REFINARIA DE PETRÓLEO — INICIATIVA PRIVADA — SUBSÍDIO

PARECER

I

O Decreto-lei n. 395, de 29 de abril de 1938, declarou de utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo (art. 1º), competindo ao Governo Federal autorizar a instalação de refinarias privadas, com capital social exclusivamente de brasileiros natos assim como indicar sua capacidade de produção, e especificar os limites máximo e mínimo dos preços de venda dos produtos refinados (art. 2º, n.ºs II e III). Não havia, portanto, liberdade de iniciativa por parte das refinarias, sujeitas à pré-determinação de sua atividade.

Complementarmente, o Decreto-lei n. 538, de 27 de julho de 1938, organizando o Conselho Federal de Petróleo, incumbiu-lhe, a par de regular autorização e instalação das refinarias, exercer a competência de fixação dos preços de venda dos produtos refinados e a fiscalização das operações financeiras das empresas autorizadas (art. 10, alíneas a, c, e g).

A Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953, constituiu o monopólio da União no setor petrolífero, a ser exercido pela PETROBRAS, dele excluindo as refinarias privadas então em funcionamento nos termos da legislação anterior (art. 43).

Perdurou, assim, inalterada a iniciativa privada pré-constituída, não sendo, contudo, autorizada a ampliação de capacidade operacional das refinarias acima mencionadas (art. 45).

A Constituição de 1988 manteve tanto o monopólio da União (art. 177, n. I e II) como a continuidade da exclusão, do monopólio, das autorizações de refinarias privadas em

funcionamento, amparadas pelos citados arts. 43 e 45 da Lei n. 2.004/53 (Ato das Disposições Transitórias, art. 45).

II

A Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995 — atribuindo nova redação ao art. 177 da Constituição — autorizou a União a contratar com empresas privadas as atividades de refinação de petróleo, “observadas as condições estabelecidas em lei.

Com o advento da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, foi revista a política nacional no setor, entre outros objetivos, instituindo a promoção da livre concorrência (art. 1º, n. IX).

Ficou, assim, reestruturada a política petrolífera nacional, revogada a legislação anterior, passando a ser admitida a ampliação da capacidade das refinarias pré-existentes (art. 53).

A partir de então, durante o período de transição de, no máximo, trinta e seis meses, foram previstos reajustes e revisões de preços dos derivados básicos de petróleo pelas refinarias em funcionamento, segundo diretrizes ministeriais (art. 69), bem como dos preços de importação da matéria prima (art. 70).

Assim, foram sucessivamente baixadas as Portarias Interministeriais n. 294, de 13-11-97, n. 3, de 23-7-98 (esta liberando o preço do petróleo bruto, art. 5); n. 77, de 14-04-1999, n. 69, de 29-2-2000; n. 2, de 4-1-2001 e n. 89, de 3-4-2001.

E, para o equilíbrio das refinarias em funcionamento no país, a União deveria assegu-

rar-lhes, por intermédio da Agência Nacional de Petróleo, durante o período de cinco anos, condições operacionais e econômicas estáveis.

Entre estas condições incluir-se-ia, se necessário, a concessão de subsídios pela União às refinarias, a serem reduzidos na medida em que os preços do mercado lhes facultasse a estabilidade econômico-financeira.

Certo é, porém, que, no tocante à Consuente, a concessão de tais subsídios, pela União, não se efetivou diante da elevação de sua produtividade e a conseqüente ampliação da receita de venda dos derivados, sobretudo pelo custo mais favorável do petróleo cru importado.

Na hipótese de concessão de subsídios, caberia apurar pela receita efetivamente produzida, a existência de saldo credor, ou devedor, que conduziria à restituição ou reforço do subsídio auferido pela refinaria, como estipulado na parte final do item III do parágrafo único do art. 72 da Lei n. 9.478/97.

III

A título de regulamentar o indicado art. 72 da Lei n. 9.478/97, a Agência Nacional de Petróleo baixou a Portaria n. 21, de 6 de fevereiro de 2001.

Nela foram estabelecidas as seguintes definições:

a) Margem Bruta de Refino (MBR) como remuneração unitária do metro cúbico de atividade de refino, a saber, o preço de produção menos o respectivo custo, a indicar o lucro por unidade produzida;

b) Receita Líquida — diferença entre a Receita global de venda e preço de custo total dos derivados produzidos;

c) Receita Assegurada — diferença entre a Receita e o preço estimado de custo.

Na medida em que a Receita real (receita líquida) terá superado a Receita Assegurada, a Portaria n. 21 impõe à Refinaria a obrigação de depositar o saldo credor a favor da União.

No caso contrário, caberia à Agência indenizar a Refinaria.

A norma em causa tem como pressuposto a existência de subsídio, por parte da União, em aditamento à receita própria de seus serviços de venda de derivados.

Em verdade, no entanto, tal subsídio jamais foi especificamente estipulado e, menos ainda, pago às refinarias.

Importa dizer que é negativo qualquer saldo credor, visto ser inexistente a outorga de subsídio que seria a causa determinante da restituição.

