

DISCIPLINA JURÍDICA DA REFINAÇÃO DE PETRÓLEO EM FACE DA NOVA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

JUARY C. SILVA

— Ao contrário de outros sistemas jurídicos, no Direito brasileiro só é cabível a declaração de inconstitucionalidade a respeito das leis *posteriores* à Constituição, sendo as anteriores simplesmente consideradas revogadas pelo advento da Carta Magna, na medida em que não forem com ela compatíveis.

— Se a Constituição repetir parcialmente preceito constante de lei ordinária anterior, deve entender-se que não o revogou, se ambos os dispositivos — o da Constituição e o da lei ordinária, deduzida desta a parcela incorporada àquela — forem compatíveis entre si; a inovação deve compreender-se no sentido de que êsse segmento de lei ordinária introduzido na Constituição tenha adquirido um novo *status* jurídico, passando, de preceito meramente *legal*, à categoria de regra *constitucional*.

— Se, contudo, é uma lei ordinária que transcreve em parte dispositivo de lei anterior, é de admitir-se que tenha revogado o trecho não repetido, porque entre normas da mesma categoria o efeito revogatório é que pode ocorrer, mas não o efeito translativo de categoria jurídica, o qual pressupõe normas gradualmente diversas.

— Face ao art. 162 da nova Constituição do Brasil, o monopólio estatal da pesquisa e lavra do petróleo deixou de revestir caráter meramente legal, para adquirir foros de preceito constitucional.

— Por não contrair a êsse preceito, continua a vigor integralmente o regime monopolístico do petróleo instituído pela lei 2.004, de 3 de outubro de 1953, com a única diferença de que, doravante, o monopólio estatal da pesquisa e lavra é inderrogável pela lei ordinária.

— Igualmente permaneceu inalterada, sob a nova Lei Magna, a situação jurídica das refinarias particulares, cuja regulamentação prevista na mesma lei não infringe o novo texto constitucional.

I — *Colocação do problema* — Tendo a nova Constituição brasileira, promulgada em 24 de janeiro de 1967, disposto, em seu art. 162, que

“A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.” (1),

silenciando sobre a refinação do petróleo, indaga-se: estaria abolido este monopólio, o qual fora instituído, juntamente com o da pesquisa e lavra, pela lei 2.004, de 3 de outubro de 1953? (2)

De fato, o intérprete poderia inferir desse dispositivo constitucional, a par desse primeiro entendimento, isto é, a *abolição* do monopólio estatal do refino, ainda duas outras interpretações diversas. Chamando essa primeira exegese de A, teríamos, ademais:

B) O monopólio de refinação estaria virtualmente abrangido, por força de compreensão, no de pesquisa e lavra, sendo a redação do art. 162 da Constituição imperfeita por omissão, ou seja, *tôdas* as subespécies de monopólios atribuídos à PETROBRÁS pela lei 2.044 estariam agora sob a égide da Constituição, cujo art. 162 representaria um caso típico em que *lex minus dixit quam voluit*, porém de alcance obviamente mais amplo, mercê de uma interpretação compreensiva.

C) Mencionando o texto tão-só o monopólio da pesquisa e lavra, continuaria o da refinação submetido à lei ordinária,

(1) O preceito desse art. 162 não constava do *Projeto* encaminhado pelo Executivo ao Congresso, tendo provindo de emenda deste. Mas a inovação poderia resultar desastrosa. Se não fôsse na ressalva final do texto — *nos termos da lei* — o dispositivo implicaria na inconstitucionalidade da exploração do monopólio da União em matéria de pesquisa e lavra do petróleo através da PETROBRÁS, porque esta é pessoa jurídica distinta da União. Teria a União de assumir, diretamente, o exercício da pesquisa e lavra do petróleo. Mas, referindo-se à *lei*, ficou inequivocamente resguardada a modalidade indireta de exploração atualmente em vigor, pois, segundo a lei vigente (Lei n.º 2.004, de 3-10-53, art. 2.º), a exploração desse monopólio faz-se pela União *indiretamente*, através da PETROBRÁS, ficando a orientação e fiscalização desse monopólio diretamente a cargo da União, por intermédio do Conselho Nacional do Petróleo, órgão que não tem personalidade jurídica.

(2) Lei n.º 2.004, citada, art. 1.º.

cindindo-se os monopólios petrolíferos em duas categorias diversas: uma garantida pela Carta Magna, e a outra dotada apenas de um tegumento legal

À primeira vista, tôdas essas interpretações mostram-se corretas e amparadas em argumentos válidos de hermenêutica, de sorte que ao intérprete seria lícito, segundo suas convicções pessoais, optar indiferentemente por uma ou por outra. Essa conclusão, entretanto, repugna à índole do cientista do Direito, o qual, por longa fôrça de hábito, está acostumado a conciliar textos aparentemente contraditórios e a inferir, de um caos aparente, princípios firmes e unívocos, que ao leigo passariam despercebidos por completo (3).

Importa, pois, submeter êsse dispositivo a uma análise mais aturada, eis que essa simples escolha aleatória de interpretações contrastantes seria tão irracional quanto o processo de julgar utilizado pelo juiz BRIDOIE: o da sorte tirada pelos dados.

Cumpre, logo de início, abandonar a consideração isolada dêsse dispositivo, a fim de encará-lo inserido no ordenamento jurídico global, por isso que os preceitos jurídicos, à semelhança de células, não têm vida autônoma, devendo ser sempre vistos como partes de um todo maior, que é o Direito positivo vigente em dado momento histórico, e no qual se inserem, harmônica e interdependentemente.

