

Sumário (adicionado ao documento original)

Exposição dos Fatos

Consulta

Parecer [reprodução dos itens constantes do tópico Parecer]

1.0 - Regime Legal dos Atos Administrativos Objeto do Relatório

1.1 - Controle Administrativo das Atividades Relativas ao Petróleo e seus Derivados

1.2 - Fixação dos Preços "Ex-Refinaria" com Base no Valor do Petróleo Cru

1.3 - Decreto-lei nº 61, de 21.11.66

1.4 - O Decreto-lei nº 1.599, de 30.12.1977

1.5 - Decisão do Conselho Nacional do Petróleo em 30.05.78

1.6 - Deliberações do Conselho Nacional do Petróleo em 1984

1.7 - Revisões de Preço até o Plano Real

1.8 - Criação do Departamento Nacional de Combustíveis - DNC

1.9 - Plano Real e Conversão dos Preços em URV

2.0 - O Relatório Trevisan

2.1 - Critérios em Vigor em 07.08.97

2.2 - A Deliberação do Conselho Nacional do Petróleo de 30.05.78

2.3 - Estruturas Vigentes de 28.02.78 a 25.02.84

2.4 - Estruturas entre 22.09 e 24.11.93

2.5 - Conversão dos Preços em URV

2.6 - Estrutura de Preços de 01.01.95

2.7 - Conclusões

3.0 - Apreciação Geral do Relatório

3.1 - Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos

3.2 - Limitação das Informações

3.3 - Falta de Habilitação Técnica do Autor do Relatório

4.0 - Validade dos Atos Administrativos que Aprovaram as Estruturas de Preços

4.1 - Atos Administrativos Vinculados e Discricionários

4.2 - Interpretação da Lei

4.3 - Interpretação do Artigo 2º do Decreto-lei nº 61/66

4.4 - Validade da Deliberação do CNP em 30.05.78

4.5 - Validade das Estruturas de Preços com Vigência entre 22.09 e 24.11.93

4.6 - Validade da Conversão em URV em maio de 1994

5.0 - Interpretação e Aplicação do Artigo 72 da lei nº 9.478/97

Resposta aos quesitos da consulta

PARECER JURÍDICO

Legalidade dos atos administrativos que fixaram, entre 1966 e 1995, os preços de venda dos produtos das refinarias de petróleo.

EXPOSIÇÃO DOS FATOS

Companhias de refinaria de petróleo ("Consulentes") assim expõem os fatos relativos à consulta:

1. As Consulentes exploram a atividade de refino de petróleo e produção de seus derivados, no exercício de autorizações concedidas pelo Conselho Nacional do Petróleo com fundamento no Decreto-lei nº 395, de 29.04.1938, que declarou de utilidade pública e nacionalizou essa atividade. A partir da Lei nº 2.004, de 03.10.1953, que submeteu ao regime de monopólio da União Federal as atividades relativas ao petróleo, continuaram a explorá-la porque os artigos 43 e 44 dessa lei excluíram do monopólio as refinarias cuja instalação e exploração já haviam sido concedidas; mas ficaram impedidas, pelo artigo 45, de ampliar sua capacidade de refino.
2. Os preços praticados pelas Consulentes foram, desde o início do seu funcionamento, fixados pelo Governo Federal, competindo ao Conselho Nacional do Petróleo estabelecer preços mínimos e máximos. A princípio a legislação não continha critério para a fixação desses preços, mas a Lei nº 4.452, de 05.11.1964, ao alterar a legislação do imposto único sobre combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos, estabeleceu, como base de cálculo do imposto sobre os refinados, o preço "ex-refinaria", fixado periodicamente pelo Conselho Nacional do Petróleo mediante multiplicação de coeficientes pela média do custo CIF de petróleo bruto importado (art. 2º); e dois anos depois, o Decreto-lei nº 61, de 21.11.1966, instituiu a fixação dos preços em função dos custos de produção, definindo estrutura de custos com quatro grupos, mas reafirmando o objetivo da legislação de "assegurar a rentabilidade do parque nacional refinador de petróleo" (art. 2º, § 5º).

A estrutura desse Decreto-lei baseou-se no levantamento dos custos de produção das refinarias privadas então em funcionamento, que ainda

representavam parcela ponderável do parque refinador nacional (cerca de 1/3), e garantiu até 1977 a rentabilidade desse parque, criando condições de sua expansão mediante construção de mais quatro refinarias pela Petrobrás.

3. O Decreto-lei nº 1.599/1977 alterou a redação do artigo 2º do Decreto-lei nº 61/66, estabelecendo nova estrutura de custos baseada na economia de refinaria do Paraná recentemente inaugurada pela Petrobrás, com capacidade de produção de 100 mil barris/dia, enquanto cada refinaria privada tinha capacidade de cerca de 10.000 barris/dia. A escala da nova refinaria assegurava custos de produção bem inferiores aos das Consulentes, que logo após o Decreto-lei verificaram ser econômica e financeiramente inviável a continuidade de suas operações com os níveis de preço decorrentes da sua aplicação. A pedido das Consulentes, o Conselho Nacional do Petróleo aceitou realizar levantamento dos seus custos com o fim de fixar valores médios de realização que preservassem sua rentabilidade. Em audiência que lhes foi concedida no dia 00.03.197Y, as Consulentes expuseram ao Sr. Presidente da República, General Ernesto Geisel, a urgente necessidade de revisão dos valores fixados pelo novo Decreto-lei, e essa autoridade, com o conhecimento adquirido no exercício da presidência da Petrobrás, reconheceu prontamente a gravidade da situação. O pleito das Consulentes deu origem ao processo administrativo CNP nº 000.10Y, de 16.05.7Y, no qual foi reconhecido que a estrutura de custos da refinaria da Petrobrás constante do Decreto-lei nº 1.599/77 era diferente das apuradas nas refinarias das Consulentes; e o Conselho Nacional do Petróleo, na 000ª Sessão Extraordinária, realizada em 0A.00.197Z, adotou (ao lado da constante do Decreto-lei nº 1.599/77, que continuou a vigor para a Petrobrás) duas outras estruturas básicas de valor de realização para as Consulentes, que entraram em vigor por referência a 0B.00.197Z.

4. Nas décadas de 1980 e 1990 o aceleração da inflação obrigou à revisão, cada vez mais frequente, dos preços de realização das refinarias, procedendo o Conselho Nacional do Petróleo, em cada época, às adaptações da estrutura do Decreto-lei nº 1.599/77 ao princípio básico da lei de assegurar condições de rentabilidade às refinarias. Nesse período, a sobrevivência das refinarias das Consulentes foi possível, apesar dos atrasos e defasagens no seu ajustamento dos preços tabelados em função da perda

do poder aquisitivo da moeda, devido ao prazo, de até 45 dias, que lhes foi concedido para pagamento, sem qualquer encargo financeiro, do preço de compra do óleo cru. No curso de inflação, que em 199H chegou a atingir cerca de 40% ao mês, essa vantagem financeira passou a constituir importante parcela da receita das Consulentes, que compensava a insuficiência dos preços nominais de realização fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo.

5. Em fevereiro de 1994, a Medida Provisória que criou a Unidade Real de Valor - URV determinou que os preços públicos fossem convertidos em URV pela média calculada, nos últimos quatro meses, segundo critérios estabelecidos pelo Ministro da Fazenda. Em reunião realizada no dia 10 de maio de 1994, representantes do Ministério da Fazenda, do Departamento Nacional de Combustíveis e das refinarias particulares aprovaram os cálculos de conversão dos preços para URV segundo os critérios da lei; e como esses critérios tomavam por base a data do efetivo pagamento das obrigações pecuniárias, o efeito financeiro do pagamento a prazo do preço do óleo cru tornou-se explícito, e foi inicialmente incluído no Grupo I da estrutura de custos.

6. A Emenda Constitucional nº 9, de 09.11.1995, autorizou a União a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades relativas ao petróleo compreendidas no monopólio da União, e a Lei nº 9.478, 06.08.1997, (a) submeteu a atividade de refino ao regime de autorização administrativa, admitindo a construção e ampliação de refinarias privadas, (b) incluiu entre os objetivos da política nacional para o aproveitamento racional das fontes de energia o de promover a livre concorrência e (c) estabeleceu que durante um período de transição os reajustes e revisões de preços dos derivados básicos de petróleo seriam efetuados segundo diretrizes e parâmetros específicos estabelecidos, em ato conjunto, pelos Ministros de Estado da Fazenda e de Minas e Energia.

A Lei nº 9.478/97, reconhecendo que as Consulentes, impedidas, desde sua instalação, de aumentar sua capacidade de produção, não têm condições de competir com as unidades modernas, de escala várias vezes superior, dispôs que:

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

"Art. 72 - Durante o prazo de cinco anos, contados a partir da data de publicação desta Lei, a União assegurará, por intermédio da ANP, às refinarias em funcionamento no País, excluídas do monopólio da União nos termos do artigo 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, condições operacionais e econômicas, com base nos critérios em vigor, aplicados à atividade de refino.

Parágrafo único. No prazo previsto neste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - (vetado)

II - as refinarias se obrigam a submeter à ANP plano de investimentos na modernização tecnológica e na expansão da produtividade de seus respectivos parques de refino, com vistas ao aumento de produção e à conseqüente redução dos subsídios a elas concedidos;

III - a ANP avaliará, periodicamente, o grau de competitividade das refinarias, a realização dos respectivos planos de investimento e a conseqüente redução dos subsídios relativos a cada uma delas."

A exposição mais pormenorizada nos atos e fatos acima relatados, relativos à fixação dos preços de realização das Consulentes, consta de anexo à presente consulta.