A previsão nesse particular é, em síntese uma obrigação financeira onerosa, sem base em estipulação legal específica, a importar em nulidade substancial. Se não há, nem houve subsídio, claramente não há saldo credor a ser recolhido aos cofres da União.

IV

A elevação da receita líquida, que tenha ocorrido, terá sido fruto da eficiência da gestão da referência e o decorrente aumento do lucro da empresa não é suscetível de tabelamento nem de retenção, ainda que parcial, do respectivo valor.

O suposto retorno de parcela de subsídio (em verdade, não concedido) é, em suma, o confisco ilícito de ganho legítimo da operatividade da refinaria.

Importa típico abuso de poder administrativo.

Diante de tais pressupostos, oferecemos as seguintes respostas aos quesitos da consulta:

Primeiro — A Lei n. 9.479/97, ao regular inteiramente as matérias de que trata a emenda Constitucional n. 9/95, revogou implicitamente a legislação anterior sobre o exercício da atividade de refino?

Resposta — A legislação anterior à Lei n. 9.478/97 foi por esta substituída quanto ao regime jurídico da atividade de refino. A eficácia do direito precedente subsiste, porém, no tocante à avaliação das condições operacionais e econômicas de que trata o art. 72 da nova lei.

Segundo — O artigo 72 da Lei n. 9.478/97 admite um subsídio à Consulente, pelo prazo de cinco anos, na medida em que for necessário para assegurar-lhe as condições operacionais e econômicas em vigor na época da entrada da lei, ou estabelece que durante esse período de cinco anos a Consulente terá o seu resultado operacional limitado à margem bruta de refino que auferia antes da entrada em vigor da nova lei?

Resposta — O art. 72 da Lei n. 9.478/97 admite a eventualidade de um subsídio às refinarias, por parte da União, visando a manter o equilíbrio financeiro da exploração do serviço.

Contudo, como assinado, não houve a concessão de subsídio, por desnecessário, pela estabilidade da receita. Consequentemente, pela ausência de subsídio, não haverá saldo credor a devolver.

As condições econômicas da legislação anterior tinham como base, de uma parte, o tabelamento de preços e de custos e, de outro lado, o impedimento de ampliação das atividades de refino. Tratava-se, portanto, de um mercado estático em sua oferta, podendo ser deficitário se não houvesse adequada demanda.

No regime de livre concorrência mais ainda sobressaem as oscilações de mercado.

Dai a possibilidade de que, para manter ou restaurar o equilíbrio financeiro, fosse mister o concurso financeiro do poder Público, sobre a forma de subsídio.

Um dos fatores do equilíbrio financeiro estaria expresso no índice positivo da Margem Bruta de Refino que, como referido na Portaria n. 21, indicava o saldo da remuneração, deduzido o custo do petróleo, não configurando outros custos operacionais, como os de pessoal ou manutenção de instalações.

A possibilidade de eventual déficit financeiro poderia gerar a demanda de subsídio. Todavia, a liberdade concedida pelo novo regime da Lei n. 9.478/97 para a ampliação do mercado, a par de melhor preço de compra do petróleo, garantiu às refinarias um grau de

lucratividade que tornou dispensável os subsídios.

O acesso pleno às razões que teriam levado a ANP a pressupor a existência de subsídio e de seu saldo credor estará facilitado na medida em que for revelado o teor da Resolução que requisitou o correspondente pagamento pela refinaria (Resolução da Diretoria n. 213, de 29-03-2001).

Terceiro — O artigo 72 da Lei n. 9.478/97 cria para a Consulente a obrigação de pagar à União valor que não tenha recebido como subsídio?

Resposta — O art. 72 da Lei n. 9.478/97 apenas se refere, nos itens II e III de seu parágrafo único, à “redação de subsídios”. Nada dispõe quanto à instituição deles, a que nenhum outro preceito da lei faz referência.

Quarto — As atribuições que a Lei n. 9.478/97 comete à ANP, de regular e fiscalizar a atividade que a Consulente é autorizada a exercer, compreendem a de criar, para a Consulente, obrigação de transferir para a União parte do seu resultado operacional?

Resposta — O resultado operacional oriundo da atividade de refino do petróleo pelas empresas privadas autorizadas a operá-la é de sua estrita propriedade, não cabendo à União dele compartilhar.

Quinto — É válida a norma da Portaria n. 21 que prescreve à Consulente o depósito em conta da União da margem bruta de refino que exceder da referida ao entrar em vigor a Lei n. 9.478/97?

Resposta — A margem bruta de refino (MBR), regulada na Portaria n. 21, representa a remuneração, por unidade, da atividade de refino que exceder ao custo do petróleo processado no período produtivo em consideração. Integra, portanto, o lucro operacional gerado pela atividade em causa, do qual não participa a União.

Não é válida, em decorrência, a hipótese de existir saldo credor de um subsídio inexistente, a que alude o art. 7º da Portaria n. 21.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2001.

CAIO TÁCITO