

Tutela Jurídica da energia vinculada ao Direito Ambiental brasileiro*

*Juridical guardianship of energy linked
to the brazilian environmental law*

Celso Antonio Pacheco Fiorillo**

Renata Marques Ferreira***

Resumo: A energia, que é um bem ambiental, tem estrutura no plano jurídico como de uso comum do povo, sendo essencial à sadia qualidade de vida. Assim, configura nova realidade jurídica, em face da disciplina de um bem que não é público nem, muito menos, particular, representando um terceiro gênero de

* Para um estudo aprofundado ver nosso *Curso de Direito da Energia: tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

** (FMU, SP, Brasil). Livre-Docente em Direito Ambiental pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) (1999). Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (1994). Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP (1989). Graduado em Direito pela PUC/SP (1982). É o primeiro professor livre-docente em Direito Ambiental do Brasil. Coordenador e professor no Programa de Pós-Graduação em Direito da Sociedade da Informação (Mestrado) do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), bem como no Curso de Especialização em Direito Ambiental Empresarial do mesmo Centro Universitário. Professor no programa de Mestrado Interdisciplinar em Saúde Ambiental da FMU.

*** (FMU, SP, Brasil). Doutorado em Direito das Relações Sociais (subárea de Direitos Difusos e Coletivos – Direito Ambiental) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) (2008). Mestrado em Direito das Relações Sociais (subárea de Direitos Difusos e Coletivos – Direito Ambiental Tributário) pela PUC/SP (2003). Professora no Programa de Mestrado em Saúde Ambiental da FMU – Tutela Jurídica do Meio Ambiente. Professora no Curso de Especialização em Direito Ambiental da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (Autarquia Municipal). Professora Titular nas Faculdades Integradas Rio Branco (Fundação Rotary). É coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica das Faculdades Integradas Rio Branco (Fundação Rotary), bem como do projeto “Os direitos humanos vão para as Faculdades de Direito” em convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo. Professora convidada na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo (ESA-OAB/SP).

bem. A titularidade da energia é exercida pelo povo, sendo bem um que não está disponível, de forma particular, a ninguém. Diante dessa especificidade, a tutela jurídica da energia precisa ser compreendida na dimensão contemporânea do Direito, não sendo possível a utilização de institutos e interpretações lastreadas em visões anteriores à própria superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Energia. Proteção jurídica.

Abstract: The energy, which is an environmental welfare, has in its legal structure as common use, is essential to a healthy quality of life. Thus, sets new legal reality, given the discipline of a well that is not public nor, much less, particularly, representing a third kind of welfare. The ownership of the power is exercised by the people, and this welfare that is not available in a particular way, to anyone. Given this specificity, the juridical guardianship of energy needs to be understood in contemporary dimension of law, it is not possible to use institutes based by visions and interpretations prior to itself overcome the dichotomy between public law and private law.

Keywords: Environmental Law. Energy. Legal protection.

Introdução

A compreensão da tutela jurídica da energia constitui tarefa que não dispensa a percepção da natureza do bem ambiental.

Com efeito, somente a partir da aceitação da natureza do bem ambiental, como um terceiro gênero de bem, é que se poderá, de maneira eficaz, garantir a tutela jurídica da energia, essencial à sadia qualidade de vida humana.

Ao povo cabe a titularidade desse bem, que é de todos e de ninguém individualmente. Assim, a definição de mecanismos eficazes de tutela também garantirão, ao final, a preservação da sadia qualidade de vida.

