exógeno, isto é, externo à economia em questão. Cessada a ação daquele fator, ela regride ao seu estado anterior, contrariando-se a renda, o emprego, a produção e tudo mais, deixando esse surto pouco ou nenhum vestígio.” (NUSDEO, 2003, p.17).

de longo prazo, o País também deve possuir o seu. De acordo com o Texto Constitucional, o planejamento da economia não é uma faculdade do Estado brasileiro, mas uma obrigação imposta pela Constituição Federal. É dizer, não pode o Estado quedar-se inerte, e observar a economia caminhar entregue às próprias forças, pois é sua obrigação dar-lhe o melhor direcionamento possível. Trata-se de um poder-dever do Poder público brasileiro (GRAU, 1998).²⁸⁶ Esse entendimento aplicado ao setor de recursos hídricos no Brasil ganha infinitamente mais força, pois, como já se viu, é obrigação do Estado assumir o papel de agente interventor da economia. A isso, porém, deve ser somada ainda a obrigação de cuidar do meio ambiente, e a água é um dos componentes mais importantes desse meio.

Para que os objetivos de racionalidade econômica e ambiental sejam cumpridos dentro do setor energético, a União Federal vale-se de dois planos: 1) no campo específico da geração de energia, o Plano Energético Nacional, de agora em diante chamado unicamente de PEN; e 2) no caso do setor de recursos hídricos, há ainda as instruções planificadoras do Plano Nacional de Recursos Hídricos – PNRH. O primeiro – o PEN – mais simples, procura estabelecer o planejamento energético para o País até o ano de 2020. Embora, devesse o plano ser mais audacioso, procurando por meio de medidas administrativas estabelecer o melhor caminho para o planejamento energético no País, de tal forma que ele induzisse esse setor a ter o comportamento mais eficiente para a geração de energia, ele se limita a estabelecer previsões de comportamento dos vários componentes do setor energético brasileiro, principalmente no caso do setor hidrelétrico. Cabe a ele estabelecer os parâmetros da expansão do setor energético nacional, aí incluindo os limites da utilização do potencial hídrico do País.

Por outro lado, o PNRH, criado por meio da Resolução, 23 de janeiro 2006, do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, é um instrumento de planificação econômica bem mais complexo e de fortes medidas administrativas, com o fito de direcionar o setor de recursos hídricos no País. É por meio dele que o Estado brasileiro planeja o uso dos recursos hídricos para o Brasil nos próximos 15 anos, principalmente o uso para geração de energia elétrica.

Desde já, observa-se que, dentro do contexto do PNRH, reside a parte mais importante da limitação do uso dos recursos hídricos no País para fins de geração de energia. Atente-se para a idéia de que, embora o PNRH seja objeto de produção infraconstitucional, ele na verdade corporifica o planejamento econômico do artigo 174 da Constituição Federal, no nosso caso específico, voltado para o setor de recursos hídricos.

É bem verdade que a Constituição Federal estipulou que os planos econômicos brasileiros, sejam eles nacionais ou setoriais, são obrigatórios apenas para o setor público, cabendo ao setor privado segui-lo apenas facultativamente. Isso porque, ao

286 Tem também esse mesmo entendimento: LOCATELLI, 2003, p. 105.

se viver num país de livre economia de mercado, não pode o Estado, por meio do sistema de planejamento da economia, impedir que determinado agente econômico explore licitamente um setor específico, exatamente nos moldes como ocorria na extinta União Soviética.

Esse entendimento, não nos parece correto. De fato, o PNRH no Brasil é facultativo para o setor privado – até porque a própria Constituição Federal assim determina; no entanto, mesmo essa facultatividade é objeto de temperamentos. Isso porque não se está aqui tratando de um setor da economia onde a sociedade tenha opções de escolha na hora de consumir o bem, como é, por exemplo, o setor de produção de automóveis ou de materiais eletrodomésticos. Está-se falando aqui de um setor vital para o cidadão e sobretudo de forte aspecto social. É claro que pode e deve o Estado impor, dentro do PNRH, regras de uso desse recurso, diminuindo um pouco essa facultatividade de obediência ou não do cidadão às linhas do PNRH.

Trata-se de uma interpretação da Constituição vista como um todo e não isoladamente, pois o PNRH, embora esteja dentro dos comandos do artigo 173, refere-se a um bem ambiental objeto de rígido controle por parte do Estado brasileiro. Diante da necessidade mundial de controle sobre o uso da água, sobretudo, ante a premência de se dar ao seu uso uma função social, torna-se amplamente factível que, ao se estabelecer planos de longo prazo para esse bem tão sensível à sociedade, que se molde com maior vigor o seu uso²⁸⁷. Em razão do aumento vertiginoso do uso da água no mundo, não resta dúvida de que, se não houver racionalidade no seu uso, em breve esse bem passará a ser cada vez mais valioso, senão apenas um privilégio de poucos.