Para alcançar a verdadeira exegese dêsse dispositivo constitucional será mister, portanto, estudar o sistema monopolístico de refinação do petróleo, criado pela mencionada lei 2.004, sôbre o qual êle veio a incidir, sendo contudo necessário assentar, previamente, princípios seguros no tocante à possível influência da Constituição sôbre a legislação ordinária vigente à data de sua promulgação, matéria obscurecida por dúvidas de monta.

Assim, estudaremos em primeiro lugar alguns problemas de Direito Intertemporal suscitados pelo advento de uma nova Constituição; em seguida, dedicaremos nossa atenção ao regime legal de refinação de petróleo, vigorante quando promulgada a nova Constituição de 24 de janeiro de 1967; aí — e sômente então — estaremos aptos a proceder a uma análise correta do art. 162 da nova Carta Magna e a dessumir, com precisão, o seu verdadeiro sentido.

(3) A êsse respeito, preleciona MIGUEL REALE: "Quem estuda Jurisprudência fica para sempre marcado pelo signo da ordem e da normatividade, por uma inclinação natural para as soluções tendentes a compreender e harmonizar o que a outros olhares se afigura irremediavelmente dividido, fragmentário e irredutível." (*De Dignitate Jurisprudentiae*, in "Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo", 1951, págs. 191-2).

II — *Efeito da Constituição sôbre as leis ordinárias anteriores, a ela contrapostas: revogação, e não inconstitucionalidade* — Embora modernamente não padeça dúvida que, sob o aspecto formal, a Constituição seja uma *lei* (4), alguns autores sustentam, não obstante, que os princípios reguladores da lei no tempo não a abrangeriam. A Constituição — proclamam êsses juristas — não revogaria as leis ordinárias anteriores, com ela incompatíveis, devendo ser declarada a inconstitucionalidade destas, da mesma forma e com os mesmos trâmites como se procede no tocante às leis promulgadas *após* o advento da Constituição (5).

LÚCIO BITTENCOURT adota uma posição conciliatória, segundo a qual ocorreria a revogação das leis ordinárias anteriores incompatíveis com a Constituição, mas *sòmente em consequência* da declaração de inconstitucionalidade, não de pleno direito (6). Essa opinião, *data venia*, parece ser ainda menos aceitável do que a de CASTRO NUNES, representando, ademais, inútil complicação da matéria.

O engano dêsses juristas é manifesto. O vício da inconstitucionalidade só pode aferir-se à luz dos textos constitucionais em vigor quando promulgada a lei de que se cogitar (7), não só em decorrência da própria doutrina clássica do *judicial control*, como ainda da aplicação de princípios comezinhos de Teoria Geral do Direito.

De fato, o objetivo precípua do contrôle da constitucionalidade das leis ordinárias é manter a supremacia da Constituição sôbre estas; caso inexistisse tal mecanismo, praticamente desapareceria a ascendência das normas constitucionais sôbre as leis ordinárias (8), as quais terminariam por confundir-se com a Constituição, ou mesmo revogá-la tácitamente.

(4) Cf. SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, 2.^a ed., 1947, págs. 34-5. LAUN (*Allgemeine Staatslehre im Grundriss*, 8.^a ed., 1961, pág. 97) ensina que “o conceito formal de Constituição foi “desconhecido na Antiguidade, tendo se desenvolvido paulatinamente na “Idade Média, mercê dos privilégios e da outorga pessoal de direitos.”

(5) Assim: CASTRO NUNES, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, 1943, págs. 601-603; C. A. LÚCIO BITTENCOURT, *O Contrôle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 1949, págs. 131-2; aresto do Supremo Tribunal Federal de 18 de junho de 1947, relatado pelo Ministro OROSIMBO NONATO, citado por LÚCIO BITTENCOURT, *ibid.*, pág. 133, nota; para o Direito italiano, embora no particular diverso do brasileiro, cf. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 3.^a ed., 1955, pág. 646.

(6) *Op. cit.*, pág. 132.

(7) A respeito, cf. julgado do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal, de 16 de setembro de 1947, relator o Desembargador SÁ E BENEVIDES (*in* “Revista Forense”, vol. 125, pág. 499).

(8) Diz BURDEAU: “La supériorité des lois constitutionnelles serait “un vain mot si elles pouvaient être impunément violées par les organes

Daí, as regras tradicionais pacientemente cristalizadas pela doutrina e pela jurisprudência nessa delicada matéria: a declaração de inconstitucionalidade só se faz em relação a um caso concreto, e não *in abstracto* (9); na dúvida, presume-se a constitucionalidade, não a inconstitucionalidade; a lei considerada inconstitucional não deixa de existir, mas somente de ser aplicada, e assim por diante. Tais princípios impõem-se, vez que a declaração de inconstitucionalidade é uma medida de ordem excepcional, e que representa, em derradeira análise, uma intromissão do Judiciário no Poder Legislativo (10), devendo, pois, ser usada com parcimônia e de modo cauteloso e discreto.

A essência do contrôle da constitucionalidade consiste em saber, dado um caso concreto, se o legislador ordinário, tendo presente o texto constitucional, ao qual deveria demonstrar obediência irrestrita, desatendeu-o conscientemente, acarretando a ineficácia da norma assim editada, em confronto com a Constituição, que se lhe sobrepõe; pois a inconstitucionalidade outra coisa não é que uma *sanção* à desobediência do legislador ordinário aos mandamentos constitucionais.

Ora, êsse fundamento teórico do contrôle da constitucionalidade não prevalece, de modo algum, no respeitante às leis *anteriores* à Constituição, pois o legislador que as fêz não pode ter tido em vista, para o obedecer, um texto inexistente à época em que legislou. Por conseguinte, a lei ordinária anterior à Constituição não goza da presunção *iuris tantum* de ter respeitado a Constituição; só se pode obedecer a uma norma já editada, nunca a uma ainda por existir.