7. Em reunião realizada em 00 de ... de 2000, a ANP entregou às Consulentes relatório elaborado pela Trevisan Auditores Independentes ("Relatório"), sob o título de "Revisão especial dos critérios utilizados na correção, reajuste e revisão dos valores que definem a remuneração do processamento do petróleo, no período de primeiro de janeiro de 1977 até seis de agosto de 1998", que assim define o seu objeto:

"De acordo com o anexo I do contrato nº 000/99 - ANP, assinado em dez de novembro de 1999, realizamos a revisão especial dos critérios utilizados na correção, reajuste e revisão dos valores que definem a remuneração do processamento do petróleo, no período de primeiro de janeiro de 1977 até seis de agosto de 1998, a fim de opinarmos se os mesmos estão de acordo com a legislação vigente, para que a Agência Nacional do Petróleo - ANP possa atender ao disposto no artigo 72 da Lei nº 9.478/97."

O relatório, datado de 15 de dezembro de 1999, assinado pelo Contador Orlando Octávio de Freitas Junior, conclui do seguinte modo:

"Entendemos que as alterações nos critérios utilizados na correção, reajuste e revisão dos valores que definem a remuneração do processamento do petróleo, que foram claramente determinados pelos Decretos-lei 61/66 e 1.599/77, só teriam validade legal, se procedidas sob a égide de outra Lei. Portanto todas alterações feitas a partir da *Estrutura de Preços* de trinta de maio de 1978 até aquela vigente a partir de primeiro de janeiro de 1995, comentadas neste relatório não encontram sustentação legal.

Caso o Conselho Nacional do Petróleo ou o Departamento Nacional de Combustíveis, no intuito de preservar a rentabilidade do parque refinador nacional, discordasse dos valores, critérios e períodos de correção, determinados nos Decretos-lei em referência, deveriam preparar um relatório fundamentado em suas conclusões e encaminhá-lo ao Ministério ao qual estavam subordinados na época, solicitando que fosse publicado um novo Diploma legal, alterando as regras do anterior. Todas as alterações comentadas geraram ao longo do período sob análise, distorções dos valores de remuneração dos custos do petróleo processado pelas refinarias XI e XII, que deverão ser analisadas pela Agência Nacional do Petróleo, a fim de cumprir o disposto no artigo 72 da Lei 9.478/97, através da comparação dos critérios determinados pelos Decretos-lei 61/66 e 1.599/77 e aqueles comentados exhaustivamente neste relatório."

CONSULTA

1. As Consulentes, tendo em vista que o Relatório em questão se limita a comparar os preços praticados pelas Consulentes desde 1977 com os dispositivos legais da legislação então em vigor, para formar juízo sobre as centenas de atos administrativos que, durante quase trinta anos, fixaram esses preços, formula, com a finalidade de fundamentar sua manifestação à ANP sobre o Relatório e suas conclusões, os seguintes quesitos:

1º) É procedente a afirmação do Relatório de ilegalidade da deliberação do Conselho Nacional do Petróleo em 00.00.78 que aprovou estruturas de custos das Consulentes diferentes da constante do artigo 2º do Decreto-lei nº 1.599/77?

2º) É procedente a afirmação do Relatório de ilegalidade dos atos do Departamento Nacional de Combustíveis que aprovaram, entre 22.09.93 e 24.11.93 Estruturas de Preços com intervalo menor do que três meses?

3º) É válida a conversão para URV dos preços das Consulentes aprovada pelo Ministro da Fazenda nos termos do artigo 33 da Medida Provisória nº 434/94?

4º) É procedente a conclusão do Relatório de que todas as Estruturas de Preços das Consulentes aprovadas entre 30 de maio de 1978 e 1º de janeiro de 1995 não encontram sustentação legal?

5º) Como deve ser interpretada a expressão "condições operacionais e econômicas, com base nos critérios em vigor, aplicados à atividade de refino", constante do artigo 72 da Lei nº 9.478/97?

PARECER

1. As opiniões manifestadas no relatório da Trevisan Auditores Independentes ("Relatório") questionam a legalidade dos atos administrativos que aprovaram os preços dos produtos derivados da atividade de refinação de petróleo explorada pelas Consulentes, e para responder aos quesitos da consulta é necessário conhecer o regime legal desses atos.

1.0 - REGIME LEGAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS OBJETO DO RELATÓRIO

1.1 - Controle Administrativo das Atividades Relativas ao Petróleo e seus Derivados

2. O Decreto-lei nº 395, de 29.04.1938, declarou de utilidade pública as atividades relacionadas ao abastecimento nacional de petróleo, submeteu-as a regime de controle administrativo, e nacionalizou a indústria de refinação do petróleo. Esse Decreto-lei, promulgado "tendo em vista os elevados interesses da segurança do País e da economia nacional" e "considerando que o petróleo refinado constitui a fonte principal de energia para realização do transporte, especialmente aéreo e rodoviário, serviço de utilidade pública nacional, indispensável à defesa militar e econômica do País", dispôs:

"Art. 1º - Fica declarado de utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo.

Parágrafo único - Entende-se por abastecimento nacional de petróleo a produção, a importação, o transporte, a distribuição e o comércio de petróleo bruto e seus derivados, e bem assim a refinação de petróleo importado, ou de produção nacional, qualquer que seja neste caso a sua fonte de extração.

Art. 2º - Compete exclusivamente ao Governo Federal:

.....

II - autorizar a instalação de quaisquer refinarias ou depósitos, decidindo de sua localização, assim como de capacidade de produção das refinarias, natureza e qualidade dos produtos refinados;

III - estabelecer, sempre que julgar conveniente, **na defesa dos interesses da economia nacional e cercando a indústria de refinação de petróleo de garantias capazes de assegurar-lhe êxito, os limites, máximo e mínimo, dos preços de venda dos produtos refinados** -- importados em estado final ou elaborado no país tendo em vista, tanto quanto possível, a sua uniformidade em todo o território da República." (grifos aditados)

O artigo 4º criou o Conselho Nacional do Petróleo, subordinado diretamente ao Presidente da República, ao qual o Decreto-lei nº 538, de 07.07.1938, atribuiu, entre outras, as seguintes competências:

"Art. 10 - Incumbe ao Conselho Nacional do Petróleo:

.....

b) autorizar a instalação de quaisquer refinarias ou depósitos, decidindo de sua localização, assim como da capacidade de produção das refinarias e da natureza e qualidade dos produtos de refinação;

c) estabelecer, sempre que julgar conveniente, na defesa dos interesses da economia nacional **e cercando a indústria de refinação de petróleo de garantias capazes de assegurar-lhe êxito, os limites, máximo e mínimo, dos preços de venda dos produtos refinados** -- importados em estado final ou elaborados no País -- tendo em vista, tanto quanto possível, a sua uniformidade em todo o território da República. (grifos aditados)

..... "

3. Um dos objetivos dessa legislação foi criar o parque refinador nacional, para aumentar a segurança do abastecimento nacional de derivados; e no reconhecimento de que na fase de implantação as refinarias não teriam capacidade de competir com produtos importados, a lei atribuiu ao Conselho Nacional do Petróleo competência para fixar limites, máximo e mínimo, dos preços de venda dos produtos refinados, a fim de cercar a indústria "de garantias capazes de assegurar-lhe êxito". O fim da lei não era, portanto, a proteção dos consumidores, como é usual no tabelamento de preços, mas garantir a viabilidade econômica da nova indústria.

Com fundamento nessa legislação foram outorgadas às Consulentes autorizações para construir e explorar suas refinarias.

1.2 - Fixação dos Preços "Ex-Refinaria" com Base no Valor do Petróleo Cru

4. Até 1956, o poder do Conselho Nacional do Petróleo de fixar os preços dos produtos das refinarias era inteiramente discricionário, pois a lei não definia critérios, mas se limitava a enunciar o fim de assegurar o êxito da indústria nacional de refinação do petróleo.

Em 1956 a Lei nº 2.975, de 27.11.56, ao regular novamente o imposto único sobre combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos, substituiu as alíquotas da legislação anterior, estabelecidas como determinados valores por unidade de derivado de petróleo, por alíquotas *ad-valorem*, aplicadas sobre o custo CIF das importações efetivamente realizadas, periodicamente apurado pelo Conselho Nacional do Petróleo; mas a Lei nº 4.452, de 05.11.1964, redefiniu a base de cálculo do imposto como o preço "ex-refinaria" dos produtos, regulado no artigo 2º nos seguintes termos:

"Art. 2º - O preço unitário ex-refinaria, exclusive o imposto único que o integra, dos derivados de petróleo tabelados e produzidos no País **será fixado periodicamente pelo C.N.P., mediante a multiplicação dos coeficientes a seguir enumerados, pela média do custo CIF** em moeda nacional, por unidade de volume, **de petróleo bruto** importado no trimestre anterior.

.....

§ 3º - A fim de ajustar os preços ex-refinaria às variações do custo CIF do petróleo cru, ou o nível de rendimento da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS às necessidades financeiras da execução do seu programa de investimentos, o Conselho Nacional do Petróleo poderá aumentar os coeficientes referidos neste artigo." (grifos aditados)

Essa lei reduziu a discricionariedade do Conselho Nacional do Petróleo ao prescrever-lhe a definição de preços mediante aplicação de coeficientes constantes da própria lei, embora assegurando-lhe competência para aumentá-los em função das variações do custo CIF do petróleo cru.

1.3 - Decreto-lei nº 61, de 21.11.66

5. A rigidez dos critérios da Lei nº 4.452/64 teve duração breve, pois o Decreto-lei nº 61, de 21.11.1966, embora mantendo no artigo 1º a incidência do imposto único como porcentagens do custo CIF do petróleo bruto, criou, no artigo 2º, novo regime de fixação dos preços dos produtos das refinarias, a partir do custo de produção, e não com base no valor do petróleo cru. Dos considerandos desse Decreto-lei consta o seguinte:

"Considerando a conveniência de os preços dos derivados de petróleo **serem formados em função dos custos de produção**, da estrutura do mercado nacional de consumo e das relações internacionais de comércio;

.....

Considerando a **necessidade de garantir a rentabilidade do parque refinador nacional**;

.....

Considerando ser necessário **dar maior flexibilidade à programação de investimentos do governo** libertando-a das atuais vinculações existentes no setor de petróleo e de infra-estrutura de transporte;" (grifos aditados).

