

# O DIREITO AO ABASTECIMENTO NACIONAL E A DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS

THE RIGHT TO NATIONAL SUPPLY AND FUEL DISTRIBUTION

EL DERECHO AL ABASTECIMIENTO NACIONAL Y DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES

André Ramos Tavares<sup>1</sup>

## Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



## Resumo:

**Contextualização:** O artigo assume a premissa de que a rede nacional de distribuição e abastecimento de combustíveis é essencial ao modelo de política econômica e de desenvolvimento brasileiro.

**Objetivo:** Dessa forma, o texto busca estabelecer os parâmetros constitucionais do direito fundamental ao abastecimento nacional.

**Metodologia:** Para tanto, utiliza-se da metodologia de revisão bibliográfica, contextualizada ao desenvolvimento, na acepção adotada pela Constituição de 1988, e analisa o ordenamento vigente sobre distribuição de combustíveis derivados de petróleo e biocombustíveis no país, como base de concretização do direito ao abastecimento nacional.

**Resultado:** Infere-se, da pesquisa realizada, que a Constituição brasileira de 1988 reconhece expressamente o desenvolvimento nacional como um objetivo fundamental da República Federativa (art. 3º) que se harmoniza com a disciplina da Ordem Econômica brasileira (art. 170), na qual se identifica, de forma implícita, o direito fundamental ao abastecimento.

**Palavras-chave:** constituição; desenvolvimento; direito ao abastecimento; combustíveis.

<sup>1</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da USP/SP, Coordenador dos Programas de Doutorado e Mestrado em Direito da FADISP, Coordenador do Núcleo de Direito Econômico do Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP e Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. *E-mail:* artavares@usp.br

## Abstract:

**Contextualization:** This article is based on the premise that the national fuel supply and distribution network is essential to the Brazilian economic and development policy model.

**Objectives:** This article, therefore, seeks to establish the constitutional parameters of the fundamental right to a national supply.

**Methodology:** This analysis is carried through a bibliographic review, contextualizes to the development, in the sense adopted by the Constitution of 1988, and analyzes the current legislation on the distribution of petroleum-derived fuels and biofuels in the country as a basis for the realization of the right to a national supply.

**Result:** It was inferred, from the research carried out, that the Brazilian Constitution of 1988 expressly recognizes national development as a fundamental objective of the Federative Republic (art. 3) that is in keeping with the discipline of the Brazilian Economic Order (art. 170), in which it was identified that the fundamental right to supply is implicitly included.

**Keywords:** brazilian constitution; development; right to supply; fuel.

## Resumen:

**Contextualización:** O artigo assume a premissa de que a rede nacional de distribuição e abastecimento de combustíveis é essencial ao modelo de política econômica e de desenvolvimento brasileiro.

**Objetivo:** Dessa forma, o texto busca estabelecer os parâmetros constitucionais do direito fundamental ao abastecimento nacional.

**Metodología:** Para tanto, utiliza-se da metodologia de revisão bibliográfica, contextualizada ao desenvolvimento, na acepção adotada pela Constituição de 1988, e analisa o ordenamento vigente sobre distribuição de combustíveis derivados de petróleo e biocombustíveis no país, como base de concretização do direito ao abastecimento nacional.

**Resultado:** Infere-se, da pesquisa realizada, que a Constituição brasileira de 1988 reconhece expressamente o desenvolvimento nacional como um objetivo fundamental da República Federativa (art. 3º) que se harmoniza com a disciplina da Ordem Econômica brasileira (art. 170), na qual se identifica, de forma implícita, o direito fundamental ao abastecimento.

**Palabras clave:** constitución; desarrollo; derecho al abastecimento; combustibles.

## INTRODUÇÃO

A história do desenvolvimento nacional brasileiro se confunde, em grande medida, com a História dos combustíveis fósseis e da indústria automotiva. Setores conectados diretamente a essa indústria também fizeram parte desse contexto, como criação e ampliação das estradas e rodovias. A

matriz de transporte brasileira e sua logística de distribuição de produtos nacionais e internacionais são, essencialmente, terrestres, e ocorrem por meio de veículos de carga.

O desabastecimento de combustíveis e os problemas de sua distribuição pouco equitativa ensejam um terrível efeito cascata sobre todos os setores dependentes e podem gerar, como ocorre com frequência no Brasil, a excessiva flutuação de preços dos combustíveis e produtos essenciais, sobrecarregando a economia interna e o bolso do brasileiro.

O presente estudo irá abordar a existência do direito fundamental ao abastecimento, raramente mencionado, mas praticamente sempre pressuposto nas discussões jurídicas e de políticas econômicas mais avançadas. E fará essa investigação a partir do Ordenamento Constitucional brasileiro em vigor, identificando, ainda, a correlação estreita entre a proteção do mercado interno e a dinâmica de distribuição e abastecimento de combustíveis e biocombustíveis.

## 1. O COMPROMISSO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 COM O DESENVOLVIMENTO DO PAÍS

A atual Constituição brasileira abordou o *desenvolvimento* com intensidade e sistematização inéditas. Embora a disciplina de elementos econômicos não seja, propriamente, novidade no histórico pátrio, e isso se pode afirmar sobretudo a partir da Constituição de 1934<sup>2</sup>, entende-se que foi apenas com o advento da Constituição Cidadã que o *desenvolvimento nacional* foi alçado, de maneira expressa, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inc. II).

Essa escolha do constituinte originário despertou críticas de parte da doutrina, especialmente, pela adoção de um modelo de desenvolvimento com características e pressupostos bastante delimitados. Isso porque esse desenvolvimento deverá alinhar-se aos demais objetivos da República, como a *erradicação da pobreza e da marginalização* (art. 3º, inc. III), a *redução das desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, inc. III) e a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, inc. I).

Observa-se, portanto, que o modelo de desenvolvimento eleito pela Constituição de 1988 não comporta todo e qualquer sentido conferido ao termo, tampouco pode ser confundido com mero crescimento econômico e, menos ainda, com um superávit orçamentário lastreado na privatização, ainda que esta seja, em algumas situações, uma legítima escolha de governo.

Trata-se, na verdade, de um desenvolvimento socioeconômico democrático, com intuito de diminuir os abismos sociais e assegurar a soberania econômica do país. Soberania esta, contemplada expressamente no art. 170, inc. I, que não deve ser confundida com a tradicional soberania política,

<sup>2</sup>Na história constitucional brasileira, a Constituição de 1934 marca a ruptura com o modelo liberal de constituições, vigente no país desde a Constituição Imperial de 1924, e simboliza a introdução dos direitos sociais no seio do texto constitucional, sob forte inspiração da Constituição de Weimar, de 1919, e alguma influência da Constituição Mexicana de 1917. Além disso, do ponto de vista econômico, o texto de 1934 é decisivo ao firmar a soberania sobre as fontes de recursos energéticos nacionais, tão caros à industrialização do país naquele momento. A este respeito, ver: TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 e TAVARES, André Ramos. *Influência de 1917 na Doutrina e nas constituições econômicas brasileiras*. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **México y la Constitución de 1917**. Influencia extranjera y transcendencia internacional. México: UNAM, 2017.

como se fosse mera repetição do art. 1º. inc. I<sup>3</sup>, pois assume significado muito próprio na Ordem Econômica. Por ela, não se pretende, porém, o isolacionismo econômico nacional, mas, sobretudo, garantir que as principais decisões econômicas internas possam ser tomadas dentro dos quadrantes da Constituição Econômica brasileira e, assim, que se considere sempre o interesse nacional.