Como não é possível, outrossim, deixar de obedecer a uma norma futura, infere-se daí que o problema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis é inteiramente *altrio* às leis anteriores à Constituição; essas leis recaem no princípio geral

“de l’Etat.” (*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7.^a ed., 1957, pág. 78). Cf. também SCHWARZ, *American Constitutional Law*, 1955, pág. 11.

(9) Exceto, no Direito brasileiro, em se tratando de representação do Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal sobre atos estaduais infringentes dos princípios da Constituição federal que os Estados-membros devem respeitar (art. 7.^o, VII, da Const. de 1946, e art. 10, VII, da Const. de 1967), nos termos da Lei n.^o 4.337, de 1.^o de junho de 1964. Tal contrôle genérico da constitucionalidade, entretanto, discrepa do contrôle concreto comum, por constituir, em última análise, um juízo prévio sobre o cabimento da intervenção federal nos Estados-membros. A respeito, cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *As Partes na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade*, in “Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara”, vol. 13, 1964, pág. 67 e ss.

(10) “The judicial review of legislation is an obvious encroachment “upon the principle of separation of powers.” (KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1945, pág. 269).

de que a lei posterior — no caso a Constituição — revoga a anterior, se com ela mostrar-se incompatível.

Dêsse modo, pelo menos no sistema jurídico brasileiro e em outros a êle similares, não subsiste qualquer razão para intentar estender o exame da constitucionalidade às leis anteriores à Constituição, sendo evidentíssimo o equívoco dos que pretendem parificar as duas situações. Em outros ordenamentos jurídicos, contudo, informados nesse particular por princípios diversos, não seria errôneo assimilar essas duas situações.

Assim, sendo na Itália a declaração de inconstitucionalidade apanágio da Côte Constitucional (11), a admitir-se que lá a revogação das leis ordinárias anteriores à Constituição pudesse ser proclamada pelos restantes órgãos jurisdicionais, isso equivaleria a atribuir a êstes, por via oblíqua, competência privativa da Côte Constitucional. Por isso, a Côte Constitucional italiana decidiu, a nosso ver acertadamente, em sua primeira decisão (12), que só ela poderia julgar da constitucionalidade das leis, sem distinção entre leis *anteriores* e leis *posteriores* à Constituição.

Comentando êsse aresto, LIEBMAN, muito embora o elogiasse, não pôde silenciar que êle, no entanto, conduz a um verdadeiro paradoxo, porquanto as normas constitucionais, justamente devido à sua superior posição na hierarquia das fontes do Direito, terminariam por possuir uma eficácia menor do que as simples leis ordinárias, pois, ao passo que estas revogam de plano as leis anteriores com elas incompatíveis, as normas constitucionais só o fariam após o julgamento da Côte Constitucional (13).

Propõe LIEBMAN, por isso, uma distinção, a qual nos parece precedente face ao Direito positivo italiano: quando se tratar de preceitos *genéricos* da Constituição, caberia à Côte Constitucional julgar da constitucionalidade dos preceitos ordinários anteriores; ao revés, em se cogitando de preceitos *específicos* da Constituição, os órgãos jurisdicionais comuns poderiam declarar a ab-rogação, por êles, dos textos anteriores que dispusessem em sentido contrário (14).

De qualquer forma, quer se admita, quer não, êsse discrimine aventado pelo ilustre processualista italiano, importa salientar

(11) Const. italiana de 1947, art. 134, 1.^a alínea.

(12) Cf. acórdão n.º 1, de 14 de junho de 1956, o qual pode ser lido na "Rivista di Diritto Processuale", vol. XI, parte II, 1956, pág. 149. A Côte Constitucional italiana demorou a entrar em funcionamento, de modo que sômente em 1956 proferiu sua primeira decisão.

(13) E. T. LIEBMAN, *Invalidità e Abrogazione delle Leggi Anteriori alla Costituzione*, in "Rivista di Diritto Processuale", vol. XI, parte II, 1956, pág. 162.

(14) *Op. cit.*, pág. 163.

que o sistema jurídico italiano, nesse particular, se afasta sensivelmente do Direito brasileiro, de modo que os princípios a êle apropriados não poderiam encontrar guarida em nosso meio; o Brasil não possui, como a Itália, um órgão que monopolize o contrôlo da constitucionalidade, nem tampouco, entre nós, a declaração de inconstitucionalidade gera efeitos *erga omnes*, como se passa naquela país (15).

Tampouco procederiam, no tocante ao nosso Direito, ensinamentos colhidos no Direito alemão. Tal como a Itália, a República Federal alemã possui uma Côrte Constitucional (“Bundesverfassungsgericht”), à qual compete, entre outras coisas, decidir sôbre as divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade, de forma ou de conteúdo, do Direito federal ou estadual com a Constituição (16). Acrescenta a “Lei Básica” alemã de 1949, nas suas Disposições Transitórias e Finais (“Uebergangs- und Schlussbestimmungen”), que o Direito anterior continuaria a vigor, na medida em que não fôsse incompatível com a “Lei Básica” (17), e que a Côrte Constitucional decidiria sôbre se um texto continuava ou não a vigor, como Direito federal, prevendo, assim, até mesmo alguma modificação introduzida na distribuição da competência legiferante da União (“Bund”) e dos Estados-membros (“Laender”) (18); ora, redigido dessa maneira ampla, não há negar que o dispositivo abrange o exame da constitucionalidade das leis anteriores à Constituição de 1949.

A tradicional meticulosidade do povo alemão previu, dessa forma, e procurou resolver de antemão, as dúvidas que se manifestariam no Direito italiano, o qual disciplinou inadequadamente a matéria, ainda que a Côrte Constitucional italiana tenha tomado, ao depois, orientação acertada, segundo se nos afigura.