1 Energia, um bem ambiental

Necessária para se criarem bens a partir dos recursos naturais,^{1, 2} assim como para fornecer grande parte dos serviços destinados ao benefício

¹ Estão vinculados aos recursos naturais, conforme define o *Dicionário de ecologia e ciências ambientais*, “qualquer material fornecido por um ambiente que é utilizado pelos homens, como os combustíveis (madeira, carvão, etc.), recursos minerais ou ainda madeira de corte”. Já o *Dicionário de ciência ambiental* define recursos naturais como “substâncias, estruturas e processos

da pessoa humana, a energia pode ser definida como a “capacidade para a ação vigorosa; força inerente; forças potenciais”, sendo certo que é uma “quantidade conservada” não sendo “criada ou destruída, mas apenas convertida ou redistribuída de uma forma para outra”.³

Definida com frequência como capacidade de realizar trabalho⁴ pode ser encontrada em muitas formas como no vento⁵ ou na água corrente, bem como armazenada em matéria como os combustíveis fósseis – petróleo, carvão, gás natural – que pode ser queimada para uma “ação vigorosa”.⁶

Ao nos referirmos à questão da energia no Brasil,^{7,8} torna-se necessário o conhecimento de alguns dos conceitos básicos incorporados ao jargão

frequentemente utilizados pelas pessoas, mas que não podem ser criados por elas”. Ver *Dicionário de ecologia e ciências ambientais* de Henry W. Art, Melhoramentos, 1998 e *Dicionário de ciência ambiental* de H. Steven Dashefsky, 3. ed. São Paulo: Gaia, 2003.

² Explica o *Dicionário de ciência ambiental* que os recursos naturais podem ser renováveis ou não renováveis. Os recursos naturais renováveis incluem o sol, o solo, as plantas e a vida animal, uma vez que todos eles se perpetuam naturalmente. Os recursos naturais não renováveis são aqueles que não se perpetuam sendo certo que usados continuamente pela pessoa humana irão se esgotar algum dia, como, por exemplo, os minerais e os chamados combustíveis fósseis (depósito de material orgânico fóssil que é suficientemente combustível para ser usado como tal, conforme explica o *Dicionário de ecologia e ciências ambientais*; o carvão, o petróleo e o gás natural são combustíveis fósseis).

³ Conforme manifestado por Roger A. Hinrichs e Merlin Kleinbach na obra *Energia e meio ambiente*, trad. da 3. ed. norte-americana, Thomson, 2003.

⁴ Ver *Dicionário de Ecologia e Ciências Ambientais*, de Henry W. Art, Melhoramentos, 1998.

⁵ A energia eólica, energia do vento, é aproveitada para impulsionar uma máquina (um moinho de vento) ou para mover um gerador elétrico (uma turbina de vento) conforme explica o *Dicionário de ecologia e ciências ambientais*. Os problemas ambientais são diminutos para essa fonte de energia renovável para não causa poluição do ar nem da água sendo certo que seu único inconveniente é a poluição sonora conforme explicam os estudiosos.

⁶ A natureza, conforme indicado pelo *Dicionário de ciências*, obedece a uma lei de Conservação que afirma: num sistema isolado existe uma quantidade, a energia, imutável qualquer que seja a transformação por que ele passe. Ela aparece sob diversas formas cuja soma, que é a energia total, não varia embora possa haver transformação de uma em outra. Ver *Dicionário de ciências* sob a direção de Lionel Salem, Vozes/Unicamp, 1995.

⁷ Como explicam Hinrichs e Kleinbach “o Brasil dispõe de uma vantagem comparativa em relação a outros países, pois possui uma grande reserva energética renovável, derivada da cana-de-açúcar: o álcool etílico, ou etanol, um combustível renovável e que apresenta taxas de emissão bastante inferior às observadas nos derivados de petróleo. Segundo a Fapesp a tecnologia do etanol vem sendo desenvolvida há três décadas sendo certo que o Brasil tem mais de 6 milhões de hectares de cana-de-açúcar produzindo 17,7 bilhões de litros de etanol, algo em torno de 35% do total mundial, em 325 usinas sucroalcooleiras. O Brasil e os Estados Unidos – com uma produção de 18,5 bilhões de litros de etanol obtidos a partir do milho – respondem por 70% do mercado mundial de etanol. (Ver pesquisa Fapesp, 136, junho de 2007.