Ademais, a Constituição de 1988 não se ateve a elencar os rumos do Estado brasileiro, dissociados dos meios para alcançá-los. Ao contrário, com o intuito de concretizar esses fins constitucionais, foram sedimentados pilares e disciplinados variados instrumentos, ao longo de seus artigos, reforçando-se, pois, a necessidade de uma leitura integrada do texto<sup>4</sup>. Essa conclusão remete à lição de Eros Grau de que “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”<sup>5</sup>.

Quanto à interpretação constitucional, destaca-se, ainda, a indispensável contribuição de Riccardo Guastini para essa compreensão. Segundo esse estudioso, a norma jurídica, entendida como fruto da interpretação do texto, pode advir de só uma disposição específica, porém nem sempre esta identidade “*bi-unívoca*” será observada<sup>6</sup>. Assim, por exemplo, tanto podem surgir variadas normas de um único dispositivo textual, como também a norma jurídica pode ser inferida logicamente de vários fragmentos textuais, sem haver disposição expressa a determiná-la. É o que vem por ele denominado de *normas não expressas*, ou seja, normas implícitas.

Uma norma não expressa habitualmente é deduzida ou de uma outra norma expressa (por exemplo, mediante analogia), ou do Ordenamento Jurídico no seu conjunto, ou de algum subconjunto de normas considerado unitariamente (o sistema do direito civil, o sistema do direito administrativo, etc.)<sup>7</sup>.

De volta ao panorama constitucional brasileiro, diversas garantias e institutos jurídicos devem ser examinados e compreendidos, em sua real dimensão, a partir de sua relação com o desenvolvimento nacional, dentre eles: i) a propriedade privada e sua função social (art. 5º, inc. XXII e inc. XXIII); ii) os fundamentos e princípios da ordem econômica (art. 170); iii) a proteção ao mercado interno (art. 219); iv) a participação econômica direta do Estado, diante do *relevante interesse coletivo* ou de *imperativos da segurança nacional* (art. 173); v) a atuação indireta do Estado nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174); vi) disciplina constitucional da propriedade dos bens energéticos (artigos 20; 176 e 177), bem como a atribuição das atividades de exploração e distribuição de energia (artigos

<sup>3</sup>A tese de que a Constituição foi repetitiva, nesse e em outros momentos, como nas normas da função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII supostamente também espelhado no art. 170, inc. III), é uma das facetas do fenômeno de bloqueio da Constituição de 1988, que tenta conter os significativos avanços ocorridos, a partir de leituras que rompem a imperatividade do Direito e insistem em forçar a supremacia do pensamento ultraliberal, a despeito dos termos e da estrutura constitucionalmente estabelecidos e em vigor.

<sup>4</sup>Quanto à interpretação constitucional, ressalta-se o consagrado vetor da unidade da Constituição, que preza pela interpretação do texto em sua globalidade. Sobre os demais vetores auxiliares da interpretação constitucional, ver: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 226, 6. ed. e TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 186-194.

<sup>5</sup>GRAU, Eros, **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 160.

<sup>6</sup>GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-43.

<sup>7</sup>GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**, p. 41.

21, inc. XII, item b; 177 e 238). Nessa temática, não se está diante de tópicos constitucionais aleatórios e isolados, mas sim de uma estrutura concatenada e voltada a determinados objetivos, da qual se originam, inclusive, comandos jurídicos inequívocos, embora não expressos.

Acrescenta-se, ainda, que na busca pela concretização do desenvolvimento indicado, é insito à Constituição Econômica o direito (fundamental) ao abastecimento nacional. Esse direito revela-se essencial, tanto para a estruturação e manutenção do sistema capitalista brasileiro, quanto para o exercício das potencialidades econômicas individuais. Afinal, a disponibilidade de fornecimento e acesso a insumos e bens (sejam eles de produção ou de consumo) é condição *sine qua non* para criação de um mercado interno integrado, diversificado, menos vulnerável e verdadeiramente capaz de diminuir as desigualdades regionais e sociais do país.

No entanto, o direito ao abastecimento nacional nem sempre é tratado com a devida objetividade ou precisão pela doutrina, pelos legisladores, ou mesmo pelos operadores do Direito<sup>8</sup>. Há, sem dúvida, uma percepção intuitiva sobre sua existência, porém, esta percepção, dificilmente, se materializa de forma expressa, estando, na maior parte das vezes, dispersa ou ignorada.

Diante desse cenário, o direito ao abastecimento nacional *energético* (sobretudo, o de combustíveis) desponta como uma rara exceção às referidas lacunas, sendo, muito provavelmente, o segmento no qual o assunto ganhou maior atenção<sup>9</sup>.

Como visto, o Texto Constitucional de 1988 concebeu um modelo de desenvolvimento econômico e, para tanto, foi inevitável abordar o regime jurídico energético, tratando de sua finalidade, de sua titularidade, de suas múltiplas facetas (energia elétrica, nuclear, de combustíveis, etc.) e dos deveres e responsabilidades envolvidos no uso das respectivas fontes energéticas.

Nesse sentido, a política energética é, como pontua Luiz Gustavo Kaercher Loureiro<sup>10</sup>, resultado da articulação dos “usos das diferentes fontes e das diferentes indústrias energéticas à vista de certos objetivos, considerando certas condicionantes materiais”. De modo mais específico, ao se falar de uma *política energética constitucional*, por certo, não se pretende que seja uniforme, pois é plenamente necessário e legítimo que ela esteja adaptada às particularidades de cada fonte e cada indústria energética.

<sup>8</sup>O assunto, porém, costuma vir devidamente ressaltado e analisado pelos economistas (cf. dentre outros, GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 199 e ss.). Trata-se de tema essencial ao surgimento do capitalismo, que vai emergir a partir *da produção e comércio* ainda incipientes no entroncamento das rotas dos mercadores, local em que se formaram as feiras medievais que originariam, mais adiante, as primeiras cidades, doravante capazes de serem abastecidas por novas técnicas da agricultura que também haviam recém surgido. Esse comércio e a urbanização incipientes incentivaram ainda mais a produção de excedente dentro do regime produtivo ainda feudal, alargando essa atividade humana, que envolvia, sobretudo, a troca, e que culminaria na derrocada desse modelo, com a revolução industrial rompendo as limitações feudais. A ideia de abastecimento nacional, nesse contexto feudal, era inexistente e, em realidade, seria totalmente anacrônico pretender discutir esse assunto, no sentido aqui adotado, naquele momento histórico.

<sup>9</sup>Além de expressamente mencionado na Constituição do Brasil, o abastecimento nacional de combustíveis é disciplinado por vários atos normativos legais e infralegais, a exemplo da Lei 9.847 de 1999.