No tocante, porém, ao Direito brasileiro, no qual não há organismo especificamente incumbido de julgar da constitucionalidade das leis, sendo qualquer órgão jurisdicional capaz de fazê-lo, inclusive o juiz singular (19), e até o Tribunal de Contas (20),

(15) Constituição da Itália, art. 136.

(16) Constituição (“Grundgesetz”; literalmente: *Lei Básica*) alemã de 1949, art. 93, inciso 2.

(17) Lei Básica, art. 123, 1.^a alínea: “Recht aus der Zeit vor dem ‘Zusammentritt des Bundestages gilt fort, soweit es dem Grundgesetze ‘nicht widerspricht.’”

(18) Lei Básica, art. 126: “Meinungsverschiedenheiten ueber das Fort- ‘gelten von Recht als Bundesrecht entscheidet das Bundesverfassungs- ‘gericht.’”

(19) Entre nós, a opinião dos autores que procuraram negar aos juizes singulares a atribuição de declarar a inconstitucionalidade das leis foi repelida pela doutrina e pela jurisprudência. A respeito, cf. JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1.^a ed., 1960, vol. IV, pág. 130, nota 25.

(20) De acôrdo com a *Súmula* 347 da Jurisprudência Predominante

e no qual, ademais, a decisão sôbre a inconstitucionalidade não se reveste de efeitos *erga omnes*, nenhum argumento lógico e juridicamente válido conspira para que se lhe apliquem princípios do teor dêsses.

Por outro lado, a teoria que pretende, no Direito brasileiro, ampliar a apreciação da inconstitucionalidade às leis anteriores à Constituição, infringe princípios comezinhos de Teoria Geral do Direito.

Como já acentuou lãpidamente LIEBMAN, se a lei posterior revoga a anterior com ela incompatível, seria um sumo contra-senso se a Constituição, superior por definição à lei ordinária, não tivesse fôrça para revogá-la de plano, na hipótese de incompatibilidade entre ambas.

Aliás, em pura lógica seria lícito admitir que o simples advento de uma nova Constituição implicasse na revogação *global* da legislação ordinária anterior, porque sendo a Constituição como que *fons omnis iuris*, o qual dela retira sua validade e eficácia (21), suprimida a base da legislação em vigor, esta também desapareceria, por completo, e de pleno direito. Por isso, é usual as constituições inserirem, *ad cautelam*, cláusulas de ressalva da legislação comum em vigor à data de sua promulgação; assim procederam as Constituições brasileiras de 1891, de 1934 e de 1937 (22).

Na prática, entretanto, mesmo que a Constituição não ressalve expressamente a legislação ordinária que encontra em vigor, costuma-se entender que esta continua a vigorar, em tudo que fôr compatível com a nova ordem constitucional, não só em obsequio ao princípio da continuidade das leis, como ainda porque o desaparecimento instantâneo de tãda a legislação vigente representaria um fator de insegurança e balbúrdia no comércio jurídico.

O correto, pois, nesta matéria, é considerar que a Constituição se insere, uma vez promulgada, no ordenamento jurídico global, só revogando a legislação ordinária anterior que fôr com ela incompatível, sem necessidade de ser formalmente declarada a inconstitucionalidade desta, nem sendo preciso, tampouco, ressaltar expressamente a persistência da legislação ordinária com-

do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal de Contas, como se sabe, não possui caráter jurisdicional, sendo organismo auxiliar do Poder Legislativo, com a incumbência precípua de coadjuvar a êste na fiscalização da execução orçamentária.

(21) Por isso, preleciona ZANOBINI que o Direito Constitucional “più che un ramo del Diritto, è la base e il fondamento di tuttí gli altri rami, “i quali trovano in esso i loro presupposti e i loro principí generali.” (*Corso di Diritto Amministrativo*, 8.^a ed., 1958, pág. 32, vol. I).

(22) Constituição de 1891, art. 83; Constituição de 1934, art. 187; e Constituição de 1937, art. 183.

patível com o nôvo texto constitucional (23). É uma solução ao mesmo tempo lógica e pragmática.

Dêsse modo, seria impróprio e equivocado verificar se a lei n.º 2.004 é constitucional ou não, em confronto com o art. 162 da nova Constituição brasileira; o problema consiste em saber se êste revogou ou não dita lei ordinária. Já assentado, portanto, que a Constituição, da mesma forma que a lei ordinária, pode revogar a legislação anterior, sem ser mister declarar a inconstitucionalidade desta, cumpre, agora, estudar o sistema legal disciplinador da refinação de petróleo, sôbre o qual passou a incidir o nôvo texto constitucional, a fim de aferir se êste o revogou, ou se não o fêz.

III — *A disciplina legal do refino de petróleo no Brasil* — Criando o monopólio estatal do petróleo, dispôs a lei 2.004, de 3 de outubro de 1953:

Art. 1.º — Constituem monopólio da União:

I. a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, existentes no território nacional;

II. a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III. o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros, de qualquer origem.

Acrescentou a lei, ademais, no art. 2.º, que êsse monopólio da União Federal seria exercido por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e de fiscalização, e através da sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S. A. (“PETROBRÁS”) e de suas subsidiárias, como órgãos de execução.

As refinarias particulares em funcionamento à data da lei, ou autorizadas a funcionar até 30 de junho do ano anterior, foram expressamente *excluídas* do monopólio estatal, embora não mais pudessem, a partir de então, ampliar a sua capacidade de produção (24).

(23) No sentido do texto: CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 2.ª ed., 1966, vol. I, pág. 89; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1.ª ed., 1960, vol. IV, pág. 137; WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Lei de Introdução ao Código Civil*, s/s/d, vol. I, pág. 75.