O artigo 2º do Decreto-lei nº 61/66 é do seguinte teor:

"Art. 2º - O preço unitário de realização da refinaria, dos derivados de petróleo tabelados e produzidos no País, ao qual é adicionado o imposto único definido no artigo 1º dêste Decreto-lei, **será fixado periodicamente pelo Conselho Nacional do Petróleo, levando em consideração**:

a) **o custo médio do processamento** de um barril de petróleo, de modo a espelhar proporcionalmente, os níveis dos preços internacionais de seus similares, com **as adaptações necessárias à manutenção da rentabilidade do parque refinador nacional e às características do mercado consumidor nacional;**

b) **os custos do refino e o lucro capaz de assegurar o êxito econômico do parque interno,** desmembrados em quatro grupos, assim constituídos:

Grupo I - Custos em função dos preços do mercado internacional do petróleo bruto e outros materiais de consumo importados, e a taxa de câmbio;

Grupo II - Custos em função das despesas com pessoal;

Grupo III - Outros custos variáveis com a conjuntura interna de preços do País;

Grupo IV - Depreciação, amortização e remuneração dos capitais investidos.

c) o Conselho Nacional do Petróleo procederá à fixação dos preços de realização das refinarias **partindo do preço de realização da gasolina automotiva A**, ora fixado em Cr\$ 53,44/l por este Decreto-lei, atribuindo para os quatros grupos de custos os seguintes pesos percentuais, que servirão de base para os reajustamentos de valores:

	Cr\$/litro
Grupo I	74,3
Grupo II	9,2
Grupo III	12,7
Grupo IV	3,8

d) os preços de realização dos demais derivados serão fixados com base na seguinte escala de relação, em que a gasolina A é igual a 100 **que poderá ser alterada por deliberação do Conselho Nacional do Petróleo,** se assim se fizer necessário em virtude das condições do mercado internacional e da conjuntura interna da economia nacional:

Gás liqüefeito de petróleo	105
Gasolina B	118
Querosene	135
Óleo Diesel	100
Óleo combustível	72

e)

f) as **expressões monetárias** das parcelas dos preços que constituem os quatro grupos definidos neste artigo **serão corrigidas** dentro dos seguintes critérios, baseados nos índices e valores de 1º de janeiro de 1966:

Grupo I - Sempre que houver alteração da taxa cambial ou do custo CIF de petróleo bruto, como definido no parágrafo 1º do artigo 1º deste Decreto-lei, pelo quociente da divisão do valor CIF médio dos petróleos importados, convertido à taxa cambial prevista para o período de vigência dos preços, pelo correspondente valor dos mesmos petróleos na data da última fixação de preço;

Grupo II - De acordo com os percentuais e critérios fixados em deliberação do Conselho Nacional de Política Salarial.

Grupo III - Por correção monetária, através de índice geral de preços, fornecido pelo Conselho Nacional de Economia.

Grupo IV - De acordo com os coeficientes de correção monetária dos ativos imobilizados, fixados pelo Conselho Nacional de Economia.

§ 1º - As correções de preços estabelecidas neste artigo serão procedidas quando ocorrer qualquer das alterações também neste previstas, **mas nunca com interregno menor de três meses**. (grifos aditados)

..... "

6. No regime anterior (da Lei nº 4.452/64), o poder discricionário do Conselho Nacional do Petróleo estava praticamente reduzido ao aumento dos coeficientes de multiplicação do custo CIF; no novo regime esse poder foi bastante ampliado:

a) as alíneas do artigo 2º definiam fatores de determinação do preço que não eram prescritos de modo rígido, mas que o Conselho Nacional do Petróleo devia "**levar em consideração**";

b) **o custo médio do processamento** de um barril de petróleo devia **espelhar os níveis dos preços internacionais**, mas o Conselho Nacional do Petróleo podia fazer "**as adaptações necessárias à manutenção da rentabilidade do parque refinador nacional e às características do mercado consumidor nacional**";

c) o custo total de produção (refino e lucro), que devia ser "**capaz de assegurar o êxito econômico do parque interno**", foi decomposto em quatro grupos, para efeito de aplicação dos diversos referenciais de modificação de preços ou custos constantes da alínea "f";

d) os preços de realização deveriam ser fixados **partindo do preço de realização** da gasolina automotiva, "**ora fixado**" pelo próprio Decreto-lei;

e) os preços dos demais derivados seriam fixados por referência ao da gasolina automotiva A, **mas as relações previstas na lei poderiam ser alteradas por deliberação do Conselho**;

f) os valores monetários dos preços computados nos quatro grupos de custos deveriam ser reajustados segundo diversos índices previstos na alínea "f";

g) as correções de preços seriam procedidas sempre que ocorresse qualquer das alterações previstas no artigo, mas nunca com interregno menor de três meses.

A redação do dispositivo deixa evidente a ampla margem de discricionariedade atribuída ao Conselho para que pudesse alcançar o fim básico da lei -- o de assegurar a rentabilidade do parque refinador nacional.

1.4 - O Decreto-lei nº 1.599, de 30.12.1977

7. Esse regime vigeu até o Decreto-lei nº 1.599, de 30.12.77, que deu ao artigo 2º do Decreto-lei nº 61/66 a seguinte redação:

"Art. 2º - O preço unitário de realização da refinaria dos derivados de petróleo tabelados e produzidos no País, ao qual é adicionado o Imposto Único definido no artigo 1º deste Decreto-lei, será fixado, periodicamente, pelo Conselho Nacional do Petróleo, **levando em consideração**:

a) **o custo médio de processamento** de um barril de petróleo, **de modo a assegurar a manutenção da rentabilidade do parque refinador nacional** e as características do mercado consumidor nacional;

b) **os quatro grupos abaixo discriminados, para apuração do custo médio e do lucro** de um barril de petróleo processado:

Grupo I - custos em função dos preços do mercado internacional do petróleo bruto e outros materiais de consumo importados, e da taxa de câmbio;

Grupo II - custos em função das despesas com pessoal;

Grupo III - outros custos variáveis com a conjuntura interna de preços no País;

Grupo IV - depreciação, amortização e remuneração dos capitais investidos.

§ 1º - O Conselho Nacional do Petróleo procederá a fixação dos preços de realização das refinarias, **partindo do preço médio ponderado dos produtos oriundos das refinarias nacionais**, exceto os óleos lubrificantes, entregues ao mercado interno, **o qual ora se define como correspondendo a Cr\$ 1,6651/litro em 8 de maio de 1977** e que se compõe das parcelas abaixo, que **servirão de base para os reajustamentos do preço acima mencionado**:

	Cr\$/litro
Grupo I	1,3150
Grupo II	0,0671
Grupo III	0,0898
Grupo IV	<u>0,1932</u>
	1,6651

§ 2º - **O preço de realização de cada derivado será fixado pelo Conselho Nacional do Petróleo, em função das condições do mercado internacional, da conjuntura interna do País e das peculiaridades do parque nacional refinador de petróleo, cuja rentabilidade deverá ser assegurada.**

§ 3º - **As expressões monetárias** das parcelas nos preços que constituem os quatros grupos definidos neste artigo, **serão corrigidas** conforme os seguintes critérios, baseados nos índices e valores referidos em maio de 1977:

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

Grupo I - em função das variações da taxa cambial a partir da taxa de Cr\$ 13,365/dólar norte-americano e do custo CIF do petróleo bruto a partir da base de US\$ 13.6745 por barril;

Grupo II - de acordo com os percentuais e critérios fixados em deliberação do Conselho Nacional de Política Salarial;

Grupo III - por correção monetária proporcional ao valor das ORTN tomando-se por base o valor de Cr\$ 200,43 da ORTN, em maio de 1977;

Grupo IV - no segundo semestre de cada ano proporcionalmente à variação nominal da ORTN no ano imediatamente anterior tomando por base o valor de Cr\$ 179,68 da ORTN em dezembro de 1976 ou outro coeficiente que vier a ser estabelecido para correção monetária dos ativos imobilizados.

§ 4º - Os valores básicos do Grupo **IV poderão ser revistos** em cada período de 3 (três) anos **de modo a assegurar o êxito econômico do parque refinador nacional.**"

§ 5º - As correções de preços estabelecidas neste artigo serão procedidas em intervalos não inferiores a 3 (três) nem superiores a 6 (seis) meses, **com as compensações devidas de modo a assegurar a rentabilidade do parque nacional refinador de petróleo.**" (grifos aditados)

8. A comparação desse texto com o do Decreto-lei nº 61/66 mostra que a parcela de poder discricionário do Conselho foi aumentada, pois:

a) na definição daquilo que o Conselho deve "**levar em consideração**" na fixação dos preços, o custo médio de processamento de um barril de petróleo (alínea "a") deixou de "espelhar proporcionalmente, os níveis dos preços internacionais de seus similares", **mas passou a dever apenas "assegurar a manutenção da rentabilidade do parque refinador nacional e as características do mercado consumidor nacional"**;

b) para o preço médio de realização, **a partir do qual** deviam ser fixados os preços, é adotado novo valor, referido a 8 de maio de 1977;

c) os referenciais de correção monetária constantes do § 3º são modificados com a indicação das suas datas-base;

d) o § 4º reafirma o objetivo de "**assegurar o êxito econômico do parque refinador nacional**" ao prever a revisão dos valores básicos do Grupo IV em períodos de três anos;

e) o § 5º mantém o intervalo mínimo de correção de três meses, mas cria o dever de correção no mínimo a cada seis meses, acrescentando "**com as compensações devidas de modo a assegurar a rentabilidade do parque nacional refinador de petróleo**".

Essas observações confirmam que a nova lei tornou ainda mais nítida a orientação do Decreto-lei nº 61/66 de substituir as normas cogentes e pormenorizadas da legislação anterior, que reduziam o poder do Conselho Nacional do Petróleo de ajustar os preços às modificações dos ambientes das refinarias e às necessidades de seu êxito econômico, por um regime de parâmetros flexíveis, que podiam ser modificados pelo Conselho para alcançar o fim precípua da lei de assegurar a rentabilidade do parque refinador nacional.

