



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

Comissão Permanente de Energia, Petróleo e Gás

Comissão Permanente de Direito Constitucional

Referência: Indicação nº 026/2022.

Relatores: Dr. Luis Fernando Priolli e Dr. Gabriel Lima Marques.

Matéria: Parecer sobre o Artigo 25, § 2º, da Constituição Federal de 1988 com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 05, de 1995.

Ementa: Indicação 026/2022. Gás Natural Brasileiro. Artigo 25, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Impactos Legislativos. Ministério de Minas e Energia -MME. Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Empresa de Pesquisa Energética - EPE. Consultoria PSR.

Palavras-chave: Artigo 25 §2º da CF/88; Gás Natural; Emenda Constitucional nº 05, de 1995.

1- INTRODUÇÃO

O gás natural é um exemplo de indústria de rede, e em função disso atividades concorrenciais são separadas por infraestruturas tipicamente de monopólio natural, estando a concorrência nos mercados fortemente impactada pelo acesso a essa dita infraestrutura.

Nesse sentido o domínio do mercado por empresas verticalmente integradas não traz incentivos corretos ao compartilhamento com terceiros, o que se torna um obstáculo relevante para o crescimento do setor, com consequente limitação de investimentos.

Logo, o que se busca através desse parecer é suscitar o debate sobre o preceito constitucional que rege o setor de gás no Brasil, visando através de uma avaliação criteriosa deste e de um amplo debate possibilitar a transição do setor de gás para um mercado com diversidade de agentes, liquidez, maior dinamismo, atração de investimentos e competitividade, contribuindo assim para o crescimento brasileiro.

Para se buscar soluções legais, regulatórias e tributárias, a premissa necessária para subsidiar o desenho de visão de futuro ideal, de fato é imprescindível enfrentar o artigo 25, §2º da Constituição Federal, pois foi a partir dele que o setor se desenvolveu até os dias atuais.

Várias tentativas legislativas ocorreram, desde 1988 até 2021, e precisam ser bem entendidas e debatidas para que se alcance eficácia plena do que o constituinte (seja originário, seja derivado) desejou legislar acerca do gás natural brasileiro.

Esta fonte energética até os presentes dias tem uma participação ainda tímida na matriz energética brasileira, muito aquém das possibilidades que pode e deve ter, podendo propiciar crescimento econômico sustentável e duradouro, contribuindo para a redução das desigualdades econômicas regionais atuais e ainda junto ao meio ambiente, reduzindo as emissões de CO2 na atmosfera.

O gás tem enorme potencial de crescimento, nos próximos 10 anos, é bem verdade, na esteira, sobretudo, dos investimentos que estão sendo previstos oriundos das reservas de petróleo e gás descobertas no pré-sal brasileiro.

Apenas a título de ilustração dos potenciais impactos do setor de petróleo e gás na economia brasileira nos próximos anos, o Sr. Aurélio Amaral,¹ então Diretor da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, em evento do Colégio Permanente de Diretores de Escolas Estaduais de Magistratura, em 16 de novembro de 2018, ao apresentar o “Cenário Atual e Oportunidades do Mercado de Óleo e Gás”, detalhou a expectativa de arrecadação potencial até 2054, com pico no período compreendido entre 2025 e 2035, de R\$ 6 trilhões de reais, ou seja, média de R\$ 167 bilhões por ano, com maiores volumes no período indicado, e investimentos

¹ Disponível em: > [ANP Diretor Aurelio-Amaral COPEDEM-Novembro 2018 \[PDF\] | Documents Community Sharing \(xdocs.com.br\)](#)<. Acesso em: 09 de agosto de 2022.

na cadeia produtiva de R\$ 1,8 trilhões de reais até aproximadamente 2030, ou noutros termos, algo em torno de R\$ 180 Bilhões por ano.²

No entanto, apesar da crescente importância do gás na matriz energética brasileira – por ser uma opção para a transição para economia de baixo carbono – a infraestrutura de gás natural no Brasil atual apresenta apenas 9.409 Km de gasodutos de transporte, com 167 pontos de entregas (citygates), 33 estações de compreensão, 14 plantas de processamento (capacidade de 96 milhões de metros cúbicos por dia), e 3 terminais de regaseificação de GNL (com 47 milhões de metros cúbicos por dia de capacidade).³ Enquanto a título comparativo a Argentina tem 30.000 Km de gasodutos e os Estados Unidos da América têm 600.000 km de gasodutos, o que leva forçosamente a conclusão que a malha brasileira tem perspectiva de forte crescimento tendo em vista o tamanho continental do país.

2- EVOLUÇÃO DO ARCABOUÇO LEGISLATIVO DO GÁS NATURAL BRASILEIRO

Na Constituição Federal, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte, assim constava o preceito constitucional em tela:

“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem observados os princípios desta Constituição.