(24) Lei n.º 2.004 citada, arts. 43, 44 e 45, respectivamente.

A mesma lei ressalvou ainda que a PETROBRÁS poderia, independentemente de autorização legislativa especial, participar, na qualidade de acionista, de qualquer dessas empresas excluídas do monopólio estatal, a fim de torná-las suas subsidiárias (25).

Em matéria de refino, por conseguinte, a economia petrolífera nacional ficou dividida entre dois sistemas: de um lado, sem restrições ao montante de sua produção, a PETROBRÁS e suas subsidiárias eventuais; do outro, as refinarias particulares, cingidas à sua capacidade produtiva do momento.

Pergunta-se: a faculdade conferida à PETROBRÁS, pelo art. 46 da lei 2.004, de participar, como acionista, das refinarias particulares, abrangeria o direito de expropriar as ações destas?

Em princípio, segundo se nos afigura, a resposta é em sentido negativo. A nosso ver, êsse dispositivo teve em mira, apenas, dispensar autorização legislativa especial para que a empresa estatal pudesse adquirir, pelas formas de direito comum, o controle acionário das refinarias particulares, quando para tal se oferecesse oportunidade, e nas condições normais do comércio jurídico.

O legislador teria cometido uma cincada imperdoável falando em *participar como acionista*, se quisesse dizer *desapropriar*. A despeito de a desapropriação de ações ter por consequência que a pessoa jurídica, em cujo favor se operou a expropriação, adquira a qualidade de titular das ações expropriadas, vale dizer, torne-se acionista, os dois conceitos são lógica e juridicamente diversos. O poder de desapropriar abrange, por força de compreensão, o de tornar-se acionista de uma sociedade anônima, porque envolve o de expropriar ações, que são as parcelas em que se divide o capital societário (26); mas a faculdade de participar como acionista não pode incluir, por mais lata que seja a interpretação, o poder de desapropriar. Constitui princípio cediço de hermenêutica que quem pode *o mais*, pode *o menos*; a recíproca, porém, não é verdadeira.

Também a interpretação sistemática e a teleológica mostram ser êsse o sentido exato do art. 46 da lei 2.004. Tivesse sido reservado à PETROBRÁS o poder de desapropriar as ações das

(25) Art. 46 da mesma Lei n.º 2.004.

(26) Alguns sistemas jurídicos — o italiano, o francês e o português, por exemplo — restringem a desapropriação aos bens de natureza *imóvel*. No Direito brasileiro, porém, como a lei pertinente à matéria fala genericamente em *bens*, dúvida não pode subsistir de que também os móveis são expropriáveis. No tocante às ações de sociedade anônima, em particular, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, no rumoroso caso do Banco Hipotecário e Agrícola do Estado de Minas Gerais. A êsse respeito, leia-se parecer proferido por FRANCISCO CAMPOS, in *Direito Constitucional*, 1956, vol. I, pág. 193 e ss.

refinarias particulares, ao invés de meramente adquirir pelas vias normais as suas ações, o art. 43 da mesma lei, que subtraiu ao monopólio estatal as refinarias particulares em operação à data da lei, ficaria sem sentido; isso equivaleria, na prática, a incluí-las no monopólio estatal, ficando apenas pendente do alvedrio da PETROBRÁS o momento em que essa inclusão se devesse concretizar.

Se a lei visasse a êsse objetivo, teria sido mais curial não ter ressalvado a situação das refinarias particulares, ficando por conseguinte implícito, no silêncio da lei, que elas também seriam abrangidas pelo monopólio estatal, mediante indenização prévia, justa e em dinheiro, na forma dos preceitos legais atinentes à desapropriação.

Quer parecer que a *ratio legis* que animou o legislador ao editar o art. 46 da lei 2.004, em confronto com o reconhecimento que fêz do *status quo* das refinarias particulares, tenha sido a de colocar a novel empresa estatal em condições de maior rentabilidade futura, por não sofrer da restrição de capacidade produtiva imposta às companhias particulares, de sorte que, pelo curso natural da vida econômica, a operação dessas empresas se tornasse onerosa, e ficasse aberto à PETROBRÁS o caminho de ganhar, em condições favoráveis, o seu controle acionário; não conviria à empresa estatal recém-criada abarcar, de imediato, toda a economia da refinação petrolífera.

IV — *A efêmera desapropriação das refinarias particulares em 1964* — A situação das refinarias particulares foi transitóriamente ameaçada em 1957, quando, através do decreto 41.652, de 4 de junho, de evidente inconstitucionalidade (27), o Governo facultou ao Conselho Nacional do Petróleo determinar que elas passassem a refinar óleo cru em benefício da PETROBRÁS, além dos limites fixados em seus respectivos títulos de autorização.

Em fins do governo João Goulart, praticou-se ilegalidade maior. Pelo decreto 53.701, de 13 de março de 1964, foram declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação em favor da PETROBRÁS, as ações de todos e quaisquer acionistas das companhias permissionárias do refino de petróleo, devendo proceder-se ao expropriação sob o regime de urgência, na forma do art. 15 da Lei de Desapropriações, e no prazo de trinta dias (28).

(27) Sobre o assunto, parecer de FRANCISCO CAMPOS, in *Direito Administrativo*, 1958, vol. II, pág. 323 e ss., onde se demonstra a evidência que essa medida importava em abusiva requisição da propriedade particular fora dos casos permitidos pela Constituição.

(28) Decreto n.º 53.701 citado, arts. 1.º, 3.º e 4.º.