1.5 - Decisão do Conselho Nacional do Petróleo em 30.05.78

9. A decisão do Conselho Nacional do Petróleo na sua 372ª Sessão, em 30.05.78, cuja origem e conteúdo são descritos no Anexo à consulta, confirmam que desde o início da vigência do Decreto-lei nº 1.599/77 foi reconhecido na Administração Pública que o Conselho tinha competência para adaptar os critérios de fixação de preços dele constantes à necessidade de assegurar a rentabilidade do parque refinador nacional.

Os valores do "preço médio ponderado" em 08.05.77 e sua decomposição nos quatro grupos, constantes do Decreto-lei, foram calculados a partir dos custos de produção da refinaria do Paraná, a mais nova refinaria construída pela Petrobrás, com capacidade de produção superior dez vezes à das Consulentes, e a aplicação desses valores a instalações industriais de menor capacidade, com valores e estrutura de custos diferentes, tornaria inviável a continuidade do seu funcionamento.

As Consulentes apresentaram o problema aos órgãos federais competentes, realizando várias reuniões com o Presidente do Conselho Nacional do Petróleo e o Ministro de Minas e Energia, que em março de 1978 promoveram auditoria nos custos das duas refinarias para verificar os

fatos alegados. Em 28.03.1978 a refinaria Jacinta foi recebida em audiência pelo Presidente Ernesto Geisel que, tendo pessoalmente capacidade de avaliar o assunto, dada a sua experiência como ex-presidente da Petrobrás, determinou que os estudos fossem apressados.

O levantamento realizado pela Divisão de Preços e Auditoria foi relatado pelo Diretor do CNP Sr. José Félix da Silva em 16.05.78, no qual se colhem as seguintes informações que comprovam que prevalecia na Administração Pública o entendimento de que o Conselho Nacional do Petróleo tinha competência para adaptar os parâmetros e referenciais constantes do Decreto-lei nº 1.599/77 em função da necessidade de cumprir o dever legal de garantir a rentabilidade do parque refinador de petróleo, inclusive das refinarias privadas:

"3. Para o estabelecimento do PREÇO-BASE DE REALIZAÇÃO das Refinarias X1 e X2, durante a vigência do Dec.Lei nº 61/66, era considerado o mesmo critério aplicado à PETROBRÁS.

Os critérios estabelecidos pelo Dec.Lei nº 1.599/77, por igual, foram aplicados quer a Petrobrás quer às Refinarias particulares.

A primeira ESTRUTURA DE PREÇOS na qual foram utilizados os novos critérios foi a de 20.02.78.

As normas contidas no Dec.Lei nº 1.599/77 foram calculadas unicamente em dados de Refinarias da PETROBRÁS, em particular da REPAR. Daí ter surgido a necessidade de serem realizados estudos idênticos para cada Refinaria particular, por forma a contatar-se a exequibilidade da aplicação dos mesmos valores, dos quatro grupos de custos, ou da soma destes, àquelas Refinarias, sem prejuízo de suas rentabilidades ou da auferição de rentabilidade maior.

4. Realizadas as AVALIAÇÕES DOS CUSTOS OPERACIONAIS DAS REFINARIAS X1 e X2., de acordo com as disposições do Dec.Lei nº 1.599/77, chegou-se aos resultados expressos nos Relatórios anexos, que consignam valores finais maiores para os **PREÇOS-BASE DE REALIZAÇÃO** das Refinarias X1 e X2, em relação ao da PETROBRÁS, referidos a 08.05.77:

- PETROBRÁS	Cr\$ 1, 6651 (QUADRO I)
- REFINARIA X1	Cr\$ 1, 8146 (QUADRO II)
- REFINARIAS X 2	Cr\$ 1, 6872 (QUADRO III)

6.8 Julgamos que o reajuste do valor dos Preços de Realização das Refinarias X1 e X2, **objetivando assegurar a manutenção de suas rentabilidades**, em função de suas peculiaridades, **encontra apoio legal no Art. 2º** do Dec.Lei nº 61/66 em suas alíneas "a" e § 2º, com a redação dada pelo Art. 1º do Decreto-Lei nº 1.599/77." (grifos aditados)

Conforme consta do Anexo à consulta, este relatório foi analisado pela Assessoria Jurídica do CNP, que em parecer de 24 de maio de 1978, de autoria do Dr. Antonio Sabino de Lima, aprovou a proposição e remeteu o processo ao Plenário do Conselho, tendo a matéria sido aprovada na Sessão Extraordinária de nº 372, realizada em 30 de maio de 1978, com validade dos novos preços a partir de 20 de fevereiro de 1978.

Por conseguinte, o CNP, no exercício da sua atribuição de garantidor da "rentabilidade do parque refinador nacional" e no uso do poder discricionário que lhe era conferido pela lei -- estabeleceu Estruturas de Preços diferenciadas para as refinarias das Consulentes.

1.6 - Deliberações do Conselho Nacional do Petróleo em 1984

10. A partir de 1978 o Conselho Nacional do Petróleo reviu periodicamente os preços das Consulentes, mantendo os diferentes grupos de custo e de remuneração para as suas refinarias e as da Petrobrás, e o período caracterizou-se pelo aceleração do processo inflacionário: em 1977 a inflação (medida pelo valor nominal da ORTN) foi de cerca de 30%; em 1982 de 100%; e em 1984 de 224%.

A frequência das correções de preço aumentou, mas as novas estruturas em regra eram aprovadas com atraso, em prejuízo da rentabilidade das refinarias, porque o Governo procurava conter a inflação e adiava, sempre que possível, aumentar os preços de combustíveis líquidos e gasosos, devido à influência que tinham sobre o nível geral de preços.

11. A lei e as decisões do Conselho Nacional do Petróleo criaram, em 1964 e 1984, receitas financeiras não explicitadas nas estruturas de custo nem previstas nos parâmetros legais de definição dos preços que tiveram efeito importante na economia das refinarias.

O regime de determinação do preço de venda de combustíveis a consumidores criado pela Lei nº 4.452/64 compreendia, além do preço de realização das refinarias, do imposto único e dos custos de distribuição e revenda, outros encargos, enumerados nas alíneas do item 2 do artigo 13, tais como ressarcimento de fretes e diferenças de preço do álcool, verbas destinadas a diversos planos de investimento nos setores de energia e transporte, variações cambiais relativas ao preço do petróleo importado, contribuições para mineração etc. A arrecadação dessas receitas proporcionava às Consulentes, até a entrega a seus destinatários finais, volume de capital de giro que contribuiu, durante vários anos, para que conseguissem manter a rentabilidade apesar do atraso dos órgãos governamentais em atualizar o preço de realização em função das variações nominais de custos causadas pela inflação. Essa compensação financeira terminou, todavia, em 1984, quando a Emenda Constitucional nº 23/83 definiu como gravames as parcelas incluídas nos preços de venda ao consumidor nos termos do artigo 13 da Lei nº 4.452/64. Após a Emenda, o Conselho Nacional do Petróleo reduziu a zero as alíquotas desse dispositivo legal, e as Consulentes perderam parcela importante da sua receita.

12. Outras decisões do Conselho disseram respeito à moeda e ao prazo do pagamento do preço do petróleo cru processado.

Em Sessão de 14.02.84 o CNP estabeleceu que o suprimento de petróleo bruto às refinarias privadas passaria a ser faturado em moeda nacional, e, na Sessão de 03.04.84, que o preço seria pago a prazo, como compensação pela perda do capital de giro resultante da extinção do sistema de ressarcimento de custos institucionalizado pelo artigo 13 da Lei nº 4.452/64. As Consulentes apresentaram cálculo que demonstrava a necessidade de um prazo de sessenta dias, mas o CNP fixou o prazo em quarenta e cinco dias. **No curso da inflação acelerada, essas condições de pagamento correspondiam a uma redução (em termos de moeda constante) do custo do petróleo bruto, o que passou a constituir fator importante da rentabilidade das Consulentes.**

1.7 - Revisões de Preço até o Plano Real

13. Em 1985 a inflação atingiu 228% ao ano, o que levou o Governo Federal a promulgar o Plano Cruzado no início de 1986; e nos sete anos

seguintes sucederam-se outros planos de estabilização, que apenas conseguiam reduzir a inflação por períodos curtos.

A inflação em 1992 foi de 1.156% e, em 1993, de 2.475%, o que obrigou o Governo Federal a autorizar com maior frequência o reajustamento de preços a fim de preservar o funcionamento das refinarias.

1.8 - Criação do Departamento Nacional de Combustíveis - DNC

14. Em 1990, as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo foram transferidas para o Departamento Nacional de Combustíveis do Ministério da Infra-Estrutura.

A Lei nº 3.782, de 22.07.60, havia criado o Ministério das Minas e Energia, ao qual foi incorporado o Conselho Nacional do Petróleo, que continuou, todavia, a exercer suas atribuições relativas à fixação dos preços dos produtos das Consulentes: o artigo 55 do Decreto nº 57.810, de 14.02.66, dispôs que "até a publicação dos regimentos, os órgãos existentes continuarão com suas atuais atribuições".

Em 12 de abril de 1990 a Lei nº 8.028 extinguiu o Ministério das Minas e Energia e criou o da Infra-Estrutura, cuja organização foi estabelecida pelo Decreto nº 99.244, de 10.05.90. O artigo 222 desse Decreto atribuiu ao Departamento Nacional de Combustíveis a competência de:

"X - fixar os preços do álcool, do petróleo e seus derivados e dos combustíveis sólidos, em conformidade com as diretrizes matriciais estabelecidas pelo Poder Executivo para os preços e tarifas de energéticos;"

A partir desse Decreto, os atos de fixação dos preços das Consulentes passaram a ser do Departamento Nacional de Combustíveis, o qual continuou a aplicar a legislação em vigor acima referida.