.....

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, a empresa estatal, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado.

Ora, da simples leitura deste artigo percebe-se plena eficácia jurídica e social da norma constitucional. Não restando dúvidas que se pretendia conferir ao Estados explorar através de empresas estaduais estatais de forma exclusiva, os serviços locais de gás canalizado.

Daí em diante, e como não poderia deixar de ser, a sociedade brasileira se organizou, ou seja, os estados se estruturaram para explorar tal atividade econômica.

² Tais valores foram calculados com o Brent a US\$ 70/bbl e o câmbio de R\$ 4,0 / US\$ 1,0.

³ Conforme dispõe a Empresa de Pesquisa Energética (www.epe.gov.br).

Porém, não obstante o supradito artigo ter eficácia plena e, portanto, ser autoaplicável, ainda assim não foi o que sucedeu plenamente entendido por toda a sociedade.

A própria Petrobras já em 1989, ou seja, no ano seguinte a promulgação da Constituição Federal, através de Ofício assinado pelo seu presidente, endereçado ao Governo do Estado do Rio de Janeiro, abriu divergência em relação a interpretação desta norma, conforme nos ensina o Dr. Antonio Gerson Ferreira Coelho:

“Mesmo com os artigos das constituições Federal e do estado do Rio de Janeiro em vigor, a Petrobrás não abriu mão do fornecimento direto aos grandes consumidores industriais que já atendia no território fluminense. Procurando justificar esta decisão, em ofício enviado pelo seu presidente ao Governo do Estado, a Petrobras informou ser o entendimento da empresa (completamente diverso daquele manifestado na correspondência anterior de 1986 já mencionada), que **“(...) nos serviços locais de distribuição de gás canalizado que a Constituição defere aos Estados não se inclui o fornecimento às indústrias, as quais têm caráter estritamente comercial, não se constatando o interesse público a justificar a sua prestação com a natureza de serviço público.”** (Gás natural no Brasil – uma história de muitos erros e poucos acertos. Rio de Janeiro: Senge RJ, 1ª edição, 2016, página 31).

(negritos nossos).

Aliás, é importante ressaltar que a questão suscitada pela Petrobras em 1989 acerca da diferença do que pretendia o constituinte conceder aos Estados é, inclusive, igualmente identificado, tempo depois, como um dos entraves de desenvolvimento do setor de gás do País:

“Seção III – Distorções nos mercados de Distribuição e Comercialização

O mercado de distribuição de gás canalizado é permanente por algumas distorções que suplicam imediata correção, sob pena de um grave retrocesso na infraestrutura energética nacional.

.....

O Monopólio dos Estados na comercialização de gás natural local, a seu turno, compromete o intento de fomento concorrencial já que, diferentemente da atividade de gás natural – que tem característica de “monopólio natural” – a atividade de comercialização é inerentemente concorrencial.” (1º Relatório do Subcomitê SC3 – Distribuição do Comitê Técnico para Desenvolvimento da Indústria do Gás Natural – CT-GN, Gás para Crescer, 2017).

Neste sentido, sendo justamente a falta de entendimento uniforme acerca do referido 25 § 2º, o que cinco anos mais tarde levou o Congresso Nacional na qualidade de constituinte derivado, voltar a atenção a este preceito constitucional e emendá-lo.

Quer dizer, uma vez promulgada a emenda constitucional nº 5, considerando que nesta esteira foi por assim ser que até hoje tal alteração é apenas compreendida em parte, no caso como tendo por única motivação a de assentir que as empresas de distribuição estatais de gás canalizado fossem privatizadas – daí porque a maioria dos agentes que atuam no setor se referem a E.C 95 como “aquela-emenda-que-permitiu-as-privatizações”.

Noutra monta, para além daquilo que a emenda suprimiu, interessa-nos muito mais no âmbito do presente parecer decodificar o que a mudança efetuada em 1995, no artigo 25 §2º, nele acrescentou, para uma plena compreensão do que se objetivou de fato.

Assim é que primeiro, o legislador afastou então do texto magno os seguintes apostos:

“, a empresa estatal,” e
“, com exclusividade de distribuição,”.

Importante ressaltar que estas mudanças já eram extremamente relevantes e já alcançavam o fim que pretendia o legislador de possibilitar que fosse franqueado a iniciativa privada a exploração do setor econômico de gás.

Porém, adiante, o legislador constituinte derivado também fez incluir no 25 §2º os seguintes textos:

“, na forma da lei,” e
“vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”.

Restando o seguinte teor:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

.....

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei,

vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995)
(negritos nossos).