⁸ A energia solar também mereceria atenção em nosso país. Alguns cientistas, explica Dashefsky, “acreditam que o SOL é a fonte de energia alternativa definitiva e a resposta para a maioria dos

técnico utilizado no País como ensinam Flávio Maron Vichi e Leonardo Freire de Mello,⁹ a saber:

Energia primária – fontes fornecidas pela natureza de forma direta (petróleo, gás natural, carvão mineral, energia hidráulica, lenha, etc.);

Energia secundária – energia transformada a partir de fontes primárias, em centros de transformação. Alguns exemplos são: óleo diesel, gasolina, coque de carvão, eletricidade, etc.;

Centros de transformação – locais onde parte da energia primária é convertida em energia secundária (refinarias de petróleo, usinas de gás natural, coqueiras, usinas hidrelétricas, etc.

Destarte a *energia ser um bem ambiental* tutelado na forma do que estabelece a Constituição Federal de 1988 e balizada via normas infraconstitucionais,¹⁰ conforme suas diferentes formas, visa ao aproveitamento das chamadas “fontes de energia”.

Como bem ambiental que é (art. 225 da Carta Magna), a energia se estrutura no plano jurídico como sendo de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, configurando uma nova realidade jurídica, em face da disciplina de um bem que não é público nem, muito menos, particular.

O povo, portanto, é quem exerce a titularidade da energia como um bem ambiental que ela é dentro de um critério, adaptado à visão da existência de um “bem que não está na disponibilidade particular de ninguém, nem de pessoa privada nem de pessoa pública”.¹¹

nossos problemas”. Proporcionando muito mais energia do que todas as pessoas do mundo inteiro precisam ainda não é aproveitada de maneira eficiente existindo, como lembra o autor do *Dicionário de ciência ambiental*, sendo certo que produz puçá ou nenhuma poluição do ar e da água, não adiciona dióxido de carbono (um gás estufa) na atmosfera e não destrói a Terra.

⁹ A questão energética no Brasil (*Energia e meio ambiente*, de Roger A. Hinrichs e Merlin Kleinbach, Thomson, 2003).

¹⁰ Além da Lei Federal 6.938/1981 definir que são recursos ambientais a atmosfera, as águas interiores, as superficiais e as subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (art. 3º, V) também estabelece a Lei Federal 9.985/2000, regulamentando o art. 225, parágrafo 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, que a atmosfera, as águas interiores, as superficiais e as subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora são recursos ambientais (art. 2º, IV). O Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002), embora inaplicável para a tutela dos bens ambientais, considera móvel para efeitos legais (?) as energias que tenham valor econômico (art. 83, I).

¹¹ Como historicamente temos afirmado, o art. 225 da Constituição brasileira estabelece a existência de uma norma constitucional vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como reafirma que *todos*, e não tão-somente as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privado

O bem ambiental criado pela Constituição Federal de 1988 é, pois, um bem de *uso comum*, a saber, um bem que pode ser desfrutado por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais.

Além disso, para que o bem tenha a estrutura de bem ambiental, deve ser, além de *uso comum do povo*, *essencial à sadia qualidade de vida*.

Quais seriam no ordenamento positivo os bens essenciais à sadia qualidade de vida?

A resposta está nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil entendida como Estado Democrático de Direito: são os bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana.

Os referidos bens, por via de consequência, encontram correlação com os direitos fundamentais da pessoa humana apontados no art. 6º da Constituição Federal: o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à proteção à infância e mesmo o direito à assistência aos desamparados, todos eles já comentados na presente hora.

É, portanto, da somatória dos dois aspectos aqui comentados, a saber, ser de uso comum de todos e essencial à sadia qualidade de vida, que se estrutura constitucionalmente o bem ambiental criado pela Constituição Federal de 1988.