A Lei nº 8.422, de 13.05.1992, extinguiu o Ministério da Infra-Estrutura e recriou o das Minas e Energia, para o qual foi transferido o Departamento Nacional de Combustíveis, que continuou a exercer as atribuições que originalmente eram do Conselho Nacional do Petróleo.

1.9 - Plano Real e Conversão dos Preços em URV

15. Em 27.02.1994, a Medida Provisória nº 434, que instituiu o Plano Real, estabeleceu regras para conversão de preços em URV, como preparação para introdução da nova moeda, e dispôs no artigo 33, relativamente aos preços públicos -- categoria que incluía os preços tabelados de derivados do petróleo -- que:

"Art. 33 - Os preços públicos e as tarifas de serviços públicos serão convertidos em URV, por média calculada a partir dos últimos quatro meses anteriores à conversão e **segundo critérios estabelecidos pelo Ministro da Fazenda.**

.....

§ 2º - Enquanto não emitido o REAL, na forma prevista nessa Medida Provisória, **os preços públicos e tarifas de serviços públicos serão revistos e reajustados conforme critérios fixados pelo Ministro da Fazenda.**" (grifos aditados)

16. Nos meses de abril e maio de 1994 houve várias reuniões no Ministério da Fazenda com representantes dos órgãos encarregados do setor do petróleo e das refinarias privadas, nas quais foram analisados custos, condições de pagamento e demais fatores necessários ao cálculo da conversão para Real, segundo as normas da lei, dos preços de realização das refinarias.

Para que a conversão pudesse se realizar sem modificação na Estrutura dos Preços reais da economia, a lei determinou que ela tivesse por base os preços na data do seu efetivo pagamento em moeda, e o efeito dessa norma sobre a conversão do preço de realização das refinarias foi a explicitação, na estrutura do custo de produção das Consulentas, do preço do petróleo cru no dia do seu pagamento. Com a estabilidade da moeda, esse efeito inflacionário do pagamento a prazo do petróleo cru deixaria de existir e a estrutura de custos em URV resultou no aumento (relativo) do Grupo I (que incluía os custos diretamente relacionados com o preço do petróleo).

Conforme informado pelo Anexo à consulta, a Ata da Reunião Conjunta entre representantes do Ministério da Fazenda, do Departamento

Nacional de Combustíveis e das refinarias privadas, realizada em 10.00.94 em Brasília, explicita que o efeito de inflação sobre o pagamento a prazo do petróleo cru foi computado "transitoriamente" no Grupo I (outros), e que tão logo quanto possível, o valor desse efeito seria redistribuído nos grupos de custos e remuneração das refinarias.

A partir da mudança para Real da unidade monetária, em 30.06.1994, as compras de petróleo cru pelas refinarias ficaram sujeitas de encargos financeiros definidos em Portaria do Ministro da Fazenda. A última dessas portarias -- de dezembro de 1994 -- foi aplicada até 31 de dezembro de 1998.

Também como informado pelo Anexo à consulta, em 01.00.95 foram concedidas atualizações pelo DNC conforme os levantamentos então realizados pelas Consulentes.

Esta atualização simplesmente distribuiu, criteriosamente, o valor do "Float" do petróleo, concentrado temporariamente no Grupo I (outros), nos seus respectivos Grupos de custos e remuneração (Grupo I [outros], Grupo II, Grupo III e Grupo IV) na medida dos valores reais definidos.

Desta forma o sistema de remuneração das Refinarias Privadas foi preservado, não onerando nenhum outro segmento do sistema e nem o consumidor, pois as ações foram internas nas Estruturas de Preços.

Na data da publicação da Lei nº 4.478/97, que transferiu para a Agência Nacional de Petróleo a competência para aprovar os preços de refinado de petróleo, achava-se em vigor a estrutura de custos e preços aprovada pelo Departamento Nacional de Combustíveis em dezembro de 1996.

2.0 - O RELATÓRIO TREVISAN

17. Examinaremos a seguir o conteúdo do Relatório de que trata a consulta.

2.1 - Critérios em Vigor em 07.08.97

18. O Relatório começa por afirmar que os critérios em vigor -- referidos no artigo 72 da Lei nº 9.478/97 -- são os determinados pelo Decreto-lei nº 61/66 com as alterações do Decreto-lei nº 1.599/77; e depois de transcrever trecho desse artigo 2º, afirma:

"Encontra-se detalhado acima, o tratamento legal dispensado aos preços da indústria do refino no qual há a clara indicação de todos os critérios a serem cumpridos, a fim de assegurar o êxito econômico do parque refinador nacional."

O Relatório informa que se baseou em "dossiê contendo extensa documentação acerca da evolução da *Estrutura de Preços de Realização das refinarias*" preparado pela Superintendência de Refino e Processamento de Gás Natural.

2.2 - A Deliberação do Conselho Nacional do Petróleo de 30.05.78

19. O Relatório aprecia a seguir a deliberação do CNP em 30.05.78, referida no nº 9 acima, e depois de transcrever o item 4 da Proposta da Divisão de Preços e Auditoria - CNP - MME, de 16.05.78, que recomendou a definição de estruturas de custos distintas para as Consulentes, conclui:

"Como podemos observar, todos os critérios de correção e o intervalo das mesmas, bem como a competência do CNP para aprovar a *Estrutura de Preços de Realização* das refinarias estão claramente definidos pelo artigo 2º anteriormente transcrito, não podendo de forma alguma serem alterados a não ser por Lei Ordinária, para atender ao princípio da legalidade.

As alterações da *Estrutura de Preços de Realização* das refinarias aprovadas por esta seção extraordinária do CNP, não estão em conformidade com a legislação vigente (Decreto-lei nº 1.599/77). Caso o CNP, no intuito de preservar a rentabilidade do parque refinador nacional, discordasse dos valores, critérios e períodos de correção, determinados no Decreto em referência, deveria preparar um relatório fundamentado em suas conclusões e encaminhá-lo ao Ministério ao qual estava subordinado na época, solicitando que fosse publicado um novo Diploma legal, alterando as regras do anterior."

2.3 - Estruturas Vigentes de 28.02.78 a 25.02.84

20. O Relatório informa que essas estruturas sempre foram corrigidas em conformidade com o Decreto-lei nº 1.599/77 e elaboradas de maneira idêntica para as refinarias privadas e a Petrobrás, mas na estrutura de 26.01.84 "verificamos formas de cálculo diferenciadas para a Petrobrás e para as refinarias privadas". E conclui:

"Não encontramos na legislação vigente na época de tais alterações, disposições que respaldassem as modificações introduzidas por decisão do Conselho Nacional do Petróleo. Por serem decisões internas do órgão, e estarem em desacordo com o Decreto-lei 1.599/77 as mesmas não devem prevalecer."

2.4 - Estruturas entre 22.09 e 24.11.93

21. O Relatório informa que nessas estruturas "o Grupo I foi corrigido cinco vezes, o Grupo II duas vezes, o Grupo III duas e o Grupo IV também duas vezes".

E conclui:

"Como demonstrado, estas correções não respeitaram os prazos determinados pelo Decreto-lei 1.599/77."

2.5 - Conversão dos Preços em URV

22. O Relatório informa ainda que em 10 de maio de 1994, em reunião conjunta entre o Ministério da Fazenda, o Departamento Nacional de Combustíveis - DNC e as refinarias particulares, foram estabelecidos os critérios para a conversão da Estrutura de Preços para URV, com modificação dos percentuais das estruturas das Consulentes; e conclui:

"Novamente a isonomia de tratamento e remuneração entre as refinarias privadas e a Petrobrás, determinada pelos Decretos-lei 61/66 e 1.599/77, não foi observada (...). Uma vez mais, houve uma alteração nas determinações estabelecidas pelo Decreto-lei 1.599/77, à margem da legalidade, desta vez através de uma Ata de Reunião Conjunta entre Ministério da Fazenda, Departamento Nacional de Combustíveis e refinarias privadas. Entendemos que as decisões tomadas nesta Reunião Conjunta concernentes aos novos percentuais atribuídos aos custos do

Grupo I e registradas na Ata do dia dez de maio de 1994, encontram-se em dissonância com a legislação então vigente (Decreto-lei 1.599/77).

Destacamos também que a citada Ata não contém elementos básicos de formalização, como, a identificação e o cargo das pessoas que participaram da reunião representado as refinarias privadas, o Departamento Nacional de Combustíveis e o Ministério da Fazenda, o local onde foi realizada, e o papel utilizado não contém timbre de nenhum órgão, estas formalidades são necessárias para comprovar a regularidade das decisões tomadas na reunião. Ainda tais formalidades para tomar válida determinadas deliberações devem ser estabelecidas em uma norma, a qual deverá ser rigorosamente observada."

2.6 - Estrutura de Preços de 01.01.95

23. O Relatório destaca que nessa estrutura os valores dos Grupos de custos II, III e IV, convertidos em Reais, foram majorados em percentuais muito elevados (230 e 570%); que não foi encontrado nenhum documento "que formalize ou justifique tal alteração"; que o processo administrativo no qual uma das Consulentes solicitou a estrutura se achava extraviado; que funcionário indicado para prestar esclarecimentos informou que na época do Conselho Nacional do Petróleo as Estruturas de Preços eram confeccionadas pela Diretoria de Preços e, posteriormente, pela Coordenação de Preços e Ressarcimento do Departamento Nacional de Combustíveis; que o funcionário declarou que não havia nenhum manual de procedimento interno desses órgãos, no qual "estariam definidas as formalidades mínimas para a elaboração das estruturas"; e que havia duas estruturas da mesma data.

Em relação a essa estrutura, não há conclusão do Relatório, que, todavia, acrescenta:

"Recomendamos que seja elaborado um manual de procedimentos internos, detalhando como devem ser elaboradas tais *Estruturas*, evitando-se erros nos cálculos das remunerações dos custos das refinarias privadas e da Petrobrás ..."