Poderia o Poder Público editar essa desapropriação? (29) Sim, sem dúvida; não, porém, sob a forma de um mero decreto executivo. Como a situação jurídica das companhias particulares de refinação fôra ressalvada em *lei*, parece óbvio e evidente que só uma norma jurídica da mesma natureza e vigor seria apta a inovar êsse estado de coisas; do contrário, estaria sendo violentada a hierarquia das fontes do Direito.

Pouco importa que a declaração de utilidade pública seja matéria tratada normalmente por via de decreto; se uma lei garantiu determinado direito de modo específico, o seu titular só pode ser dêle privado por outra lei. Chama-se a isso, de modo amplo, em linguagem técnica do Direito Administrativo, de princípio da *preferência da lei* (30). Manifesta e flagrantemente inconstitucional, por conseguinte, êsse decreto de expropriação das ações das refinarias particulares.

Meses após, o Govêrno revolucionário determinou o reexame das medidas estabelecidas por êsse decreto, criando, através do decreto 54.238, de 2 de setembro de 1964, uma Comissão Especial junto ao Ministério das Minas e Energia, com a incumbência de proceder a seu estudo.

Posteriormente, em face das conclusões dessa Comissão, o malsinado decreto expropriatório foi revogado, através do decreto 56.570, de 9 de julho de 1965 (31).

Voltou, assim, o regime jurídico do refino de petróleo ao sistema originário da lei 2.004. Foi sôbre êste sistema que passou a incidir a nova Constituição, quando, em 15 de março do corrente ano de 1967, começou a vigorar.

Conhecida a influência que a Constituição pode exercitar sôbre a legislação ordinária que encontra em vigor, e precisados

(29) No nosso Direito, só a União Federal, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios é que podem, por direito autônomo, desapropriar. As demais pessoas jurídicas (empresas concessionárias de serviços públicos, autarquias, sociedades de economia mista, ou entidades que exerçam funções delegadas do poder público) podem apenas *promover* a desapropriação, após a competente declaração de utilidade pública. Ensina SEABRA FAGUNDES que promover a desapropriação "é tornar "praticamente eficaz o expropriamento, por acôrdo ou mediante procedimento judicial." (*Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, 1942, pág. 74).

(30) Cf. AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, *Introdução ao Direito Administrativo*, 1960, pág. 25: "O princípio da preferência da lei significa que "sômente pela via legislativa se disporá a propósito de assuntos que já "estêjam de outra maneira regulados por lei."

(31) Um dos *consideranda* do decreto revogador diz a respeito do decreto revogado: "Considerando que o citado decreto fôra expedido em clima "de tensão emocional e sob pressão de forças demagógicas e ideológicas "que, então, ditavam os rumos do extinto govêrno, sem qualquer relação "com os legítimos interesses da Nação."

os contornos dessa legislação, torna-se possível, agora, analisar com segurança o problema pôsto pelo art. 162 da nova Constituição, e ministrar uma resposta exata à indagação inicial.

V — *Compatibilidade entre a nova Constituição e a lei 2.004.* — *Persistência do monopólio estatal do petróleo e da situação jurídica das refinarias particulares* — O art. 162 da Constituição de 24 de janeiro de 1967 repete, substancialmente, o conteúdo do art. 1.º, inciso I, da lei 2.004; silencia, pois, sôbre o monopólio da refinação e o do transporte do petróleo.

Ora, se pode haver, sob o ponto de vista geo-econômico, vantagem em unificar a indústria petrolífera, isto é, em confiar à mesma emprêsa tôdas as fases da indústria, desde a pesquisa e lavra até à distribuição, passando pela refinação e pelo transporte, não há qualquer imperativo de ordem econômica ou jurídica que imponha essa integração vertical. Tôdas essas fases da industrialização do petróleo são perfeitamente distintas umas das outras, podendo cada qual subsistir de per si. Talvez fôsse até mais rentável, do ponto de vista da gerência das emprêsas, especializá-las nas diferentes fases da industrialização, entregando a umas a pesquisa e lavra, a outras a refinação, a terceiras o transporte, e às restantes a distribuição a granel. Trata-se de matéria estritamente técnica, complexa e difícil, na qual só após longos e exaustivos estudos poder-se-á alcançar conclusões seguras; e, por outro lado, de matéria contingente no espaço e no tempo, pois o sistema que fôr o mais racional em dado país e em determinada época não o será necessariamente para outro país e em qualquer grau de desenvolvimento econômico em que se encontre.

Dêsse modo, parece certo que a Constituição de 1967 não procurou romper o sistema monopolístico do petróleo disciplinado pela lei 2.004: como as diversas fases da exploração petrolífera são destacáveis umas das outras, a referência no texto constitucional exclusivamente à pesquisa e lavra significa tão-só que essa fase destacou-se das demais, embora continue a pertencer à União, alçando-se à categoria de monopólio constitucional e tornando-se, destarte, inderrogável doravante pela lei ordinária. Por motivos de alta indagação, pareceu aos constituintes que a pesquisa e lavra do petróleo carecia de uma proteção jurídica mais forte, podendo permanecer a refinação sob o tegumento legal que já possuía; se quisessem incluí-la, a ela teriam feito referência expressa; se quisessem deferí-la à iniciativa particular, o teriam dito explicitamente.

Parece incontroverso, via de conseqüência, que os restantes monopólios estatais do petróleo não se compreendem no monopólio constitucional criado pelo art. 162 da nova Lei Magna; e

inconcusso, outrossim, que êles não foram abolidos e restaurada a iniciativa privada a êsse respeito. Isto porque, de um lado, a pesquisa e lavra do petróleo não abrange, quer jurídica, quer econômicamente, o refino e o transporte dêsse combustível, não sendo de entender, portanto, que o monopólio da pesquisa e lavra incluia virtualmente os demais (hipótese da letra B, do item I acima); e porque, de outro lado, a persistência do monopólio legal da União quanto à refinação e ao transporte do petróleo não conflita com o seu monopólio, agora constitucional, da pesquisa e lavra (hipótese da letra A, do item I, acima).