Ora, o termo “na forma da lei” aparece 80 vezes na Constituição Federal, e mais 35 vezes como “nos termos da Lei”, logo, no total, tendo o legislador incluído tal expressão 115 vezes no texto constitucional, tinha plena consciência da consequência de sua inclusão.

Tal adição não foi feita obviamente por acaso, quer dizer, junto dela havia a intenção de que produzisse o efeito jurídico pretendido. Ou noutros termos ao incluir este texto “na forma da lei” o legislador tornou o dispositivo uma norma de princípio institutivo, não sendo mais autoaplicável.⁴

E assim, passando a ser classificada quanto à sua aplicabilidade, como norma constitucional de eficácia limitada, o 25 §2º passou consequentemente a depender de lei, que até o momento não foi editada.

Vale registrar, até mesmo, que o Congresso Nacional por duas oportunidades chegou a deixar isso claro, conforme se percebe do inciso VIII, do artigo 2º, da Lei 11.909 de 04 de março de 2009,⁵ bem como do inciso I, do parágrafo 3º, do artigo 1º da Lei 14.134, de 08 de abril de 2021.⁶

Ou seja, existe previsão constitucional, introduzida por emenda constitucional, para que uma lei de abrangência nacional discipline toda a cadeia produtiva do setor de gás no Brasil, porém tal previsão vem sendo ignorada por décadas pelos agentes políticos do poder legislativo nacional.

3- CONCLUSÃO

Enfim, mesmo diante da clareza de propósitos acerca das inserções “na forma da lei” e da “vedação de edição de medida provisória para regulamentação” do artigo

⁴ Nos termos de José Afonso da Silva (Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122), corresponde a “[...] um tipo de norma não-programática dependente de legislação [...]”.

⁵ “Comercialização de Gás Natural: atividade de compra e venda de gás natural, realizada por meio da celebração de contratos negociados entre as partes e registrados na ANP, ressalvado o disposto no [§ 2º do art. 25 da Constituição Federal](#).”

⁶ “explorar as atividades relacionadas à indústria do gás natural, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas e ambientais aplicáveis e nas respectivas autorizações, respeitada a legislação específica sobre os serviços locais de gás canalizado de que trata o [§ 2º do art. 25 da Constituição](#).”

25, § 2º, da CF/88, por parte dos constituintes derivados em 1995, tal matéria (quanto a necessidade de uma lei federal para dar eficácia plena a tal preceito constitucional) nunca restou pacificada, e por isso voltou a ser objeto de deliberação pelo Congresso Nacional quando da análise do Projeto de Lei do Senado nº 226, de 2005, de autoria do Senador Rodolpho Tourinho (DEM-BA) que tratava “sobre importação, exportação, processamento, transporte, armazenagem, liquefação, regaseificação, distribuição e comercialização de gás natural”, que tramitou em conjunto com os Projetos de Lei nºs. 100 e 101, de 2004.

Nesta senda, importante transcrever a análise que o relator Senador Eduardo Brandão de Azeredo (PSDB-MG) minuciou no Parecer nº 02 de 2007 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania acerca do referido Projeto de Lei:

“II – ANÁLISE

Nos termos do art. 101 do RISF, compete a essa Comissão opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias sob análise. Ademais, é-lhe facultado corrigir vícios de inconstitucionalidade sanáveis.

Em observância ao art. 260, II, b, do RISF, na hipótese de tramitação conjunta, deve ter precedência a proposição mais antiga, entre as originárias da mesma Casa, salvo se alguma delas regule a matéria com maior amplitude. É nessa exceção que se enquadra o PLS nº 226, de 2005, razão pela qual o exame ora em curso tomará como referência essa Proposição, não obstante ser a mais recente das três.

O PLS nº 226, de 2005, atende os requisitos de juridicidade, porquanto inova o arcabouço legal e cuida de ajustar a Lei nº 9.478, de 1997, às alterações preconizadas. A Proposição também está aderente aos termos regimentais. Já em relação à constitucionalidade, discutiremos algumas questões com o intuito de sanar eventuais vícios e tornar o PLS apto à aprovação nesta Comissão.

A primeira observação que cabe fazer acerca do Projeto refere-se ao seu art. 4º segundo o qual as atividades econômicas associadas à indústria de gás natural serão reguladas e fiscalizadas pela União e, no caso de distribuição de gás canalizado, pelos Estados, podendo ser exercidas mediante autorização ou concessão, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País. O art. 25 da Constituição Federal determina que os serviços locais de gás canalizado sejam prestados diretamente pelos Estados ou por concessão, não prevendo autorização neste caso. Assim, a referência à autorização, neste dispositivo, deve ser interpretada como atinente às outras atividades relacionadas à indústria do gás natural, que não os serviços locais de gás canalizado.

.....