Com efeito, no ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal acolheu, ao que tudo indica, nossa interpretação conforme podemos observar:

“Os arts. 2º da Lei 8.176/1991 e 55 da Lei 9.605/1998 tutelam bens jurídicos distintos (grifos nossos): o primeiro visa a resguardar o patrimônio da União; o segundo protege o meio ambiente (grifos nossos). Daí a improcedência da alegação de que o art. 55 da Lei 9.605/1998 revogou o art. 2º da Lei 8.176/1991.” (HC 89.878, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 20-4-2010, Segunda Turma, *DJE*, de 14-5-2010.)

ou mesmo as pessoas jurídicas de direito público interno, *são* titulares desse direito, não se reportando, por conseguinte, a uma pessoa individualmente concebida, mas a uma coletividade de pessoas indefinidas, no sentido de destacar uma posição para além da visão individual, demarcando critério nitidamente transindividual, em que não se pretende determinar, de forma rigorosa, seus titulares. Ver todas as edições de nosso *Curso de Direito Ambiental brasileiro* e, especificamente, a 13. edição revista, atualizada e ampliada, Saraiva, 2012.

Destarte a contemporânea interpretação dos bens ambientais criados pela Carta Magna de 1988 – e por via de consequência da energia – necessariamente superou a tacanha visão de que o meio ambiente é *patrimônio público*; como tivemos oportunidade de argumentar – inclusive com o apoio recente de interpretação realizada pelo STF – o meio ambiente e por via de consequência os bens ambientais são os bens fundamentais à garantia da dignidade da pessoa humana em nosso Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, a Carta Magna, no art. 20, estabeleceu que, além dos recursos ambientais gerenciados pela União (ver incisos I a XI) também merecem sua tutela jurídica (art. 20, VIII) os chamados potenciais de energia hidráulica.

É importante lembrar que mais de 90% da capacidade brasileira de geração de eletricidade é baseada, como explicam Vichi e Mello, “em dois elementos gratuitos: a água e a força da gravidade” vez que nosso País, “conforme já tivemos oportunidade de afirmar em outras oportunidades, possui grandes bacias hidrográficas, com muitos rios permanentemente espalhados por todo o território nacional, cuja pequena declividade favorece a formação de grandes lagos, que nada mais são do que energia potencial armazenada”, existindo evidentemente uma “dependência do regime de chuvas, já que os reservatórios funcionam como um estoque”.

Por outro lado, ocorreu clara previsão constitucional em face dos serviços e das instalações nucleares, estabelecendo, inclusive, a Lei Maior princípios e condições adstritas ao tema além de indicar a responsabilidade objetiva por danos nucleares (art. 21, XXIII).

Destarte não se pode pensar em qualquer política energética nacional adaptada a parâmetros jurídicos, sem observar a tutela jurídica da energia hidráulica e mesmo da energia nuclear.¹²

De qualquer forma, a Lei 9.478/1997 foi criada em nosso país sendo atualizada em 2005 (Lei 11.097/2005) para dispor sobre a denominada

¹² O Brasil conta, atualmente, com duas usinas nucleares em operação: Angra 1 e Angra 2, além de uma terceira em fase de implantação (Angra 3). Fonte de energia alternativa que se tornou popular na década de 70 (séc. XX), proliferando no começo da década de 80 em muitos países (em 1989 havia 110 usinas de energia nuclear nos Estados Unidos fornecendo 20% das necessidades energéticas americanas), não causa poluição do ar nem libera gases estufa na atmosfera, além de causar uma diminuta poluição da água. O problema da energia nuclear está vinculado à segurança, ao custo, bem como ao descarte de resíduos nucleares dos materiais radioativos gastos.

“política energética nacional”, estabelecendo que as políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia devem estar ligadas aos objetivos indicados no art. 1º, incisos I a XII da norma referida.

Claro está que o objetivo da lei não foi somente o de procurar disciplinar o aproveitamento racional de algumas fontes de energia¹³ no plano infraconstitucional, estabelecendo regras jurídicas no que se refere ao uso racional das referidas fontes, mas também o de fixar deveres e direitos adaptados ao uso de fontes de energia observados em harmonia com as necessidades de brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 1º, II c/c art. 5º da Constituição Federal) articulados com a ordem econômica do capitalismo (art. 1º, IV c/c art. 170 da Constituição Federal).