<sup>10</sup>LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 34.

Porém, há um ponto comum à política econômica das diversas fontes energéticas, enquanto bens considerados essenciais ao desenvolvimento. Trata-se da busca pela garantia de abastecimento nacional<sup>11</sup>.

De acordo com o autor, a política energética, espalhada ao longo de diversos dispositivos, aponta para a existência do direito ao abastecimento energético, de índole constitucional e com finalidades próprias.

Há um fim próprio de toda e qualquer política deste tipo (energética) que é a garantia de abastecimento, em termos físicos e econômicos, ou suficiência energética sustentável: quer-se energia em quantidade suficiente e com capacidade de satisfazer as necessidades atuais e futuras de uma dada sociedade (qualidade), com segurança de abastecimento (continuidade) e a um preço que, ao mesmo tempo, permita sua ampla utilização e garanta o fluxo das intervenções e investimentos<sup>12</sup>.

Por isso, ao se falar em abastecimento nacional, é quase automática a conexão com o petróleo, seus derivados e o etanol combustível, embora não sejam os únicos elementos integrantes de um direito fundamental ao abastecimento nacional.

É possível citar, ainda, como conexão intuitiva imediata, a questão do abastecimento nacional de alimentos, embora estes também não constituam a integralidade de um direito ao abastecimento, e, ademais, tenham uma dependência, em larga medida, do abastecimento energético do petróleo e biocombustíveis, para viabilizar ou instrumentalizar seu transporte nacional.

A necessidade da distribuição de combustíveis em todo o território nacional é, certamente, inequívoca, e pressuposto para a distribuição nacional de muitos outros elementos. De fato, o petróleo permanece como o principal elemento a movimentar as economias. Assim, dificuldades de acessá-lo invariavelmente significam a diferença entre o atraso e o desenvolvimento de certas comunidades ou localidades mais distantes dos grandes centros econômicos ou dos centros de extração (seja geograficamente, seja pela inexistência de infraestrutura<sup>13</sup>).

Aliás, o tema dos combustíveis voltou a ocupar grande espaço no debate nacional recente, especialmente com as descobertas das reservas do pré-sal, em 2007, com o regime jurídico de partilha, aprovado em 2010, com a polêmica em torno da distribuição ou destinação dos *royalties*

<sup>11</sup>Idem.

<sup>12</sup>LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009, p.35.

<sup>13</sup>Sobre a infraestrutura como condição da expansão capitalista e da promoção do desenvolvimento, cf. BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e Desenvolvimento*. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

do petróleo dentro da Federação (EC 102, de 2019)<sup>14</sup> e com a retirada parcial da Petrobrás de setores antes considerados estratégicos para o país e a privatização da BR Distribuidora, dentre outras áreas<sup>15</sup>.

No final do ano de 2021, a elevação do preço dos combustíveis culminou na famigerada MP 1.063, alterada pela MP 1.069<sup>16</sup>, e em uma discussão intensa sobre o assunto, com o Presidente da Petrobrás sendo chamado ao Congresso Nacional para dar explicações, além da tentativa de reestruturação do ICMS-Combustível e das frequentes ameaças de paralisações de caminhoneiros.

Considerando a temática desta pesquisa, após a análise do direito fundamental ao abastecimento nacional, será detalhada essa distribuição específica dos combustíveis, como parte do processo de concretização do direito fundamental ao abastecimento.

## 1.1 DESENVOLVIMENTO NACIONAL E MERCADO INTERNO

Uma das normas centrais do debate sobre o desenvolvimento nacional na Constituição de 1988 é justamente um dos artigos menos referidos pela literatura jurídica, o art. 219. Trata-se da proteção do “mercado interno brasileiro”, caracterizado como “patrimônio nacional”, nos exatos termos constitucionais em vigor.

Esse mercado interno significa, em breves palavras, a necessidade de que o desenvolvimento nacional seja pleno e voltado para as demandas de estruturação do nosso próprio mercado, bem como para as necessidades de nossa sociedade, inclusive as demandas pela distribuição nacional dos bens estratégicos e pela segurança alimentar de toda a nossa população<sup>17</sup>.

Sem pretender desconsiderar o incremento econômico que, efetivamente, é propiciado pelo setor de exportações<sup>18</sup>, é impositivo construir e sustentar um mercado interno diversificado e amplo, que supere a contradição da coexistência entre setores produtivos capitalistas extremamente

<sup>14</sup>Embora distancie-se do escopo deste artigo, a repartição federativa dos *royalties* é de suma importância para a garantia da autonomia dos entes subnacionais e para obter o aumento de suas receitas orçamentárias; além disso, influencia, decisivamente, na forma de apropriação dos excedentes, gerados pela exploração de recursos naturais não renováveis. A este respeito, ver: SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

<sup>15</sup>A título ilustrativo, ressalta-se também a retirada parcial da Petrobrás do setor de transporte de gás, com a venda de sua participação acionária na TAG e a Liquigás.

<sup>16</sup>As mencionadas medidas provisórias alteraram profundamente a distribuição e comercialização do etanol no mercado brasileiro, com impacto direto para toda a cadeia de distribuição do petróleo, um verdadeiro redesenho dessa cadeia de distribuição e comercialização dos combustíveis em geral.

<sup>17</sup>O Brasil é, segundo a Organização Mundial do Comércio (OMC), o segundo maior exportador de alimentos do mundo, mas grande parte de sua população, inclusive aquela que vive em áreas rurais, encontra-se em situação de insegurança alimentar. A contradição entre produzir alimentos para o mundo e ignorar a falta de alimentos interna é uma ilustração do resultado de uma priorização das exportações para incrementar a balança comercial, sem uma política econômica de real atenção para o desenvolvimento do mercado interno. World Trade Organization (WTO). **World Trade Statistical Review 2020**. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/trade-monitoring/world-trade-statistical-review-2020\\_0a4fef8-en#page36](https://read.oecd-ilibrary.org/trade-monitoring/world-trade-statistical-review-2020_0a4fef8-en#page36). Acesso em: 29 out. 2021.

<sup>18</sup>O agronegócio, no Brasil, *v.g.*, volta-se de maneira prioritária para o setor de exportações e deixa de atender, por questões econômicas, às demandas básicas da população nacional.

avançados, plenamente integrados ao capitalismo mundial, mas que também estão acoplados e dependem de setores arcaicos, das áreas mais atrasadas do país. O mercado interno, na Constituição, deve ser força motora do desenvolvimento nacional, ultrapassando o objetivo de apenas propiciar uma balança comercial superavitária.

Definidores<sup>19</sup> desse mercado interno, segundo a Constituição de 1988, são, entre outros: i) a dignidade humana; ii) a educação profissional apta a capacitar a mão de obra nacional (qualidade e acesso); iii) a infraestrutura robusta e permanentemente revigorada; iv) a estrutura produtiva homogênea e diversificada da economia; v) o domínio, pelo Estado, de suas fontes energéticas essenciais, como o petróleo; vi) a garantia, de maneira efetiva e permanente, do direito mais amplo ao abastecimento nacional, incluído, aqui, o dever de assegurar infraestrutura e o fornecimento de combustíveis, em todo o território nacional, de maneira a que outros bens possam alcançar as mesmas porções desse território.