A questão de fundo cinge-se a interpretar se a edição de lei prevista no citado parágrafo da Constituição é de competência federal. Em caso afirmativo, não há que se falar em inconstitucionalidade dos

dispositivos. Caso contrário tais dispositivos devem ser excluídos do PLS.

A esse respeito, quer-nos parecer que intenção do constituinte derivado, ao promulgar a alteração do § 2º do art. 25, foi no sentido de considerar tal lei uma norma federal. O parecer que embasou a aprovação da EC nº 5 de 1995, na Câmara dos Deputados, ainda que incidentalmente, assim se referia ao tema:

“Acreditamos também que importância da matéria merecedora de inclusão em nossa Carta Magna pede dispositivo para evitar a tentativa de alterações posteriores aos instrumentos legais destinados a regulamentar o texto ora proposto por meio de recurso às chamadas Medidas Provisórias tão nocivas ao funcionamento do Poder Legislativo e hoje empregadas de maneira indiscriminada e abusiva sobretudo através de reedições continuadas de medidas que, muitas vezes, tratam de assuntos sem qualquer relevância, ou tentam impor ao Congresso (grifou-se) normas que vão de encontro aos anseios de nossa sociedade.”

Observa-se que não há referência a Assembleias legislativas, e sim, ao Congresso Nacional.

No Senado Federal, as discussões em torno da matéria também deixaram clara a intenção do Legislador de considerar como federal a lei reclamada na EC nº 5, de 1995.

Há um fundamento econômico subjacente a essa interpretação do art. 25, § 2º, da Constituição. Em 1995, preparava-se o arcabouço jurídico para a abertura do setor de petróleo e de gás natural para a iniciativa privada. O decorrente aumento de número de agentes impunha a necessidade de regras gerais, comuns e homogêneas, para todo o País, sob pena de se criarem conflitos regulatórios numa cadeia cujas fronteiras não obedecem necessariamente às fronteiras entre Estados.

É, portanto, de alta relevância a edição de uma lei nacional que tenha por objeto regulamentar a indústria do gás natural como um todo, sob a tutela da União, ressalvados os serviços locais de gás canalizado, segmento sob a tutela dos Estados. Tal lei é necessária para estabelecer critérios gerais que regerão toda a cadeia e que preservarão a livre concorrência no setor. Respeitada a competência dos Estados em legislar sobre gás canalizado em suas respectivas áreas de concessão, a União deve prescrever normas gerais que disciplinem as relações que ultrapassem as fronteiras dos Estados, como forma de regular a atividade econômica interestadual pertencente à indústria do gás natural.

Até a presente data, a lei preconizada na Constituição não foi editada. Em nosso entendimento, os Estados, na urgência de regular a concessão dos serviços no âmbito do processo de privatização que levavam a cabo, implementaram legislações próprias, díspares em muitos pontos e conceitos. Assim, o PLS nº 226, de 2005, propõe suprir essa lacuna, ao estabelecer definições e princípios para a atividade de distribuição de gás canalizado, inserindo-a na indústria do gás natural e reconhecendo a sua fundamental importância na implantação de um ambiente competitivo na comercialização do

produto. A referida Proposição tem o cuidado de respeitar a competência dos Estados para regular e fiscalizar a prestação dos serviços locais de gás canalizado e o processo de concessão.

Entretanto, é certo que algumas das definições contidas no art. 5º do PLS sob análise devam ser reformuladas, de modo a dirimir quaisquer dúvidas quanto a competência da União e a dos Estados no tocante a indústria do gás natural. Tais dúvidas, que hoje são objeto de conflitos de interpretação, já demonstram claramente a sapiência do constituinte derivado em prever uma lei nacional que estabeleça parâmetros comuns em todo território nacional.”

(negritos e sublinhados nossos).

Pois bem como se arremata da manifestação do relator, posicionamento com o qual concordamos, da redação dada ao artigo 25 § 2º da Constituição de 1988, pela emenda constitucional, extrai-se que:

- 1) a União detém a competência de tratar de todas as atividades relacionadas ao gás natural, exceto o serviço local de gás canalizado, que é concorrente;
- 2) para que o art. 25 § 2º adquira eficácia plena é necessária a devida edição de lei integrativa; e
- 3) enquanto não existir tal lei à nível federal os estados suprirão essa lacuna, até a superveniência daquela, nos exatos termos dos §§ 1º a 4º do artigo 24 da lei maior de 1988, o que acaba gerando questionamentos em todo setor de gás natural brasileiro, dado aos divergentes tratamentos legais, e razão pela qual a realidade do setor é a de dificuldade de investimentos em prol do seu desenvolvimento, com enorme potencial para os próximos anos.

É como nos manifestamos.

Rio de Janeiro, 10 de agosto de 2022.

Luis Fernando Priolli.

Relator.

Gabriel Lima Marques.

Relator.