A proteção do meio ambiente é objetivo explicitamente indicado pelo legislador (art. 1º, IV) assim como a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, à qualidade e à oferta de produtos (art. 1º, III) guardando rigorosa sintonia com o art. 170 da Carta Magna.

Os *hidrocarbonetos*¹⁴ (líquido em seu estado natural – *petróleo* e em estado gasoso nas condições atmosféricas normais – *gás*, ambos de origem fóssil), assim como os combustíveis derivados de *biomassa*^{15,16} (derivada

¹³ Na história das fontes de energia, destaca o *Dicionário de ciência ambiental* que a madeira foi a primeira fonte de combustível tendo sido usada para cozinhar alimentos, aquecer moradias e transformar metais em utensílios, ferramentas e armas. Como a demanda por madeira cresceu, o fornecimento diminuiu em muitas partes do mundo, e novas alternativas tiveram de ser encontradas como o carvão, combustível fóssil criado a partir da vegetação (fóssil, segundo o *Dicionário das ciências*, é o resto de seres vivos conservados durante diferentes eras geológicas: uma parte de animal ou vegetal – objeto fóssil – ou suas impressões – fóssil impresso) que passou a ser usado e considerado muito importante no século XVIII, no âmbito da Revolução Industrial. No processo de substituição da madeira, os poços de *petróleo* (combustível fóssil formado a partir de organismos marinhos) começaram a ser perfurados (meados do século XIX, início do século XX) tendo sido usado, primeiramente, como querosene de lamparina enquanto a gasolina era considerada um subproduto residual, assim como o *gás natural* (que era queimado no poço de petróleo como um resíduo). A energia *hidrelétrica* produzida pelo movimento da *água* (início do século XX), assim como a energia *nuclear* produzida em decorrência da liberação de energia pela mudança de estrutura do núcleo de um elemento – fissão, ou fusão, de núcleos atômicos – como o *urânio* (final do século XX), também passaram a assumir lugar de destaque no que se refere às fontes de energia.

¹⁴ A queima de combustíveis fósseis emite gases estufa que aumentam as temperaturas globais conforme lembra Dashefsky.

¹⁵ Como explica Dashefsky, a energia de biomassa é uma “alternativa aos combustíveis fósseis (petróleo, gás, carvão) que utiliza quase todas as formas de matéria orgânica, especificamente resíduos animais e plantas, como uma fonte de energia”.

¹⁶ O *biocombustível* (art. 6º, XXIV da Lei 9.478/1997) é o combustível derivado de biomassa renovável para uso em motores à combustão interna ou, conforme regulamento, por outro tipo de geração de energia, que possa substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil; o *biodiesel*

de matéria viva como grãos, árvores, plantas) destinados a substituir parcial ou totalmente os combustíveis de origem fóssil, passam a ser disciplinados pela Lei 9.478/1997 que procurou fixar definições jurídicas para termos técnicos específicos da indústria de petróleo, gás, seus derivados e mesmo de bicomcombustíveis (art. 6º, incisos I a XXV).

Para a instalação de obras ou mesmo de atividades relacionadas ao aproveitamento racional de energia (como os centros de transformação anteriormente mencionados), o Poder Público tem a incumbência constitucional de exigir do empreendedor, em princípio, *estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade não só em obediência ao que determina o art. 225, parágrafo 1º, IV da Constituição Federal, mas em atendimento aos objetivos da Lei 9.478/1997 fixados em seu art. 1º e já apontados anteriormente.