2.7 - Conclusões

24. A conclusão do Relatório, transcrito na consulta, é de que:

"... todas as alterações feitas a partir da *Estrutura de Preços* de trinta de maio de 1978 até aquela vigente a partir de primeiro de janeiro de 1995, comentadas neste relatório, não encontram *sustentação legal*."

"Todas as alterações comentadas, geraram ao longo do período sob análise, distorções dos valores de remuneração dos custos do petróleo processado pelas refinarias X1 e X2, que deverão ser analisadas pela Agência Nacional do Petróleo, a fim de cumprir o disposto no artigo 72 da Lei nº 9.478/97 ...".

3.0 - APRECIACÃO GERAL DO RELATÓRIO

25. Antes de analisar essas afirmações do Relatório, cabem algumas considerações gerais sobre o documento e suas conclusões.

3.1 - Presunção de Legitimidade dos Atos Administrativos

26. A primeira observação é sobre a inépcia do Relatório como forma de contestar, em 2.000, a legalidade da deliberação do Conselho Nacional do Petróleo em 30.05.78, tomada 22 anos antes, e das centenas de atos administrativos, de que participaram outras tantas autoridades públicas, que, entre 1977 e 1996, fixaram os preços dos produtos das Consulentes. Essa inépcia decorre da falta de fundamentação da afirmação de ilegalidade não obstante a presunção de legalidade dos atos administrativos, assim explicada por HELY LOPES MEIRELLES ("Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros Editores, São Paulo, 21ª Ed., 1996, p. 141):

"Os atos administrativos, como emanção do Poder Público, trazem em si certos atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação."

entre as quais o autor destaca, em primeiro lugar, a presunção de legitimidade:

"Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da

solução da impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução.

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. (...)

Outra conseqüência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca. Cuide-se de argüição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia."

27. Como demonstração da ilegalidade de centenas de atos que têm essa presunção de legalidade, o Relatório é inepto porque suas conclusões resultam, única e exclusivamente, da comparação de Estruturas de Preços aprovadas por autoridades competentes com os números e a letra de um único dispositivo legal, ou seja, de uma leitura superficial da lei. Essa comparação pode fundamentar apenas a conclusão de que as Estruturas de Preços aprovadas pelas autoridades administrativas não eram exatamente iguais às do Decreto-lei nº 1.599/77, mas nunca a de que eram ilegais: como essas estruturas eram aprovadas por atos das autoridades administrativas competentes, a afirmação de ilegalidade somente poderia ser fundamentada na demonstração da ilegalidade dos atos administrativos que as aprovaram, e a demonstração da ilegalidade de um ato administrativo requer a interpretação do regime legal a que está submetido e a análise do ato sob os aspectos de competência da autoridade, natureza do ato e motivação e finalidade do agente.

28. Desde a origem da legislação sobre os preços das Consulentes até 1990 o preço de realização das refinarias foram fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo -- colegiado constituído de representantes de quatro Ministérios civis e dois militares e de organizações de classe -- dotado de autonomia e estrutura administrativa que incluía procuradoria jurídica -- e cujos atos resultavam de procedimentos de seus órgãos técnicos; quando o CNP foi transferido para o Ministério das Minas e Energia, ficou sob a

supervisão de Ministério dotado de consultoria jurídica; e quando os atos passaram a ser praticados pelo Departamento de Combustíveis, este também recebia orientação jurídica da consultoria do Ministério da Infraestrutura ou das Minas e Energia. É surpreendente, portanto, que se possa afirmar a ilegalidade de tantos atos administrativos sem ao menos conhecer a opinião dos órgãos jurídicos que participaram do seu estudo e formulação.

3.2 - Limitação das Informações

29. Outra característica do Relatório que chama a atenção é a limitação das informações em que se baseou. Segundo declara, resultou apenas da consulta de "dossiê" preparado pela "Superintendência de Refino e Processamento de Gás Natural", reconhecidamente incompleto (há referência ao extravio de processo) e de informações verbais de funcionário de que as Estruturas de Preços eram calculadas por outros órgãos. Os arquivos da Administração Pública certamente contêm grande quantidade de documentos que não foram considerados no Relatório, e que, caso não fossem localizados, poderiam ser supridos com informações das autoridades que praticaram os atos ou com cópias dos documentos em poder das Consulentes.

3.3 - Falta de Habilitação Técnica do Autor do Relatório

30. Da leitura do relatório se infere, além disso, a falta de habilitação técnica do seu autor para formar os juízos -- que enuncia -- sobre a ilegalidade de atos administrativos, pois quem tem os conhecimentos especializados necessários à interpretação e aplicação das leis não infere a ilegalidade de um ato administrativo da simples comparação de valores com um dispositivo isolado da lei: a ilegalidade do ato não resulta dessa discrepância, mas da violação da legislação a que está submetido sob os aspectos da competência da autoridade, objeto ou conteúdo do ato, sua forma, a motivação do agente ou a desconformidade do ato com o fim da lei. E essa análise jurídica requer, necessariamente, interpretação da legislação.

O auditor, formado em contabilidade, certamente tem habilitação técnica para verificar, analisar e comparar Estruturas de Preços, mas a

comparação dos critérios adotados pela autoridade com os da legislação aplicável demanda habilitação técnica (jurídica) para interpretar legislação complexa -- como a que está em causa -- tal como foi aplicada por centenas de autoridades ao longo de dezenas de anos.

31. A afirmação de que o Conselho Nacional do Petróleo, caso "discordasse dos valores, critérios e períodos de correção, determinados nos Decretos-lei em referência, deveriam preparar um relatório fundamentado em suas conclusões e encaminhá-lo ao Ministério ao qual estavam subordinados na época, solicitando que fosse publicado um novo Diploma Legal, alterando as regras do anterior" somente pode ser explicada pela falta de habilitação técnica para interpretar a legislação, pois, de outro modo, teria que ser classificada como leviandade: a afirmação de ilegalidade somente teria cabimento se a atividade da fixação de preços do Conselho Nacional do Petróleo fosse estritamente vinculada por dispositivos legais, e para verificar se esta vinculação existia não basta ler um dispositivo legal -- é indispensável interpretar a lei.

4.0 - VALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE APROVARAM AS ESTRUTURAS DE PREÇOS

4.1 - Atos Administrativos Vinculados e Discricionários

32. Para apreciar a afirmação do Relatório de que os atos do Conselho Nacional do Petróleo e do Departamento Nacional de Combustíveis foram ilegais porque introduziram modificações nos valores, critérios e períodos de correção constantes do Decreto-lei nº 1.599/77 é necessário verificar se o poder conferido pela lei àqueles órgãos para fixar preços era vinculado ou discricionário.

O direito administrativo classifica os atos administrativos em vinculados e discricionários, conforme sejam praticados no exercício de poder vinculado ou discricionário. Os primeiros são regidos por normas cogentes que limitam (por completo, ou na maior parte) a liberdade do administrador na prática do ato; os segundos são regidos por lei que assegura ao administrador liberdade de escolha de um ou mais aspectos do ato (com exceção do fim que a lei lhe atribui, expressa ou implicitamente, que deve ser sempre observado). O grau de vinculação e discricionariedade

de cada ato varia em escala contínua, e para determiná-lo é indispensável interpretar o regime legal a que está sujeito. Há atos estritamente vinculados, nos quais o agente tem o dever de os praticar nos exatos termos da lei; atos amplamente discricionários, nos quais a autoridade tem liberdade de escolher se o pratica ou não, assim como seu conteúdo; e atos parcialmente vinculados e em parte discricionários.

M. SEABRA FAGUNDES ("O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", Revista Forense, Rio de Janeiro, 3ª Ed., 1957, p. 93) assim explica essa distinção:

"41. Para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo. É essa a competência *vincolata* dos italianos, ou *liée* dos franceses. A Administração Pública não é livre em resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos, e, com base neles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo, no tempo e com o objetivo determinado, viola a lei.

Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do *objeto* do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos, a competência é livre ou discricionária. A propósito de tais atos, não é possível cogitar de nulidade relacionada com o motivo, com o objeto, ou com ambos, conforme a respeito de qualquer um desses requisitos, ou dos dois, possa deliberar livremente a Administração."

VICTOR NUNES LEAL ("Problemas de Direito Público", Imprensa Nacional, Brasília, 1999, p. 283) destaca que os atos discricionários não estão sujeitos à apreciação de legalidade pelo Poder Judiciário:

"O poder discricionário move-se, portanto, por definição, em uma zona livre, privativa da administração, o que exclui, sob pena de contradição nos próprios termos, a possibilidade de revisão por parte do poder judiciário. Desde que, nesta zona livre, ao critério da

administração se pudesse sobrepor outro critério (a saber, o do judiciário), então já não teríamos uma *zona livre*, nem se poderia mais falar de poder discricionário. Esta expressão seria, no caso, completamente vazia de sentido e estaria destinada ao museu das velharias jurídicas."

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ("Elementos de Direito Administrativo", Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 1991, pgs. 114 e 116) destaca a função dos atos discricionários:

"Atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*."

A diferença nuclear entre ambos residiria em que, nos primeiros, a administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto que nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer ao interesse público que a norma legal visa realizar."

"71. Em suma: discricionariedade é liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal e *pode ser definida como*: "A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal".

CAIO TÁCITO ("Temas de Direito Público", Renovar, 1º Volume, 1997, p. 316) assim comenta a distinção:

"Quando a lei estabelece, expressamente, a forma de realização, cessa a esfera discricionária. O procedimento administrativo está *vinculado* à determinação legal. Não lhe pertence a faculdade de optar por êsse ou aquele método de execução. Cumpre-lhe, unicamente, reproduzir, materialmente, o conteúdo da norma legislativa."

Se, entretanto, a lei não particularizou o sentido da conduta administrativa, ou lhe possibilitou escolher entre soluções alternativas, subsistirá, em sua plenitude, o poder discricionário.