Sobre o último elemento acima indicado, é importante lembrar que o abastecimento, *lato sensu*, deve incluir, sobretudo, o abastecimento de alimentos, de bens em geral (vestuário, eletrodomésticos, equipamentos de saúde, etc.) e insumos, além dos próprios combustíveis. Deve abranger, ainda, a distribuição dos bens digitais, ou seja, a garantia de rede (infraestrutura tecnologicamente desenvolvida) e o acesso a ela (*internet* acessível)<sup>20</sup>. Em apertada síntese, o abastecimento engloba não apenas a distribuição de bens corpóreos, mas, principalmente, a disponibilização de produtos, serviços e infraestruturas necessários às atividades em geral, além da referida distribuição digital.

Considero existir um *caráter dúplice* dos combustíveis e das redes, já que podem ser entendidos, ao mesmo tempo, como produtos oferecidos aos consumidores finais ou fatores instrumentais de produção, circulação e prestação de serviços, necessários ao regular desenvolvimento das demais cadeias produtivas do país. Por se revelar de forma ainda mais acentuada quanto aos combustíveis, é mais simples visualizar sua dupla faceta, seja como bem de uso direto pela população (*v.g.*, gasolina para uso em automóveis de passeio) ou como fonte energética decisiva para a circulação e o provisionamento de inúmeros outros bens (*v.g.*, o diesel para transporte rodoviário, aquaviário e aeroviário de mercadorias no país).

Em resumo, é certo que a capacidade (i) de produção e (ii) de fornecimento dos elementos

<sup>19</sup>Elenco, aqui, apenas alguns dos elementos definidores, sem, com isso, pretender desqualificar ou mesmo subalternizar os demais elementos sociais, e igualmente sem pretender autonomizar a economia de um projeto social. Pelo contrário, como dito antes, o desenvolvimento há de ser pleno, e não apenas um crescimento quantitativo da riqueza nacional. Apenas realizo, no texto, uma simplificação por motivos de direcionamento para o tema que pretendo sublinhar. Assim, em síntese, fica o registro de que há impossibilidade em pretender separar, na busca pelo desenvolvimento nacional, o aspecto econômico do social.

<sup>20</sup>Neste ensaio, porém, não irei abordar o assunto relacionado ao abastecimento digital, de maneira a concentrar os esforços no desenho de um direito ao abastecimento relacionado aos produtos tangíveis, cuja adequada compreensão e consolidação ainda carece de estudos. De nenhuma forma, este recorte significa ser a questão digital menos relevante, até porque a chamada *economia digital* é uma realidade global irresistível. Mas a caracterização desse mercado digital e do respectivo abastecimento envolvem conceitos, direitos e estruturas muito diversas daquelas relacionadas à distribuição de bens materiais e ao mercado de combustíveis.

básicos do mercado interno (como alimentos, bens em geral e insumos) depende, em larga medida, do abastecimento de combustíveis e redes de infraestrutura.

Logo, o *desenvolvimento nacional* (art. 3º, inc. II) e o *mercado interno* (art. 219) são, de maneira inequívoca e direta, afetados pelo petróleo (e seus derivados e, ainda, pelos biocombustíveis), pela forma de sua titularidade, pelo tipo de exploração realizada<sup>21</sup> e, sobretudo, pela efetiva distribuição desses combustíveis em todo o território e para todo seu povo. Afinal, o acesso a tais fontes energéticas (para realizar o transporte) impacta na concretização do próprio direito fundamental ao abastecimento, uma vez que o fornecimento de combustíveis serve como condição material para a realização do direito mais amplo ao abastecimento nacional.

Neste ensaio, procura-se estabelecer o significado e alcance de um direito fundamental ao abastecimento e, para alcançar esse desenho, será também imprescindível compreender uma regra expressa da Constituição, que é a exigência de distribuição nacional de combustíveis líquidos, positivada no inc. I do parágrafo segundo do art. 177. Em outras palavras, investigar-se-á, também, como a rede de distribuição de combustíveis é arquitetada e como acaba por revelar uma das estruturas centrais para o direito mais amplo, que é o direito ao abastecimento nacional.

O especial arranjo constitucional direcionado a prover o suprimento nacional da demanda energética de combustíveis, contemplado no art. 177, acaba por reconhecer e estabelecer a interconexão entre os diversos elos do setor do petróleo, derivados e biocombustíveis, de maneira a orquestrar padrões de uma estrutura que há de ser íntegra, nos termos explicitados adiante e que constituem base do próprio direito fundamental ao abastecimento.

A criação dessa cadeia íntegra e confiável de distribuição pode ser considerada, no atual contexto brasileiro, como a única forma de assegurar, ao final, o abastecimento do mercado interno nacional, ou seja, com adequado fornecimento de combustível, distribuição e acesso das demais cadeias produtivas e consumidores finais a essa fonte energética em qualquer localidade do Brasil. Afinal, como mencionado, os combustíveis fósseis e biocombustíveis consistem um dos pressupostos de funcionamento de nossa economia, ainda tão dependente do transporte terrestre de mercadorias e de bens de produção.

Por isso, para além da integração com o processo de desenvolvimento, o estudo jurídico sobre o mercado interno não pode ser furtar à análise do direito ao abastecimento, de suas condições, de seu regime constitucional e de seus objetivos. E isso é assim, justamente, porque as condições de acesso a produtos (sobretudo, a insumos estratégicos) impactam de maneira decisiva no crescimento e fortalecimento do mercado interno. E, para falar do abastecimento, é inevitável considerar, como parte integrante e central dele, o microssistema constitucional da distribuição de combustíveis

<sup>21</sup>Para além dos aspectos mencionados, o desenvolvimento ainda guarda forte liame com a titularidade e apropriação do excedente financeiro gerado pela exploração de riquezas naturais energéticas, pelo petróleo, seus derivados e biocombustíveis. Apesar da extrema relevância do tema, neste ensaio, optei por não me aprofundar no debate, sob o risco de fugir do escopo deste artigo.

(abastecimento energético).

Não por outro motivo, o legislador constituinte reservou ao abastecimento energético destaque ao longo de diversos artigos (v.g., art. 170, art. 177 e art. 238) e atribuiu ao Estado brasileiro o poder-dever de garantir as redes de abastecimento de energia, de forma direta ou indireta.

## 2. DIREITO FUNDAMENTAL AO ABASTECIMENTO NACIONAL

Embora timidamente explorado pela literatura jurídica pátria, o direito fundamental ao abastecimento nacional encontra-se presente na Constituição de 1988 e, em muitos casos, é pressuposto implícito para o pleno exercício de tantos outros direitos, especialmente direitos sociais e econômicos, como o direito à saúde, alimentação, moradia, livre iniciativa, a liberdade de concorrência e a livre circulação de produtos e serviços, dentre outros.

Especificamente quanto ao direito ao abastecimento energético, nota-se que este não apenas está expresso no texto constitucional, no âmbito dos combustíveis, como também ganhou disciplina ainda mais detalhada, sendo a sua regulamentação reservada à lei em sentido formal (*reserva legal*) e sua distribuição (de combustíveis) planejada a nível nacional (ou assim deveria ser).