Seria ocioso acrescentar que, pelos mesmos motivos e com maior força de razão, a situação jurídica das refinarias particulares não foi de qualquer modo atingida pela nova Constituição.

Em suma, a única modificação que a nova Lei Magna operou sobre o regime jurídico da indústria petrolífera brasileira foi a de dotar de um novo *status* o monopólio federal da pesquisa e lavra do petróleo, tornando-o de natureza constitucional, e não mais sujeito, para o futuro, a eventuais investidas do legislador ordinário.

A validade dessa assertiva pode ser comprovada com o mesmo rigor com que se demonstra um teorema em Geometria; trata-se de um raciocínio lógico, no qual as conclusões defluem necessariamente das premissas, e estas, por se revestirem de caráter axiomático, prescindem de demonstração, de modo que, ao termo do processo intelectual, chega-se, inexoravelmente, àquilo *quod erat demonstrandum*.

Preceitua a Lei de Introdução ao Código Civil que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (32).

Lei, nesse contexto, abrange inequivocamente a Constituição, por ser esta, sob o aspecto formal, como acentuado acima, também uma *lei*, embora de categoria superior à daquelas emanadas do legislador comum.

Mas, por serem as normas constitucionais intrinsecamente distintas das leis ordinárias, quase sempre o Poder Constituinte não se ocupa com os assuntos já disciplinados na legislação comum; quando êle se reúne para dotar o País de uma nova lei

(32) Art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. A despeito de ter êsse nome específico, é manifesto que êsse diploma legal regula as normas jurídicas em geral, não sendo seu objeto restrito à legislação civil, e, muito menos, ao Cód. Civil em particular; na reforma legislativa em curso, dar-se-lhe-á o nome de “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”, que é a denominação que se amolda ao assunto de que trata.

básica, sua atenção se concentra, via de regra, nos textos constitucionais que visa substituir ou modificar, não nos assuntos já disciplinados por lei ordinária.

Se os constituintes, por exceção, incorporam ao texto que redigem matéria já constante de lei ordinária, é de se entender, em consequência, que tiveram em mira, primordialmente, dotá-la de uma nova natureza, alçando-a à graduação de preceito constitucional, e tornando-a, para o futuro, infensa a eventuais investidas do legislador comum; e, ao contrário, não se há de presumir que sua intenção fôsse principalmente a de modificar o sentido da lei ordinária, pois isso importaria em julgar o constituinte imbuído da mentalidade própria do legislador ordinário.

Essa translação de categoria jurídica dá-se não só quando o Poder Constituinte repete literalmente algum preceito ordinário, como ainda quando o altere; a única diferença é que, na primeira hipótese, o antigo texto ordinário simplesmente mudou de categoria, ao passo que, na segunda, a par disso, adquiriu também novo sentido.

E, por outro lado, se a nova Constituição omite um dispositivo constante do texto constitucional anterior, não quer isto dizer que o tenha suprimido juridicamente, e sim que lhe retirou sua natureza peculiar de preceito básico, permitindo doravante sua disciplinação pelo legislador ordinário, sem as peias impostas anteriormente pela regra constitucional.

Via de consequência, o efeito que a Constituição opera sobre as leis anteriores é não só o *revogativo*, a que alude a Lei de Introdução ao Código Civil, como também o *translativo de categoria*, sobre o qual não há preceitos legais aplicáveis, mas cuja disciplina obedece a princípios simples e de fácil compreensão. E, pela própria natureza das coisas e em virtude da finalidade ínsita às normas constitucionais — a de assinalar determinados temas considerados mais importantes e de retirá-los da alçada das leis ordinárias —, o efeito translativo de categoria em regra sobreleva, de muito, ao efeito revogatório ou modificativo de sentido, o qual, aliás, nem sequer é peculiar às normas constitucionais, pois as leis ordinárias também o possuem.

Dêsse modo, além de poder revogar a legislação precedente — como o faria qualquer lei ordinária — sobre ela age a Constituição de dúplice maneira: se inclui dispositivos antes não versados na área constitucional, fá-los elevar-se à categoria de preceitos constitucionais; se omite regras constantes do texto constitucional anterior, causa-lhes uma espécie de *capitis deminutio*, fazendo-as perder sua categoria superior, e deferindo, ao legislador ordinário, a possibilidade de modificá-las, ou de regulá-las *ex novo*, caso ainda não previstas em qualquer lei. Essa peculiar influência da Constituição sobre a legislação antecedente decorre,

de modo necessário, da diversidade de graduação entre as normas constitucionais e as ordinárias.

Óbvio que, pertencendo à mesma categoria, as normas ordinárias não possuem entre si essa mesma eficácia translativa de categoria (33), somente sendo capazes de produzir o efeito revogatório usual. Por isso, não faz sentido que a lei ordinária repita *ipsis litteris* preceito legal anterior, porque nessa hipótese ela representaria um mero *bis in idem*, uma superfetação, uma excrescência; nos raros casos em que isso se der, certamente devido a um cochilo do legislador, deve entender-se que a nova lei simplesmente substituiu a antiga, se de fato não lhe aportou qualquer modificação.

Já quanto à Constituição, é concebível que ela copie literalmente um dispositivo de lei ordinária anterior, porque nesse caso ela não configura um *bis in idem*, pois fá-lo mudar de posição na hierarquia jurídica.

De resto, não há estranhar que determinada matéria seja retirada do campo constitucional, ou que a constituição passe a versar assuntos antes afetos ao legislador comum. Não existe uma esfera de atuação rigidamente atribuída ao constituinte, e outra relegada ao legislador comum.