A competência vinculada é, por essa forma, o oposto à competência discricionária. São quantidades antinômicas, a se repelirem pela incompatibilidade conceitual: onde há vinculação, cessa a discricionariedade; onde se apresenta a discricção, repele-se a vinculação."

E HELY LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 151), assim explica os atos discricionários:

"A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

Por isso mesmo, disse mui acertadamente Fiorini que "a discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público. A discricionariedade -- prossegue o mesmo autor -- adquire relevância jurídica quando a Administração quer custodiar em forma justa os interesses públicos entregues à sua tutela. É, então, a ferramenta jurídica que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades de cada momento. (...) É, unicamente, uma autorização limitada a um fim determinado, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa. É uma forma de atuar da Administração Pública para poder realizar uma reta administração dos diversificados interesses da coletividade.""

4.2 - Interpretação da Lei

33. Para saber se determinado ato administrativo é estritamente vinculado ou compreende uma parcela de discricionariedade, assim como para conhecer o fim da lei com o qual o ato discricionário deve ser praticado, há que interpretar a legislação que o rege.

Interpretação da lei não se confunde com leitura de seus dispositivos. É uma ciência e uma arte que visa a explicitar o sentido do preceito legal para o momento em que deva ser aplicado.

São conhecidas as imperfeições e limitações da interpretação meramente literal e a necessidade de se recorrer aos métodos lógico e sistemático de interpretação da lei para definir o conteúdo da maioria das normas legais.

CARLOS MAXIMILIANO ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", Forense, Rio de Janeiro, 9ª Ed., 1979, p. 118 e segs.) assim se expressa com relação à interpretação literal ou gramatical:

"Eis porque a todos se antolha deficiente, precária, a exegese puramente verbal."

.....

"Nada de exclusivo apego aos vocábulos. O dever do juiz não é aplicar os parágrafos isolados, e, sim, os princípios jurídicos em boa hora cristalizados em normas positivas."

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA ("Instituições de Direito Civil", Forense, Rio de Janeiro, 1978, I, p. 177) também ensina:

"Há sempre necessidade de investigar a essência da vontade legislativa, não apenas na exteriorização verbal, mas naquilo que é a sua força interior e o poder de seu comando. Interpretar não é tão-somente contentar-se com que a *letra* da lei revela, pois que, na sociedade animada pela civilização jurídica, a fórmula sacramental perdeu a validade que era o seu prestígio num estágio primitivo, em que dominava a escravidão da forma."

34. A interpretação de um dispositivo legal requer, além da compreensão das palavras em que se expressa, o conhecimento da razão de ser da norma, do conjunto das leis em que se insere e do fim a que visa. É o que explica o mesmo autor (ob. cit., p. 181-2):

"Nem sempre satisfará o manuseio do elemento gramatical. Então socorre-se o intérprete da chamada interpretação *lógica* ou *racional*. É já um processo mais complexo, tendo em vista mais do que a disposição na sua expressão vocabular, porém, na comparação com outras disposições

existentes, na *razão* que ditou o preceito, na transformação por que passou o direito com a promulgação da lei, nas condições ambientes que a inspiraram. Pesquisa-se a *razão da norma*, e verifica-se o que se pretendeu obter com a sua votação. Leva o intérprete em conta não existir o dispositivo isolado, porém, articulado com outros dispositivos, e que a vontade legislativa não decorre do isolamento das emissões estanques, mas da conjugação dos princípios que se completam e se esclarecem (...) A lei tem em vista um objetivo e se justifica por uma razão; ..."

.....

"Denomina-se *interpretação sistemática* a que leva o investigador ainda mais longe, evidenciando a subordinação da norma a um conjunto de disposições de maior generalização, do qual não pode ou não deve ser dissociada. Aqui, o esforço hermenêutico impõe a fixação de princípios amplos, norteadores do sistema a que o interpretando pertence, e o seu entendimento em função dele. A interpretação sistemática é também um processo lógico, que opera em mais vasto campo de ação."

Na interpretação é fundamental conhecer o fim da lei, como observa CARLOS MAXIMILIANO (ob. cit., p. 151):

"Toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo ideado. A regra positiva deve ser entendida de modo que satisfaça aquele propósito; quando assim se não procedia, construía a obra do hermeneuta sobre a areia movediça do processo gramatical."

4.3 - Interpretação do Artigo 2º do Decreto-lei nº 61/66

35. A evolução da legislação sobre preços dos produtos das Consulescentes evidencia que o seu fim sempre foi o de assegurar a rentabilidade como condição do êxito da indústria de refino nacional. Essa proposição não é inferida de dispositivos legais, mas consta expressamente de diversas leis, como referido no item 1.0 do presente; e a natureza dos atos do Conselho Nacional do Petróleo, no exercício da atribuição que a lei lhe conferiu de fixar os preços máximo e mínimo das refinarias, variou no tempo:

a) a princípio (nos DL nºs 395/38 e 538/38) o Conselho Nacional do Petróleo tinha amplo poder discricionário, sem qualquer parâmetro

estabelecido na lei, a não ser a limitação do fim de defender os interesses da economia nacional e cercar a indústria de refinação de petróleo de garantias capazes de assegurar-lhe êxito;

b) a instituição do imposto único sobre combustíveis líquidos e gasosos e a criação de alíquota *ad-valorem* criaram a necessidade de definir o "preço ex-refinaria" como base de cálculo do imposto, segundo parâmetros definidos na lei como coeficientes aplicados sobre o custo CIF do óleo cru importado;

c) o Decreto-lei nº 61/66 criou o conceito de "preço de realização das refinarias", determinado a partir do custo de produção dos refinados, e não do óleo cru, definindo critérios e parâmetros a serem observados pelo Conselho Nacional do Petróleo no exercício da sua atribuição, mas, como foi destacado no item 1.4, ao analisarmos o artigo 2º do Decreto-lei nº 61/66, com a sua redação original e com a nova redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei nº 1.599/77, os dispositivos legais deixam incontroverso que a lei não pretendeu vincular o poder daquele órgão com normas cogentes e rígidas, mas enunciou esses critérios e parâmetros assegurando à autoridade administrativa poder discricionário suficiente para que pudesse alcançar o fim de manter a rentabilidade das refinarias quaisquer que fossem as condições futuras.

Assim:

I - o artigo 2º prescreve ao Conselho Nacional do Petróleo a fixação do "preço unitário de realização da refinaria", não segundo normas rígidas, mas "**levando em consideração**":

a) **o custo médio de processamento** de um barril de petróleo, "**de modo a assegurar a manutenção da rentabilidade** do parque refinador nacional";

b) a classificação nos custos em quatro grupos;

II - o § 1º do artigo 2º prescreve a fixação dos preços de realização das refinarias "**partindo do preço**" médio ponderado "**o qual ora se define**" como correspondendo a um valor em determinada data; o dispositivo não prescreve critérios rígidos para a determinação dos preços,

mas um ponto de partida para essa determinação; e a redação do dispositivo ("o qual ora se define") reforça a interpretação de que esse valor é um ponto de partida na data a que se refere, e não é necessariamente permanente;

III - o § 2º do artigo 2º também adota norma flexível ao prever que o preço de realização de cada derivado seja fixado "**em função das condições do mercado nacional, da conjuntura interna da economia do País e das peculiaridades do parque nacional refinador de petróleo**", e novamente reafirma o fim da lei de assegurar a rentabilidade nas refinarias nacionais;

IV - o § 3º define os referenciais a serem adotados para o reajustamento ou correção monetária dos preços dos quatro grupos de custo, mas o § 4º ressalva que os valores básicos do Grupo IV, que compreendia a depreciação, amortização e remuneração do capital das refinarias, podia ser revisto em cada período de três anos "**de modo a assegurar o êxito econômico** do parque refinador nacional";

V - o § 5º prevê o prazo mínimo e máximo para os reajustamentos de preços, ressaltando, todavia, que as correções sejam procedidas "**com as compensações devidas de modo a assegurar a rentabilidade** do parque nacional refinador de petróleo".

O poder do Conselho Nacional do Petróleo de fixar os preços das refinarias não era, portanto, estritamente vinculado por preceitos cogentes da lei, mas assegurava ao órgão margem de poder discricionário suficiente para adaptar a estrutura e os parâmetros da lei às novas circunstâncias, como meio para alcançar o fim da lei de assegurar a rentabilidade das refinarias.

4.4 - Validade da Deliberação do CNP em 30.05.78

36. A deliberação do Conselho Nacional do Petróleo, de que trata o item 1.5 da presente, foi válida porque tomada no exercício do poder discricionário daquele órgão de adaptar os valores constantes do § 1º do artigo 2º do Decreto-lei nº 1.599/77 ao fim da lei -- de assegurar a manutenção da rentabilidade do parque refinador nacional:

a) os valores constantes do Decreto-lei nº 61/66 foram uniformes para todas as refinarias porque fixados a partir dos custos de produção das refinarias privadas, que eram convenientes para as refinarias da Petrobrás, mais modernas e de maior escala;

b) os valores constantes do Decreto-lei nº 1.599/77 basearam-se no custo de produção da refinaria mais moderna da Petrobrás, de capacidade de produção dez vezes maior do que as das refinarias das Consulentes, que as inviabilizariam economicamente caso a elas aplicados;

c) a manutenção da rentabilidade do parque refinador nacional, que o Conselho tinha o dever de assegurar, pressupunha condições de operação econômica de todas as refinarias integrantes desse parque, e não apenas das unidades da Petrobrás;

d) para manter a rentabilidade de todas as refinarias, de duas uma: ou os valores uniformes deviam ser baseados nas refinarias das Consulentes -- o que implicaria assegurar às refinarias da Petrobrás valor de realização superior ao seu custo de produção -- ou definir diferentes estruturas de custos e preços de realização para as refinarias da Petrobrás e das Consulentes;

e) o Conselho adotou esta última alternativa, que não era incompatível nem com a letra nem com o conjunto das normas do Decreto-lei nº 1.599/77 e se ajustava ao princípio da lei -- de fixar os preços de realização das refinarias a partir do seu custo de produção: se as refinarias da Petrobrás e das Consulentes tinham custos de produção diferentes, esse princípio somente poderia ser observado com preços de realização distintos.