No que se refere à análise do exercício do monopólio, domínio do resultado da lavra de jazidas de petróleo, de gás natural, bem como de outros hidrocarbonetos, assim como direitos e deveres de contratados e concessionários vinculados ao tema, cabe reiterar comentários que já tivemos oportunidade de desenvolver (tutela jurídica dos recursos minerais) bem como reproduzir a decisão do Supremo Tribunal Federal (2/3/2007) em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.366, com Acórdão redigido pelo ministro Eros Grau em decorrência de seu caráter didático:

(art. 6º, XXV da Lei 9.478/1997) é o biocombustível derivado de biomassa renovável para uso em motores à combustão interna com ignição por compressão ou, conforme regulamento para geração de outro tipo de energia, que possa substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil. De maneira geral, “os óleos vegetais podem reagir quimicamente com o álcool anidro (sem água como o utilizado como combustível) ou com o metanol para produzir ésteres. Esses ésteres, quando usados como biocombustíveis, levam o nome de *biodiesel*”, que pode ser obtido a partir do processamento de *sementes* de girassol, soja, dendê, castanha, buriti, amendoim, mamona, algodão e outros vegetais conforme explicam Vichi e Mello. O Brasil desenvolve pesquisa sobre o Biodiesel desde 1975 estando atualmente em funcionamento 23 usinas de processamento de biocombustível com capacidade de produção de 964 milhões de litros destinados à mistura de 2% em torno do óleo diesel no País que foi obrigatório a partir de 2008. Há, todavia, um longo caminho a percorrer no desenvolvimento da citada tecnologia já que quase todo o biodiesel produzido no Brasil é feito a partir do metanol, que não é considerado propriamente renovável. Ver pesquisa da Fapesp, n. 134 e 136.

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

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

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

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

4. A existência ou o desenvolvimento de uma *atividade econômica* sem que a *propriedade do bem* empregado no processo produtivo ou comercial seja concomitantemente detida pelo agente daquela atividade não ofende a Constituição. O conceito de atividade econômica (como sendo atividade empresarial) prescinde da propriedade dos bens de produção.

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

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

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

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

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

10. Tanto as atividades previstas no art. 176 quanto as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da CF/88, seriam materialmente impossíveis se os concessionários e contratados, respectivamente, não pudessem apropriar-se, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas.

11. A EC 9/1995 permite que a União transfira ao seu contratado os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais.

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

das jazidas e dos recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil.

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

14. A Petrobras não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas (§ 1º, II, do art. 173 da CF/88). Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios (art. 37, XXI, da CF/88), as contratações previstas no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil.

15. O art. 26, § 3º, da Lei 9.478/1997 dá regulação ao chamado *silêncio da Administração*. Matéria infraconstitucional, sem ofensa direta à Constituição.

16. Os preceitos dos arts. 28, I e III; 43, parágrafo único; e 51, parágrafo único, da Lei 9.478/1998 são próprios às contratações de que se cuida, admitidas expressamente pelo § 2º do art. 177 da CF/88.

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

18. Não há que falar-se em inconstitucionalidade do art. 60, *caput*, da Lei 9.478/1997. O preceito exige, para a exportação do produto da exploração da atividade petrolífera, seja atendido o disposto no art. 4º da Lei 8.176/1991, observadas as políticas aprovadas pelo presidente da República, propostas pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) (art. 84, II, da CF/88).

19. Ação direta julgada improcedente.

A tutela jurídica da energia merece, por via de consequência, uma análise contemporânea de nosso Direito Positivo não guardando qualquer compatibilidade com interpretações baseadas em subsistemas originários do século XIX ou mesmo estabelecidas com enfoque na superada visão: direito público *versus* direito privado.