Não é, pois, exagero, reconhecer, como de fato se deve reconhecer, um Estatuto Constitucional do fornecimento (ou abastecimento) nacional, envolvendo especialmente os combustíveis em geral (especialmente derivados do petróleo e biocombustíveis).

Sobre esse aspecto, cumpre reforçar, uma vez mais, que o direito ao abastecimento (*gênero*) consiste no direito à disponibilização e à possibilidade de acesso a bens, serviços e infraestruturas em geral, sejam eles essenciais às necessidades individuais ou às demandas das variadas atividades econômicas. Não se confunde, portanto, com eventual obrigação positiva do Estado em fornecer bens e serviços ou com a mera satisfação de exigências coletivas públicas. O direito fundamental ao abastecimento possui *caráter instrumental*, ao viabilizar o desempenho das mais variadas atividades, em toda extensão do território brasileiro, não privando as pessoas físicas ou jurídicas dos elementos essenciais para sua sobrevivência e realização econômica. Não obstante se trate de um direito muito mais abrangente que o direito ao abastecimento dos combustíveis em si (*espécie esta contemplada expressamente na Constituição*), dada a dependência umbilical entre o abastecimento de combustíveis e a possibilidade de circulação e produção dos demais gêneros econômicos, o estudo do abastecimento perpassa pelo abastecimento energético, sobretudo, o de combustíveis.

Aliás, pode-se dizer que o acesso aos combustíveis constitui um pressuposto de funcionamento da economia, embora também constitua uma atividade econômica propriamente dita, no sentido de produzir e empregar milhares de pessoas diretamente.

Por sua vez, o direito fundamental ao abastecimento, além de ter objeto amplo, deve ser compreendido corretamente a partir de *duas dimensões*. Na primeira delas – *dimensão pública* –, o direito ao abastecimento está intimamente associado à soberania econômica nacional, princípio elementar da Ordem Econômica Constitucional (art. 170, inc. I) e ao florescimento do mercado interno (art. 219). Já sob a ótica *individual-econômica*, é concebido como o direito do indivíduo a ter acesso aos bens em geral, inclusive os energéticos, fundamentais à vida digna, ao pleno exercício de sua capacidade produtiva e desenvolvimento de suas atividades econômicas. Assim se compreende, aliás, como o direito ao abastecimento está diretamente relacionado a direitos sociais, como o direito ao trabalho ou a busca pelo pleno emprego.

## 2.1 CARACTERÍSTICAS

O direito fundamental ao abastecimento, como não poderia deixar de ser, está intimamente associado ao projeto de desenvolvimento desenhado pelo constituinte e reflete-se no dever estatal de assegurar o acesso e o provisionamento dos bens e insumos (especialmente os mais básicos) à população em geral, em todos os pontos do país.

Dessa maneira, o abastecimento, no contexto da Constituição de 1988, deve assumir contornos específicos e determinadas características, cuja inobservância acaba por macular o exercício do próprio direito.

É elemento nuclear desse direito ao abastecimento o acesso aos bens básicos, tanto para uma vida digna como para uma vida econômica.

São características do direito fundamental ao abastecimento a sua universalidade (todos sujeitos são seus beneficiários), seu caráter nacional (em termos territoriais), seu caráter geral (relacionado a todos bens e serviços, inclusive digitais), a necessidade de prestação ininterrupta (continuidade) e sua transversalidade ou fundamentalidade em relação aos demais direitos.

Quanto a este último ponto, não é possível pensar na vida em sociedade sem o direito ao abastecimento geral, e, inclusive, em caráter nacional. A vida, a proteção e uso da propriedade, a liberdade de expressão, enfim, todos os direitos, mesmo os tipicamente liberais, pressupõem o abastecimento nacional, o acesso a insumos, aos mais variados produtos e a serviços. Assim, *v.g.*, a liberdade de expressão jamais seria plena sem o abastecimento e, conseqüentemente, sem acesso do indivíduo à produção científica, literária e cultural, seja em formato tradicional de livros físicos, seja em formato digital<sup>22</sup>. Essa circulação dos bens gera o acesso e o exercício dos direitos. Tudo isso depende, basicamente, do abastecimento nacional. A transversalidade desse direito fundamental é

<sup>22</sup>Sobre esse tema, ver: TAVARES, André Ramos. A universidade e seu papel socioeconômico. In: SCAFF, Fernando F., EVARISTO PINTO, Alexandre (Coord.). **Direito econômico contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Fábio Nusdeo**. São Paulo: Editora Iasp, 2020.

inquestionável.

A essencialidade do direito ao abastecimento para a própria vida em sociedade e para o Capitalismo torna paradoxal a falta de atenção da literatura jurídica especializada com o tema<sup>23</sup>.

Ademais, como salientou-se acima, esse direito é essencial à promoção do desenvolvimento nacional e à garantia da soberania econômica, exigindo que haja um plano para que o sistema nacional não se torne totalmente dependente do mercado externo (por depender da compra de combustíveis refinados para abastecer o mercado interno), o que significaria uma vulnerabilidade ainda maior de uma economia já bastante combatida, ficando exposta a investidas de especuladores internacionais ou mesmo dos produtores internacionais de petróleo refinado.

### 3. A REDE DE DISTRIBUIÇÃO DOS COMBUSTÍVEIS E O DEVER DE FORNECIMENTO

A análise das estruturas econômicas do setor de combustíveis, das finalidades políticas e estratégicas de sua entrega, do funcionamento real do sistema de transporte e da distribuição e revenda congrega elementos e regras jurídicas que ultrapassam a ideia de *serviço de utilidade pública*, como expressa no art. 1º, parágrafo primeiro, da Lei n. 9.847/99, ou de *serviço de interesse econômico geral*, como têm sido comumente classificados, na recente literatura europeia<sup>24</sup>, os serviços que se transferem ao setor privado, mas cuja essencialidade permanece evidenciada pelo Direito. Essas observações valem, por maior razão, para o sistema de distribuição nacional e todos seus elementos componentes.

No caso da rede (ou arranjo) concreta, real e bem conhecida, de distribuição dos combustíveis derivados do petróleo e dos biocombustíveis, que foi se estruturando ao longo do tempo, progressivamente, e se ampliando conforme as necessidades do amplo mercado nacional, estamos diante também de uma verdadeira instituição<sup>25</sup>. Mais propriamente, deve-se falar em *garantia institucional*, uma realidade consolidada na sociedade, atrelada ao já analisado direito fundamental, qual seja, o direito ao abastecimento energético.

Enquanto insumo estratégico ao desenvolvimento das mais diversas atividades econômicas,

<sup>23</sup>Ainda que fosse para apenas reconhecer que o chamado direito fundamental ao abastecimento é uma figura ou elemento inerente a muitos outros direitos, ou mesmo que, diluído nestes direitos, não alcançaria autonomia ou interesse para um estudo específico. Na realidade, esses argumentos não são conceitualmente sustentáveis no constitucionalismo. O que parece ter ocorrido é uma certa área de conforto (salvo episódios isolados, como a greve dos caminhoneiros, ocorrida no Brasil, em 2018), uma tranquilidade talvez resultante dos arranjos próprios do mercado para forçar que se realize a distribuição nacional como “natural” e inevitável, o que acabou turvando a percepção do próprio direito em si, que é, como qualquer direito, passível de ser violado e prejudicado.