Ainda que conceptualmente a Constituição deva restringir-se à normação dos poderes públicos e dos direitos e garantias individuais — matéria essa que constitui o seu âmbito próprio — é usual que nela se introduzam regras as mais diversas, com o fito, precipuamente, de subtraí-las ao legislador ordinário e dar-lhes maior estabilidade e segurança. Entre nós, o exemplo típico é o da indissolubilidade do vínculo matrimonial, assunto que refoge materialmente da alçada constitucional, mas que nada impede seja inserto na Constituição e adquira, assim, imutabilidade diante da lei ordinária.

Dessa forma, assim como o legendário rei Midas transformava em ouro tudo aquilo que suas mãos tocassem, tudo o que o legislador ordinário discipline adquire caráter *legal*, e tudo o que o constituinte regule ganha natureza *constitucional* (34). Mas ao passo que a transformação de substância operada por esse personagem mitológico era aparentemente irreversível, o mesmo não ocorre com as mutações ocasionadas pelos legisladores, as quais podem a qualquer momento ser desfeitas.

(33) Essa eficácia translativa de categoria jurídica as leis ordinárias podem possuir no tocante aos regulamentos, que se lhes sotopõem. A consideração dêsse problema, no entanto, escapa ao âmbito do presente trabalho.

(34) "Just as everything King Midas touched turned into gold, everything to which the law refers becomes law, *i. e.*, something legally "existing." (KELSEN, *op. cit.*, pág. 161).

Ora, se a Constituição, ao invés de repetir literalmente preceito da lei ordinária anterior, o fizer modificando-o, nem por isso terá deixado de acarretar as duas espécies de efeito que acima distinguimos. Nessa hipótese, ademais do efeito translativo de categoria, ter-se-á dado o efeito revogatório ou modificativo comum.

O mesmo não ocorre, porém, se o constituinte tiver repetido *parte* apenas do anterior preceito da lei ordinária; há de entender-se, então, que cindiu em dois o antigo texto ordinário, transformando parte dêle em norma constitucional, e deixando o restante sob a égide da lei ordinária, se o texto desta, deduzida a parcela incorporada à Constituição, fôr *compatível* com o trecho que mudou de situação jurídica, tomado isoladamente; essa conclusão decorre da circunstância de o efeito translativo de categoria sobrepor-se ao efeito meramente revogatório, em obediência à natureza peculiar das normas constitucionais.

Foi exatamente isto o que se passou com o art. 1.º da lei 2.004, em cotejo com o art. 162 da Constituição de 1967: os dois segmentos, isto é, a parcela incorporada à Constituição e o texto do restante do art. 1.º da lei 2.004, são perfeitamente conciliáveis; não há entre êles incompatibilidade alguma, tanto mais que todos os monopólios petrolíferos continuam a caber, por essa interpretação, ao mesmo titular, ou seja, à União Federal. O espírito do texto, portanto, se amolda ao seu sentido literal.

Se a intenção do constituinte foi outra, que tivesse sido claro e procurasse expressá-la com nitidez; não há que perquirir qual teria sido essa vontade hipotética que não soube exprimir-se. As normas jurídicas são comandos que têm existência independente dos órgãos de Direito Público que as editam, de maneira que, na sua interpretação, ao contrário do que sucede com as declarações de vontade emanadas de sujeitos privados (35), atende-se ao sentido objetivo do enunciado em si, e não à vontade presumível do autor da declaração.

Essa interpretação que propomos do art. 162 da nova Constituição se impõe, em última análise, porque do contrário o efeito revogatório comum iria preponderar sôbre o efeito translativo de categoria, o que contraria a hermenêutica das normas constitucionais. A Constituição, em suma, não há de ter por objetivo precípuo *alterar* a lei ordinária anterior; e sim, se a versar, é de entender-se que quis mudá-la de categoria. Para as modificações de sentido, terá tempo e oportunidade o legislador ordinário; para

(35) Código Civil, art. 85: "Nas declarações de vontade se atenderá 'mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.'" Idem, artigo 1.666: "Quando a cláusula testamentária fôr suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador."

mudar de graduação uma norma, contudo, não há outra oportunidade que a da elaboração da Lei Magna, e às vezes em tempo bastante escasso, como sucedeu em janeiro de 1967.

Em se tratando, porém, de normas ordinárias, como não ocorre o efeito translativo de categoria, o intérprete terá que se ater ao efeito revogatório. Por conseguinte, se fôsse uma lei ordinária, ao invés da Constituição, que tivesse repetido parcialmente o disposto no art. 1.º da lei 2.004, deferindo à União explicitamente apenas o monopólio da pesquisa e lavra do petróleo, estariam abolidos os demais monopólios petrolíferos estatais. Isto se daria, ademais, porque sendo as duas normas da mesma categoria, a matéria dos monopólios petrolíferos passaria a ser regida por inteiro pela lei posterior, na conformidade do citado art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Diferentemente ocorreu, pelo exposto, por ter sido a Constituição, e não a lei ordinária, que transcreveu em parte o art. 1.º da lei 2.004.

A resposta correta à pergunta inicial é, por consequência, aquela sob a letra C, acima.

Pode êsse resultado afigurar-se paradoxal, principalmente aos não versados na Ciência do Direito, porém é êle conseqüência lógica dos princípios que regem a norma jurídica no tempo e do axioma da superioridade imanente da Constituição sôbre as leis ordinárias; sua demonstração é que pode ter sido falha, mas por deficiência nossa, e não dos argumentos que utilizamos. E como certamente êste trabalho merecerá a crítica dos doutos, ficaremos aguardando que êstes supram, com as suas luzes, nossas lacunas e imperfeições.