Referências

- ALIBRANDI-FERRI. *Os bens culturais e ambientais*. Milano: Giuffrè, 1985.
- _____. *A responsabilidade pelo dano ambiental*. Milano: Giuffrè, 1988.
- ALPA, Guido. Natureza jurídica do dano ambiental: o dano ambiental com referência à responsabilidade civil. *Rivista Trimestrale degli Appalti*, p. 147, 1987.
- CANTUCCI, Michele. *Bens culturais e ambientais: novíssimo digesto italiano*. Torino: Utet, 1968. Apêndice.
- _____. *A tutela jurídica dos bens de interesse artístico e histórico*. Padova: Cedam, 1953.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da Justiça Civil*. São Paulo: RT, 1977.
- CORASANTI, Aldo. A tutela dos interesses difusos defronte do juiz ordinário. *Rivista di Diritto Civile*, p. 180 ss, 1978.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FIORILLO, Celso A. P. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *Princípios de Direito Processual Ambiental*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Direito Ambiental Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Estatuto da Cidade comentado: Lei 10.257/2001: Lei do Meio Ambiente artificial*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010.
- _____. *Curso de Direito da Energia: tutela jurídica da água, do petróleo e do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O Direito de Antena em face do Direito Ambiental no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010. Tese (Livre-Docente) – São Paulo, 2010. (Clássicos do Direito Ambiental Brasileiro, v. 1).
- D'AMELIO, Piero. *Consiglio di Stato*, sez. IV, 18-1-77, Rass. Avv. Stato, 1977.

_____. Ambiente (tutela do): o Direito Administrativo. *Enciclopedia Juridica*, Milano, Giuffrè, p. 3, 1988.

DE LISE, Pasquale. *A tutela do meio ambiente no quadro do assentamento do território*: os problemas jurídicos e econômicos da tutela do meio ambiente. Milano: Giuffrè, 1978. p. 31.

DI GIOVINE, J.; SQUILLANTE, R. *Ambiente e poder*. Milano: Etas Libri, 1975.

GIAMPIETRO, A. *A responsabilidade pelo dano ambiental*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 165.

GIANNINI, M. S. *Direito Administrativo*. Milano: Giuffrè, 1970. v. 2.

_____. Ambiente: ensaio sobre os seus diversos aspectos jurídicos. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milano, 1973, Passim.

_____. *Os bens públicos*. Roma: Bolzoni, 1963.

GRECO, G. A ilícita degradação do ambiente e o problema do ressarcimento dos danos sofridos pelos entes públicos (titulares de poder e não de direitos sobre aquele bem). *Imprensa amb.*, p. a., p. 458-459, 1984.

GRISOLIA, V. M. *A tutela das obras de arte*. Roma: Foro Italiano, 1952.

MADALENA, Paolo. *Direito e ambiente*: material de doutrina e jurisprudência comentado por Almerighi e Alpa: parte 1: Direito Civil. Padova: Giuffrè, 1984.

MALINCONICO, Carlo. *I beni ambientali*. Padova: Cedam, 1991.

NERY JÚNIOR, N. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*: atualizada até 10/4/2006. São Paulo: RT, 2006.

PALMA, G. *Bens de interesse público e conteúdo da propriedade*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1971.

PRIEUR, Michel. *Direito Ambiental*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1991.

RODOTÁ, Stefano. *Introdução à responsabilidade da empresa pelos danos ambientais e aos consumidores*. Milano: Giuffrè, 1978.

RUIZ, Vieytez. *El derecho al ambiente como derecho de participación*. Bilbao: Ararteko, 1992.

SANDULLI, A. M. *Manual de Direito Administrativo*. Napoli: Giuffrè, 1982. v. 1.

_____. Bens públicos. *Enciclopedia del Diritto*, Milano, v. 5, p. 279.

SANTANIELLO, Giuseppe. *A legitimação à tutela do ambiente e dos bens ambientais*: escritos em homenagem a Massimo Severo Giannini. Milano: Giuffrè, 1958. v. 2.

SILVA, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORREGROSSA, Giovanni. *Introdução ao Direito Urbanístico*. Milano: Giuffrè, 1987.

_____. *Perfis da tutela ambiental*: estudos para os cento e cinquenta anos do Conselho de Estado. Roma: Giuffrè, 1981.

ZANOBINI, Guido. *Curso de Direito Administrativo*. Milano: Giuffrè, 1958. v. 4.

ZANUTTIGH, Lorian. Direito Ambiental e tutela jurisdicional. *Revista de Direito Processual*, Milano, n. 2, p. 720 s, 1979.