<sup>24</sup>Cf. diversos estudos em: ALONSO TIMÓN, Antonio J. (Coord.). **Sectores Regulados**: Sector energético, Sector del transporte y Sector de las telecomunicaciones. Madrid, Dykinson, 2014.

<sup>25</sup>Como observa Hauriou, cada instituição tem uma “ideia” ou obra a realizar e forma-se uma comunhão social que perdura no seio da sociedade em torno dessa obra (HAURIOU, Maurice. La Théorie de L’Institution et de la Fondation: Essai de Vitalisme Social. In: **Cahiers de la Nouvelle Journée**, n. 4. Paris: Bloud et Gay, 1925). O Ministro Gilmar Mendes chegou a considerar a ideia de faturamento como assumindo, na Constituição de 1988, uma feição institucional: “Observa-se que o critério para tributação denominado *faturamento*, contido no art. 195, assume feição nitidamente institucional” (ver o voto no RE 346.084-6/PR).

sua presença indireta é sentida ao longo de toda a cadeia produtiva, desde os fabricantes de bens de produção (condição material de funcionamento da economia) aos consumidores finais. Por isso, não obstante parcela relevante do Produto Interno Bruto brasileiro estar relacionada diretamente ao setor energético, como fim em si próprio, justamente por ser o Brasil uma economia extrativista, para o estudo do direito ao abastecimento é imprescindível considerar a instrumentalidade dos bens energéticos para o desenvolvimento da economia interna. Ou seja, é preciso falar, aqui, da correlação direta entre combustíveis derivados do petróleo e biocombustíveis com os demais setores econômicos.

Seria desnecessário reafirmar que a economia mundial ainda está baseada no petróleo, fonte de energia que é utilizada também como o principal combustível automotivo na atualidade. Trata-se, ademais, de um bem de elevadíssima relevância geopolítica para o país<sup>26</sup>.

Somado a isso, temos no Brasil, ao lado do setor petrolífero, uma expressiva produção de biocombustíveis, exigindo, assim, uma ampla rede de abastecimento, da qual depende o transportador rodoviário.

Como documento basilar das relações econômicas, a Constituição não poderia deixar de se ocupar da propriedade e da produção do petróleo e derivados, bem como da comercialização dos combustíveis em geral, como efetivamente o fez. Ao tratar desse tema, referiu-se, como visto, ao dever de fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional (inc. I do parágrafo segundo do art. 177). Esse dever foi sendo conformado na realidade nacional, por meio de uma rede ampla e por meio da regulação do setor específico da distribuição. É exatamente esse conjunto que conforma um micro sistema constitucional, um dever de garantia institucional ao Estado. Não é outro o entendimento do STF sobre formar-se esse micro sistema: "(...) as atividades econômicas que têm por objeto o petróleo e seus derivados são alvo de tratamento constitucional específico (...)" (RE n. 229.440-2/RN).

Embora o STF se reporte, nessa decisão, apenas ao petróleo e derivados, assinalo, neste ponto, que também reconheceu a existência de uma moldura específica do setor. Essa moldura, nos dias de hoje, jamais poderia ser concebida sem atenção para com o setor (da energia renovável) dos biocombustíveis.

Nessa específica estruturação (arranjo) do setor, que constitui verdadeira garantia institucional, faço dois importantes esclarecimentos: (i) são alcançadas todas atividades empresariais do segmento, sendo certo que, para tanto, essas atividades devem se reportar ao próprio setor (de combustíveis), e não a atividades correlatas, como o segmento da administração de meios de pagamento eletrônico de frete, a atividade desenvolvida em lojas de conveniência dentro de postos de combustíveis, etc., e, ainda, (ii) as condicionantes existentes para esse fornecimento estarão ancoradas em normas constitucionais próprias do petróleo, seus derivados e biocombustíveis, especialmente da venda e revenda dos combustíveis no Brasil, em função da referida abrangência nacional.

<sup>26</sup>A respeito da essencialidade do petróleo no arranjo geopolítico e econômico mundial, conferir YERGIN, Daniel. **The Prize: The epic quest for oil, money and power**. 1990. Sobre petróleo no Brasil, cf. COHN, Gabriel. **Petróleo e Nacionalismo**. São Paulo: Editora Unifesp, 2017.

Além disso, cada fonte energética deverá ser disciplinada também no plano infraconstitucional, a fim de atender às suas especificidades, sem, contudo, contrariar os ditames gerais, as regras de competência trazidos pela Constituição de 1988 e, sobretudo, o direito fundamental ao abastecimento nacional.

### 3.1 PARTICULARIDADES DO SETOR DE COMBUSTÍVEIS

Todas as grandes discussões ocorridas no setor do petróleo e de seus derivados (setor posteriormente incrementado, no Brasil, com os biocombustíveis), têm como ponto de partida a compreensão de como o tema foi tratado constitucionalmente, tanto pela Constituição originária, quanto pelas posteriores emendas constitucionais, sobretudo a Emenda Constitucional n. 09/95<sup>27</sup>.

As razões, para tanto, encontram-se no desenho elaborado pelo constituinte originário de 1987-1988 para essas importantes fontes de energia, motor econômico do mundo.

Dada sua dimensão estratégica no processo econômico, o tema sempre envolveu, em maior ou menor grau, a atuação estatal. Mesmo quanto ao etanol, bem como em relação a qual papel do Estado se tornou inequívoco desde meados da década de 1970, com o Programa Nacional do Alcool (o Proálcool).

A complexidade e relevância das fontes energéticas em questão explicam as regras e ressalvas que imperam nesses setores até hoje, muitas das quais estruturadas em regulamentos que alcançam, diretamente, o elo da *distribuição* de combustíveis em geral (portanto, sejam derivados do petróleo ou não), de acordo com a respectiva modelagem constitucional.

Ao lado do monopólio<sup>28</sup> das atividades do petróleo indicadas nos incisos do art. 177, destaca-se o inciso I do §2º do mesmo art. 177, que exige do sistema “a garantia do fornecimento dos derivados do petróleo em todo o território nacional”.

Conforme antecipado, esse comando explicita parte de um princípio que lhe é mais amplo, o princípio da distribuição nacional. Essa é uma das mais relevantes regras constitucionais sobre desenvolvimento. A composição concreta do sistema de distribuição dos combustíveis é indicativa da preocupação constitucional com a específica estruturação desse setor. Essa preocupação acaba

<sup>27</sup>Essa afirmação pode ser bem ilustrada pela chamada “flexibilização” do monopólio do petróleo, no governo Fernando Henrique Cardoso, que resultou na aprovação da Emenda Constitucional n. 9 de 1995.