O argumento do Relatório de que a deliberação violou o princípio da isonomia de tratamento de todas as refinarias é improcedente porque a isonomia prescreve tanto o tratamento igual daqueles em igual situação quanto o tratamento desigual dos que se encontram em situações desiguais. Se o princípio básico do regime legal era a determinação dos preços das refinarias a partir do custo de produção, o princípio da isonomia impunha que a diferentes custos de produção correspondessem preços distintos.

4.5 - Validade das Estruturas de Preços com Vigência entre 22.09 e 24.11.93

37. O Relatório ressalta que essas Estruturas de Preços não respeitaram os prazos mínimos de reajustamento determinados pelo Decreto-lei nº 1.599/77.

Como já destacado, o § 5º do artigo 2º do Decreto-lei nº 1.599/77, ao fixar o prazo mínimo de três meses para as correções de preços, ressalva "as compensações devidas de modo a assegurar a rentabilidade do parque nacional refinador de petróleo".

O Decreto-lei nº 1.599/77 foi promulgado quando a inflação no Brasil era de 2,2% ao mês, de modo que a demora de três meses para o reajustamento do preço correspondia a 6,6%. Essa diferença podia ser financeiramente suportada pelas refinarias, principalmente porque a lei prescrevia compensações, nos trimestres seguintes, que lhes assegurassem a rentabilidade.

Nos meses de agosto e setembro de 1993 a inflação foi de 34% ao mês e nos meses de outubro e novembro de 36% ao mês. O reajustamento dos preços com intervalos trimestrais implicaria, no fim do trimestre de aplicação de cada tarifa, preço real de venda das refinarias inferior em 50% aos em vigor logo após cada reajustamento. É evidente que nenhuma refinaria -- nem pública nem privada -- teria condições de sobrevivência com essa queda da sua receita bruta real a não ser contraindo vultosos empréstimos, cujos juros aumentariam o custo de produção. Segundo a norma da lei, que mandava compensar a insuficiência de correção em períodos subsequentes, cada nova tarifa trimestral deveria acrescer os juros desses empréstimos ao custo de produção.

A prescrição legal à autoridade administrativa de fixar preços que assegurassem a rentabilidade das refinarias implicava atribuir-lhe o poder discricionário de aumentar a frequência das correções de preços para adaptar a norma legal a inflação dezesseis vezes maior do que a observada quando da promulgação da lei.

4.6 - Validade da Conversão em URV em Maio de 1994

38. A conversão para URV dos valores da Estrutura de Preços em vigor no início de 1994 é inteiramente estranha ao regime de fixação dos preços do Decreto-lei nº 1.599/77, e seu regime legal foi definido pela Medida Provisória nº 434/94, que atribuiu ao Ministro da Fazenda competência discricionária para aprovar os critérios dessa conversão. Não pode haver dúvida, portanto, sobre a competência do Ministro da Fazenda para aprovar os critérios de conversão.

Com relação a esse ato, o Relatório critica a falta de formalismo da Ata da Reunião Conjunta de representantes do Ministro da Fazenda, do Departamento Nacional de Combustíveis e das refinarias privadas, na qual foram aprovados os critérios de conversão em URV. Alega o Relatório que "a citada Ata não encontrou elementos básicos de formalização, como a identificação e o cargo das pessoas que participavam da reunião representando as refinarias privadas, o Departamento Nacional de Combustíveis - DNC e o Ministério da Fazenda, o local onde foi realizada, e o papel utilizado não contém timbre de nenhum órgão", considerando essas formalidades "necessárias para comprovar a regularidade das decisões tomadas na reunião".

O autor do Relatório não chega a ponto de negar a realização das reuniões, nem coloca em dúvida que as assinaturas apostas no documento sejam verdadeiras, nem, muito menos, que as determinações dele constantes tenham resultado do trabalho dos membros da reunião, com a chancela do Ministro da Fazenda, ao qual a lei atribuiu a competência para definir os critérios de reajuste e revisão.

A alegação é de que teria havido descumprimento de formalidades que "devem ser estabelecidas em uma norma", a qual deveria ser rigorosamente observada. Questiona-se, portanto, a validade de um documento pelo suposto descumprimento de normas formais -- que não existiam, mas deveriam existir -- e que deveriam ser cumpridas antes mesmo de existirem.

39. Cabe destacar que a única exigência legal da legislação sobre atos administrativos é que os mesmos tenham forma escrita. Este requisito foi satisfeito, o que não é negado pelo Relatório.

O ato do Ministro da Fazenda que aprovou as condições de conversão em URV foi, portanto, válido porque praticado pela autoridade competente, no exercício de poder discricionário, e provado por forma escrita.

5.0 - INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO
ARTIGO 72 DA LEI Nº 9.478/97

40. Esse dispositivo legal tem o seguinte teor:

"Art. 72 - Durante o prazo de cinco anos, contados a partir da data de publicação desta Lei, a União assegurará, por intermédio da ANP, às refinarias em funcionamento no País, excluídas do monopólio da União, nos termos do artigo 45 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, condições operacionais e econômicas, com base nos critérios em vigor, aplicados à atividade de refino.

Parágrafo Único. No prazo previsto neste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - (vetado)

II - as refinarias se obrigam a submeter à ANP plano de investimentos na modernização tecnológica e na expansão da produtividade de seus respectivos parques de refino, com vistas ao aumento de produção e à conseqüente redução dos subsídios a elas concedidos;

III - a ANP avaliará, periodicamente, o grau de competitividade das refinarias, a realização dos respectivos planos de investimento e a conseqüente redução dos subsídios relativos a cada uma delas."

41. A interpretação das normas desse dispositivo requer a identificação da sua razão de ser e do fim da lei.

A razão de ser é a modificação radical introduzida pela Lei nº 9.478/97 no regime legal de fixação dos preços das refinarias. Até essa lei, vigeu o regime de controle administrativo dos preços, como instrumento para assegurar a rentabilidade do parque refinador nacional. A nova lei

implantou regime de concorrência entre as refinarias, com liberdade de fixação de preços.

Sabido que desde 1953 as refinarias das Consulentes ficaram proibidas por lei de expandirem a sua capacidade de produção; que nos 44 anos seguintes a Petrobrás expandiu o parque refinador nacional, com a construção de novas unidades, com capacidade de produção muitas vezes superior às das refinarias das Consulentes, com tecnologia mais moderna e custos unitários de produção bem inferiores aos das refinarias das Consulentes; que, portanto, as refinarias das Consulentes não teriam capacidade de sobreviver em regime de competição e de preços definidos pelo funcionamento do mercado, é fácil compreender que a lei tenha se preocupado em assegurar às refinarias das Consulentes uma fase de transição durante a qual possam promover os investimentos que criem condições que lhes permitam continuar a produzir em mercado competitivo.

42. A solução da lei foi assegurar a essas refinarias, por intermédio da Agência Nacional do Petróleo, a manutenção das "condições operacionais e econômicas, com base nos critérios em vigor, aplicados à atividade de refino".

Tal como resulta claro do item III do parágrafo único do dispositivo, essas condições operacionais e econômicas pressupõem a concessão pela União de subsídio que compense o maior custo de produção das refinarias das Consulentes durante o prazo de transição de regime legal, e o montante desse subsídio deve ser o necessário para que sejam mantidas as condições operacionais e econômicas em que operavam as refinarias na data da aplicação da lei.

A definição dessas condições operacionais e econômicas deve ter por base os critérios de fixação dos preços de produtos de refino em vigor na data da publicação da lei. Os critérios então em vigor não eram aqueles constantes da letra do artigo 2º do Decreto-lei nº 1.599/77, mas o regime desse dispositivo legal tal como interpretado e aplicado, pelo Departamento Nacional de Combustíveis, ao aprovar, em dezembro de 1996, a Estrutura de Preços em vigor na data da publicação da Lei nº 9.478/97.

RESPOSTA AOS QUESITOS DA CONSULTA

43. Com esses fundamentos, assim respondemos aos quesitos da consulta:

1º) É improcedente a afirmação do Relatório de ilegalidade da deliberação do Conselho Nacional do Petróleo em 30.05.78, que aprovou estruturas de custos das Consules diferentes da constante do artigo 2º do Decreto-lei nº 1.599/77, porque o ato foi praticado no exercício de poder discricionário que esse dispositivo legal assegurava ao Conselho Nacional do Petróleo.

2º) É improcedente a afirmação do Relatório de ilegalidade dos atos do Departamento Nacional de Combustíveis que aprovaram, em 22.09.93 e 24.11.93, Estruturas de Preços com intervalo menor do que três meses porque praticados no exercício de poder discricionário que o Decreto-lei nº 1.599/77 atribuía ao órgão administrativo encarregado da fixação de preços das Consules, de adaptar os critérios legais a novas condições econômicas e financeiras, sempre que necessário para assegurar que fosse alcançado o fim da lei -- de garantir a rentabilidade das refinarias.

3º) A conversão para URV dos preços das Consules foi validamente aprovada pelo Ministro da Fazenda nos termos do artigo 33 da Medida Provisória nº 434/94.

4º) É improcedente a conclusão do Relatório de que todas as Estruturas de Preços das Consules aprovadas entre 30 de maio de 1978 e 1º de janeiro de 1995 não tinham sustentação legal: os atos administrativos que as aprovaram foram praticados no exercício legítimo de competência discricionária.

5º) A expressão "condições operacionais e econômicas, com base nos critérios em vigor, aplicados à atividade de refino", constante do artigo 72 da Lei nº 9.478/97, deve ser interpretada como significando as condições operacionais e econômicas que resultavam dos critérios adotados pelo Departamento Nacional de Combustíveis ao aprovar, em dezembro de 1996, a Estrutura de Preços das Consules em vigor na data da publicação da Lei nº 9.478/97.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 21 de junho de 2000