Com tal visão, é pertinente o entendimento de Grau (1978), quando assinala que não se pode esquecer de que, no passado, em razão das políticas econômicas liberais do século XIX, foi a mão interventora do Estado que salvou a economia do caos liberal em que se encontrava e essas medidas interventoras funcionaram como garantias do exercício da liberdade dos cidadãos e, sobretudo, das pessoas que atuavam no mercado como competidores.²⁸⁸ No nosso caso específico – o setor de recursos hídricos brasileiro – mais do que nunca, nesse momento, é necessária a “mão interventora do Estado”, com vistas a disciplinar o uso do bem (a água) e, malgrado a liberdade de ação do setor privado no mercado trazida pela Constituição Federal, os interesses sociais e sobretudo ambientais devem prevalecer, o que força uma ação mais forte do Estado no setor, inclusive com poder vinculante.

É interessante trazer ao debate as palavras de Meireles (2001), quando anota que

287 Como, aliás, ocorre na União Europeia. Por meio da Diretiva Marco 60/2000 do Parlamento Europeu, estabeleceu-se a obrigatoriedade da instituição do planejamento econômico para o setor de recursos hídricos nos países-membros.

288 Grau (1978) dispõe que “É necessário não esquecer que foram as medidas de intervenção do setor público sobre o processo econômico que permitiram a conservação do princípio da liberdade de iniciativa e que as correções operadas no mercado é que possibilitaram a sua subsistência como instituição. Essas medidas e correções funcionaram também como salvaguarda da liberdade. Tomando a expressão de Mannheim, a regulamentação do tráfego não evita, mas facilita o trânsito ordenado dos veículos; o controle público Poe fim ao constante choque de interferências que acabariam paralisando-se mutuamente.”

“Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia.”²⁸⁹ É exatamente o caso do PNRH no Brasil e, cremos, na maior parte do mundo. Deve-se analisar, com arrimo nesse entendimento de Meireles (2001), que seria inconcebível que o PNRH, em respeito a um entendimento da Constituição Federal brasileira, desse ampla margem de ação para o particular sobre um bem de ordem pública como é a água.

Essa questão da vinculação ou não dos planos de intervenção na economia ao particular também precisa ser vista sob outro ponto de vista. Silva (2006), em sua obra *Direito Urbanístico Brasileiro*, lembra que os planos municipais de ordenamento do território municipal são considerados também planos estatais de intervenção no domínio econômico.²⁹⁰ O ordenamento territorial nascido do plano municipal é quase que totalmente obrigatório para o setor privado que a ele não pode desobedecer, sob pena de não lhe ser concedida a licença para a construção imobiliária. Nessa linha, então, de raciocínio, é de se perguntar se esse sistema de planejamento urbano é tido como um sistema de planejamento econômico e é vinculativo para o setor privado porque as linhas traçadas pelo PNRH lidam com um bem muito mais importante.

O entendimento de Silva (2006) é correto, ao expor que o planejamento urbano municipal é uma das formas de planejamento econômico compatíveis com os dispositivos constitucionais, embora exista forte vinculação do setor privado ao plano. Aliás, essa vinculação no campo urbano, como não podia deixar de ser, é muito mais forte do que no sistema de planejamento hidrológico ou de energia. O que se deve ter em mente ao se interpretar o questionamento feito acima é que, de fato, os planos de intervenção no domínio econômico no Brasil são facultativos para o setor privado que a ele deve aderir ou não de acordo com sua conveniência, isso em respeito à liberdade de mercado e de livre iniciativa, ambos de ordem constitucional; mas essa liberdade deve sempre ceder quando em confronto com o interesse coletivo e, para isso, as partes do PEN ou do PNRH que disponham dessa forma não apenas podem, como devem, ser obrigatórios para o setor privado.

289 Nesse mesmo sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal brasileiro quando relacionou a necessidade de ação do Estado em defesa do meio ambiente e os interesses econômicos privados: “A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.” (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01.09-2005, DJ de 3-2-06).

290 Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal brasileira: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes geral fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de todos seus habitantes.”

Dessa forma, outro forte instrumento balizador do uso dos recursos hídricos no Brasil para a geração de energia elétrica é o planejamento econômico, sobretudo o hidrológico e o energético nacional. A esses instrumentos, como direcionadores da economia nacional, cabe estabelecer os parâmetros para o uso desses recursos no setor elétrico nacional.

Esses dois instrumentos funcionam como verdadeiros direcionadores do uso dos recursos hídricos no Brasil para fins de geração de energia elétrica. O fato de a Constituição Federal estabelecer a facultatividade da adesão do setor privado aos seus comandos, repita-se, deve ser entendido com reservas, sob pena de, em defesa da liberdade de iniciativa e livre concorrência, se permitir que o setor privado, a livre iniciativa, trilhe por um caminho que não seja do interesse nacional, ou melhor, de toda a sociedade. Nesse caso, observe-se, não estamos falando de um setor de pouca importância, referimo-nos ao setor de recursos hídricos.