<sup>28</sup>O monopólio do petróleo foi atribuído à União, no que tange à pesquisa, lavra, refinação, importação e exportação do petróleo, transporte marítimo ou por conduto de petróleo bruto (nos termos e especificações do art. 177, em sua redação original). Com a Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995, por meio da nova redação atribuída ao §1º do art. 177, referidas atividades em monopólio passaram a poder ser realizadas por empresas estatais ou privadas, mediante contrato a ser firmado com a União, nos termos da Lei. Essa mudança logo foi anunciada por muitos como uma *flexibilização* do monopólio, embora, rigorosamente falando, esse monopólio subsista, mas com a possibilidade de haver a execução privada dessas atividades. Não houve, portanto, a abertura desse setor para que empresas privadas pudessem livremente ingressar no segmento ou, mais radicalmente, para que o Estado se retirasse totalmente como agente econômico. Independentemente do posicionamento pessoal sobre o tema, o certo é que o Estado permaneceu com deveres constitucionais no setor, mesmo nesse momento que foi caracterizado como de uma onda liberalizante severa e irresistível, a dominar o pensamento das economias ocidentais. Vale recordar que, no Brasil, estávamos a promover a chamada “Reforma do Estado”.

por estabelecer uma garantia institucional, além de revelar um componente que é considerado pela Constituição como essencial ao abastecimento nacional. Esse regime constitucional, como se verificará ao longo deste ensaio, desautoriza, por exemplo, qualquer nova regra geral de uma liberalização pela liberalização, que ignore o arranjo construído e em funcionamento, colocando em risco todo o sistema e o próprio abastecimento nacional.

O assunto da distribuição nacional e do petróleo, derivados e biocombustíveis não se circunscreve ao art. 177. Também o art. 178 e, ainda, o art. 238 da Constituição, abordam essa temática dos combustíveis e seu fornecimento. Este último estabelece:

Art. 238. A lei **ordenará a venda e revenda de combustíveis** de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição (grifo nosso).

Aqui, a Constituição de 1988 é explícita ao exigir lei (em sentido formal) que ordene, quer dizer, aborde a venda e revenda de todos os combustíveis, estruturando o setor, e que o faça com obediência aos princípios da própria Constituição. Busca-se, com isso, evitar a instituição de sistemas de venda e revenda de combustíveis de maneira isolacionista e desarticulada, ignorando os demais balizamentos constitucionais.

O conjunto desses dispositivos constitucionais fixam, de maneira incontroversa, uma dimensão constitucional explícita e específica do setor do petróleo, gás natural e combustíveis renováveis, a revelar grande atenção e cuidado conferidos à distribuição desses bens de suma importância para qualquer economia e, mais especificamente, a compor um dos elos mais essenciais para o abastecimento nacional.

Por fim, cumpre destacar que, de acordo com o esquema institucional formulado pela Constituição Federal de 1988, posteriormente à edição de lei em sentido formal, a regulamentação do processo de produção, da interligação das etapas e da distribuição está ancorado, primordialmente, na atuação regulatória e empírica da respectiva agência reguladora, de âmbito nacional, que é a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). A ANP contribuiu, decisivamente, para a construção desse cenário institucionalizado do arranjo específico da distribuição de combustíveis no país, consolidando-o e protegendo-o de eventuais rupturas, quebras e desarranjos que pudessem trazer insegurança e riscos sistêmicos.

### 3.2 DA GARANTIA INSTITUCIONAL AO DIREITO FUNDAMENTAL

Independentemente da posição que se adote sobre se a Constituição brasileira impõe uma segmentação dos diversos elos<sup>29</sup> da atividade relacionada ao petróleo, seus derivados e, inclusive, dos biocombustíveis, é insuperável a necessidade de, em qualquer eventual mudança, preservar a integridade da infraestrutura e do arranjo existentes, contra qualquer experimentalismo ou contra

<sup>29</sup>O sentido de que “o aparelho de distribuição tem, como seu necessário antecedente jurídico uma concessão de refinaria ou depósito” (GUARINO, Giuseppe. **Scritti di Diritto Pubblico dell’Economia**. Milano: Giuffrè, 1970, p. 638) e, pois, que se “distingue, rigorosamente entre refinarias e depósitos, de um lado, e distribuidores, de outro”.

opções de risco, que coloquem em dúvida a própria permanência de uma *rede de distribuição*, como a que já existe, rede que, conceitualmente, é sempre basilar a qualquer modelo de abastecimento nacional.

Na atual Quadra, não pode haver abastecimento nacional sem uma rede de distribuição de combustíveis que lhe sirva de suporte, de base empírica real. Assim, a infraestrutura e, especialmente, os arranjos existentes hoje (por exemplo, com os distribuidores de combustíveis regulados pela ANP, com ações supervisionadas e segmentada) têm provisionado a sociedade brasileira de uma rede suficientemente capaz de prover a necessária distribuição nacional dos combustíveis e, dessa forma, têm permitido, também, falar-se em abastecimento nacional no sentido mais amplo e fundamental aqui referido.

Quando se fala desse “arranjo”, está-se diante de uma *garantia institucional*, conforme concebida pela Teoria da Constituição. O assunto está devidamente dimensionado pelos estudiosos, e pode ser sintetizado nas lições precisas de Gilmar Mendes:

As garantias institucionais resultam da percepção de que determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador<sup>30</sup>.

Há, inequivocamente, na Constituição, um olhar muito atento sobre o setor de petróleo, seus derivados e biocombustíveis, especialmente, sobre seu arranjo empírico que promove a real distribuição de combustíveis, fixando certas premissas, que buscam, ao final, assegurar o abastecimento nacional e, ainda, promover o desenvolvimento do mercado interno. Lidar com a distribuição de combustíveis no país, portanto, de um ponto de vista normativo, não pode ser concebida como tarefa isolada ou menor.

O setor de combustíveis apresenta duas especificidades, com assento constitucional: i) essencialidade do petróleo, gás natural e dos biocombustíveis, na formação da vida moderna; ii) periculosidade e preocupações de segurança com seu manuseio (e distribuição, portanto), em benefício do consumidor e, em última análise, da própria sociedade. Logo, não se trata de setor compatível com um modelo diversionista ou com experimentalismos inconsequentes, no qual esses pressupostos sejam colocados em risco, a fim de atender interesses exclusivos de determinados agentes econômicos privados.

Em verdade, tamanha a relevância do direito ao abastecimento dos combustíveis que o especial arranjo existente para tanto, e que inclui regras constitucionais expressas, deve ser considerado, no estágio atual, como observado anteriormente, uma inequívoca garantia institucional, para além de espécie do gênero direito ao abastecimento.

Tal garantia, por sua vez, impõe ao Estado brasileiro o dever constitucional de assegurar a todos que haverá uma rede de abastecimento de combustíveis íntegra, organizada e eficaz.