5 CONCLUSÃO

A par desses esclarecimentos, podemos tecer as seguintes conclusões:

as reformas que o País implementou na sua economia nos últimos anos, com destaque para a forte fiscalização das contas públicas, promove grande atração de investimentos privados no mercado brasileiro. Em razão disso, o Brasil demonstra grande disposição a um crescimento mais acelerado de sua economia, o que certamente demandará uma grande necessidade de geração de energia. Levando-se em consideração a tradicional dependência brasileira da energia hidroelétrica e do forte potencial de geração dessa energia, principalmente na Região Amazônica, não resta dúvida de que haverá uma grande demanda pelo uso de água no País como insumo para essa geração;

em razão de suas limitações, pois os recursos hídricos não são incrementados, seu uso deve necessariamente obedecer a parâmetros legais, sobretudo de cunho constitucional, o que, por consequência, impõe limites ao seu uso no setor energético nacional;

as formas como esses limites se concretizam são basicamente duas: a) as balizas estabelecidas dentro do campo do Direito Ambiental, notadamente o estudo prévio de impacto no meio ambiente e o procedimento licenciatório; e de b) a instituição do planejamento econômico (planos de intervenção do Estado no domínio econômico), em especial, o planejamento hidrológico nacional e o plano energético nacional; e

por fim, esses limites devem sempre ter por finalidade maior a promoção do equilíbrio entre os interesses de crescimento econômico com os de desenvolvimento nacional. Ao mercado, especialmente às empresas que trabalham no setor e se veem obrigadas a seguir essas balizas, cabe modernizar-se, tornando-se mais eficientes, principalmente na sua capacidade de adequar-se às novas necessidades de natureza ambiental.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Empresa de Pesquisa Energética. Plano Nacional de Energia 2030*. Rio de Janeiro. EPE. 2007.
- _____. Agência Nacional de Energia Elétrica. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília. ANEEL. 2002.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988
- _____. *Plano Nacional de Recursos Hídricos. Diretrizes: Volume 3 /Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Recursos Hídricos*. Brasília. 2006
- BRUNA, Gilda Collet. *Curso de Gestão Ambiental*. Editora Manole. São Paulo. 2006.
- FERREIRA, Gustavo Assed. Desenvolvimento Sustentável. In: BARRAL, Welter. (coord). *Direito e desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. Editora Singular. São Paulo. 2003.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito Econômico*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Editora Malheiros. São Paulo. 1998
- _____. *Planejamento Econômico e Regra*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1978
- JORNAL VALOR ECONÔMICO ON LINE. Disponível em: <http://www.valoronline.com.br/valoreconomico/285/empresas/tecnologia/empresas/Ibama+concede+licenca+de+instalacao+para+Santo+Antonio,51,5089671.html>. Acesso em 10.09.2008
- _____. <http://www.valoronline.com.br/valoreconomico/285/suplementos/291/292/Amaz%C3%B4nia+abre+nova+fronteira+,,292,5119018.html>. Acesso em: 05.09.2008.
- LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber. (Coord.) *Direito e Desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. Editora Singular. São Paulo. 2003.
- MAGALHAES JÚNIOR, Antônio Pereira. *Indicadores Ambientais e recursos hídricos: realidade e perspectiva para o Brasil a partir da experiência francesa*. Editora Bertand LTDA. Rio de Janeiro. 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Malheiros. São Paulo, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2005.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico: um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMAO FILHO, Calixto. (coord.) *Regulação e desenvolvimento*. Editora Malheiros. São Paulo. 2003.

_____. Economia do Meio Ambiente In: PHELIPPE JÚNIOR, Arlindo. ALVES, Alaor Café. (edi) . *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. Editora Manole. São Paulo. 2006. P. 197

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Público da Economia*. N.º 11. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2005

PEDRO, Antônio Fernando Pinheiro; FRANGETTO, Flávia Witkowski. Direito Ambiental Aplicado. In: PHILIPPI JR, Arlindo. ROMÉRO, Marcelo de Andrade. Editora Manole. 2004,

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao Desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2007.

ROSSETTI, José Paschoal. *Política e Programação Econômica*. Editora Atlas. São Paulo. 1981.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual á Constituição* . Editora Malheiros. São Paulo. 2005.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. Editora Malheiros. São Paulo. 2006

SOARES, José Teodoro. *Planejamento e Administração no Brasil: tentativas e realizações nos últimos cinqüenta anos*. Editora UFC. Fortaleza. 1985

TUNDISI, José Galiza. *Água no século XXI: enfrentando a escassez de água*. Editora Rima. São Paulo. 2005.