A partir desse dever constitucional de garantir a distribuição nacional de combustíveis, arquitetou-se toda uma rede concreta, hoje amplamente regulada no plano legal e infralegal. Culminou-se, assim,

<sup>30</sup>MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 174).

em um arranjo concreto, que viabiliza o fornecimento nacional dos combustíveis. Exatamente esse arranjo não pode ser considerado eventual, secundário ou opcional. Ele é, atualmente, base de um direito fundamental transversal, essencial à vida moderna. Por isso, entende-se que o arranjo concreto de distribuição dos combustíveis, que foi sendo construído ao longo dos anos e da atividade reguladora da ANP, conforma, atualmente, uma garantia institucional, que não pode, pura e simplesmente, ser eliminada. Nisso vai incluído o dever estatal de manutenção, que, nas palavras de Gilmar Mendes<sup>31</sup>, obriga o Poder Público a instituir esse sistema de proteção e a preservá-lo.

Essa garantia institucional, que compõe um feixe de deveres e obrigações específicos, independentemente do direito fundamental ao abastecimento, revigora-se e fortalece-se ao ser elemento ínsito a tal direito fundamental. Assim, além de impor limites às condutas do Estado e dos agentes econômicos privados que atuem no setor de distribuição de combustíveis, a garantia institucional, aqui delineada, ampara o direito fundamental ao abastecimento. Embora não se confunda com esse direito, o arranjo denominado de garantia institucional ampara a realização plena desse direito e, por isso, não pode ser suprimido.

## CONCLUSÕES

A Constituição de 1988 traçou um projeto de Estado bastante específico e atento à realidade e aos desafios nacionais, cujos objetivos estão consubstanciados em seu artigo 3º. Desse modo, inquestionavelmente há um compromisso positivado na Lei Maior para a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, inc. I), para a *garantia do desenvolvimento nacional* (art. 3º, inc. II), para *erradicação da pobreza e da marginalização, bem como para a redução das desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, inc. III) e, finalmente, para a *promoção do bem de todos, sem preconceitos* (art. 3º, inc. IV).

Especificamente quanto ao modelo de desenvolvimento adotado, é necessário ressaltar suas especificidades: trata-se de um desenvolvimento econômico e social, com bases democráticas, voltado para os interesses do mercado interno e em total harmonia com os demais objetivos da República, especialmente o valor social do trabalho humano e a dignidade de todos. Por isso, não pode ser, de maneira alguma, reduzido ao mero crescimento econômico ou a eventual resultado superavitário de uma peça esporádica do Orçamento Público.

Mais ainda, com inequívoco intuito de assegurar a promoção desse desenvolvimento, a Constituição disciplinou, ao longo de seus artigos, variados institutos e direitos conformadores da Ordem Econômica brasileira, *v.g.* o direito e a função social da propriedade, a livre iniciativa, a valorização do trabalho, o regime constitucional dos minerais e o monopólio do petróleo, dentre outros. Logo, para além do estabelecimento de metas e indicações, o Texto Constitucional debruçou-se, atentamente, sobre os meios para alcançá-los e os padrões ou perfil a ser observado ao longo desse longo percurso de desenvolvimento.

Nesse cenário, emerge também o direito ao abastecimento nacional, compreendido, aqui, como direito fundamental implícito<sup>32</sup>, oriundo da interpretação de variadas disposições da Constituição de

<sup>31</sup>MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, p. 341.

<sup>32</sup>GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**, 2005.

1988. Por ser indispensável à manutenção do sistema capitalista nacional e ao desenvolvimento das potencialidades econômicas individuais, este direito apresenta dupla dimensão: (i) a *dimensão pública*, associada à soberania econômica brasileira (art. 170, inc. I), ao fortalecimento do mercado interno (art. 219); e (ii) a *dimensão individual-econômica*, representativa do direito de o indivíduo ter disponíveis e poder acessar insumos, produtos, serviços e infraestruturas.

Nota-se, portanto, que o direito ao abastecimento não deve ser confundido com o dever de prestações positivas pelo Estado. Em verdade, ele corresponde ao direito geral de disponibilização e possibilidade de acesso a bens e redes, corpóreos ou incorpóreos, necessários à vida digna e ao exercício das atividades humanas, que devem ser viabilizados pelo Estado.

Aliás, em razão dessa instrumentalidade e transversalidade, o direito ao abastecimento relaciona-se não apenas aos direitos econômicos, como a livre iniciativa e o direito de propriedade, mas também aos direitos sociais, como o direito ao trabalho, direito à saúde e a busca pelo pleno emprego. Sem abastecimento nacional todos esses direitos restarão nitidamente prejudicados.

Finalmente, dentre as múltiplas espécies ou elementos do direito ao abastecimento, o presente estudo destacou uma em particular. Trata-se da formatação jurídica com o abastecimento (nacional) de combustíveis. Além de consistir em segmento de vultosos rendimentos, o setor de combustíveis revela-se decisivo para o regular funcionamento da Economia e do Estado Social (ou desenvolvimentista), sobretudo, diante da dependência que a sociedade tem, atualmente, dos meios de transporte movidos a combustível, a fim de garantir a circulação de pessoas, produtos e serviços.

Não é um mero acaso, ou uma nota isolada e aleatória, que a Constituição de 1988 tenha estabelecido as bases de um sistema coeso e sólido de abastecimento energético, especialmente dos combustíveis. Assim é que, expressamente, reservou a disciplina do abastecimento de combustíveis à lei, em sentido formal, além de estabelecer diversas regras expressas. Trata-se de tema que conforma uma verdadeira garantia institucional, e, pois, um dever estatal de assegurar sua preservação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO TIMÓN, Antonio J. (Coord.). **Sectores Regulados**: Sector energético, Sector del transporte y Sector de las telecomunicaciones. Madrid, Dykinson, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_. Infraestrutura e Desenvolvimento. In: BERCOVICI, Gilberto; VALIM, Rafael (coord.). **Elementos de Direito da Infraestrutura**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COHN, Gabriel. **Petróleo e Nacionalismo**. São Paulo: Editora Unifesp, 2017.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUARINO, Giuseppe. **Scritti di Diritto Pubblico dell'Economia**. Milano: Giuffrè, 1970.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HAURIOU, Maurice. La Théorie de L'Institution et de la Fondation: Essai de Vitalisme Social. In: **Cahiers de la Nouvelle Journée**, n. 4. Paris: Bloud et Gay, 1925

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

MENDES, Gilmar Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). **World Trade Statistical Review 2020**. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/trade-monitoring/world-trade-statistical-review-2020\\_0a4fefd8-en#page36](https://read.oecd-ilibrary.org/trade-monitoring/world-trade-statistical-review-2020_0a4fefd8-en#page36). Acesso em: 29 out. 2021.

SCAFF, Fernando Facury. **Royalties do petróleo, minério e energia: aspectos constitucionais, financeiros e tributários**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

\_\_\_\_\_. A universidade e seu papel socioeconômico. In: SCAFF, Fernando F., EVARISTO PINTO, Alexandre (Coord.). **Direito econômico contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Fábio Nusdeo**. São Paulo: Editora Iasp, 2020.

\_\_\_\_\_. Influência de 1917 na Doutrina e nas constituições econômicas brasileiras. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **México y la Constitución de 1917**. Influencia extranjera y trascendencia internacional. México: UNAM, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

YERGIN, Daniel. **The Prize: The epic quest for oil, money and power**. New York: Simon & Schuster 1990.

Recebido em: 23/03/2021

Aprovado em: 06/12/2021