



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GRAZIELLY DOS ANJOS FONTES

**NOVAS FRONTEIRAS PETROLÍFERAS NO BRASIL: uma análise da
necessidade de nova regulamentação da área do pré-sal sob a ótica constitucional.**

NATAL - 2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Grazielly dos Anjos Fontes

NOVAS FRONTEIRAS PETROLÍFERAS NO BRASIL: uma análise da necessidade
de nova regulamentação da área do pré-sal sob a ótica constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor. Yanko Marcius Alencar Xavier.

NATAL 2010

Divisão de Serviços Técnicos
Catalogação da Publicação na Fonte. UFRN / Biblioteca Central Zila Mamede

Fontes, Grazielly dos Anjos.

Novas fronteiras petrolíferas no Brasil : uma análise da necessidade de nova regulamentação da área do pré-sal sob a ótica constitucional / Grazielly dos Anjos Fontes. – Natal, RN, 2010.

120 f.

Orientador: Yanko Marcus Alencar Xavier.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Petróleo – Legislação – Dissertação. 2. Petróleo – Indústria – Dissertação. 3. Direito Constitucional – Dissertação. 4. Indústria petrolífera – Nacionalização – Dissertação. I. Xavier, Yanko Marcus Alencar. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

NOVAS FRONTEIRAS PETROLÍFERAS NO BRASIL: uma análise da necessidade de nova
regulamentação área do pré-sal sob a ótica constitucional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Norte, como requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovado em: __/__/__.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor. Yanko Marcius Alencar Xavier (orientador)

UFRN

Prof^ª. Doutora Emanuelle Urbano Maffioletti (externo)

UPM

Prof. Doutor. Sergio Alexandre De Moraes Braga Junior (interno)

UFRN

Dedico o presente trabalho a minha família, que mesmo com todas as dificuldades conseguem, através de muito esforço e carinho, me proporcionar uma vida digna e respeitosa.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiro a Deus, por ter reforçado a minha fé durante todo esse período de estudo, permitindo a ação do espírito santo em mim.

Agradeço de todo meu coração aos meus pais, por todas as oportunidades e possibilidades investidas em meus estudos e pela confiança, que hoje tornaram possível alcançar mais essa etapa na minha vida.

Agradeço em especial minha irmã Karolina dos Anjos Fontes por ter sido presente literalmente em todos os momentos desta Pós-Graduação, além de ter me fornecido várias e explicações e idéias que fizeram parte desta pesquisa.

Ao meu irmão Nicolau Otto dos Anjos Fontes pela compreensão e força.

A Ronney Maia de Moraes pela paciência quanto à disponibilidade de tempo, companheirismo e incentivos para nunca desistir.

A meu Tio Alberto Oliveira Fontes Junior pela sugestão da temática da presente dissertação, que se encontra concretizada.

Aos meus avós maternos que sempre acompanharam a distância, a minha avó paterna que sempre se fez presente com sua alegria e ao meu avó paterno Alberto Oliveira Fontes, em memória, que deve está satisfeito por mais essa conquista.

Ao meu orientador Professor Yanko Marcius Alencar Xavier pela confiança e crença nas minhas pesquisas, além de oportunidades para consolidação de pesquisas científicas, publicações de livros, revistas e Congressos Científicos.

A Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN Professora Maria dos Rémedios Fontes Silva pelas oportunidades oferecidas, além do empenho no sentido de melhorar cada vez mais o nosso Programa de Pós- graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

A Professora Patrícia Borba Vilar Guimarães por ter concedido vários ensinamentos, além de oportunidades na área acadêmica e por me “socorrer” nos meus intermináveis questionamentos.

Aos meus colegas de mestrado pelas indagações em sala de aula e aprendizado.

A Ulisses que sempre me recebeu com alegria em casa, além de ter sido companheiro fiel em todos os momentos de estudos.

A todos aqueles que participaram diretamente ou indiretamente no empenho das atribuições que me predispos a realizar.

Eu agradeço!

RESUMO

A indústria do petróleo no Brasil passou por várias etapas durante o processo histórico econômico, político e social. Todavia, suas significativas mudanças ocorreram nos últimos quinze anos, através da abertura do mercado decorrente da flexibilização do monopólio estatal sobre as jazidas de petróleo e seus derivados. A edição da Emenda Constitucional nº 9, alterando o parágrafo 1º, do art. 177 da Constituição Federal, caracterizou o fim de uma rigidez quanto ao monopólio que o Estado brasileiro mantinha em relação à pesquisa e exploração de petróleo e gás. A ordem econômica foi fundamental para efetivar a idéia contida na Emenda nº 9, visto que seu conteúdo tem o condão de estabelecer medidas a serem adotadas pelo poder público a fim de organizar as relações econômicas, sob o viés social. O novo cenário petrolífero brasileiro, denominado pré-sal, apresenta-se de forma a surpreender os mercados econômicos, além de criar uma nova perspectiva para o setor social. O presente trabalho identificará no novo cenário a necessidade de mudança do regime jurídico, todavia, esse assunto não pode ser tratado de forma imediatista: como se trata de um bem esgotável não se deve esquecer que as gerações futuras também precisam beneficiar-se da exploração dos recursos naturais recém-descobertos. O estabelecimento de um novo marco regulatório, incluindo a mudança do modelo de contrato concessão para produção e partilha é uma das soluções propostas a nível de projeto de lei no Congresso Nacional na tentativa de garantir a soberania da nação. Questiona-se a constitucionalidade de um novo marco regulatório, partindo-se da análise do monopólio estatal, resgatando a compreensão nas constituições brasileiras, a relevância da criação da Petrobras para auto-afirmação do Estado quanto ao monopólio de petróleo e derivados, e sua postura após a Emenda Constitucional nº 9 de 1995 quando a empresa deixa de ter o controle do monopólio estatal, passando a concorrer de forma igualitária com outras empresas. Ressalva-se a abertura do mercado e a iniciativa privada sob ótica dos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Social. A flexibilização do monopólio quanto a atividade exploratória na Constituição Federal não retira da União a propriedade dos bens do subsolo, possibilitando a este ente federal a contratação direta ou através de concessão da exploração do bem a empresas estatais ou privada. O petróleo existente na camada pré-sal, transforma um cenário de altíssimo risco em baixo risco, o que confere a União a possibilidade de determinação de outra forma de explorar esses recursos de forma a fazer valer os interesses primário da Administração Pública.

Palavra chave: CONSTITUIÇÃO. PETRÓLEO. MONOPÓLIO. FLEXIBILIZAÇÃO. PRÉ-SAL.

ABSTRACT

The Oil industry in Brazil has gone through several stages during the economical, political and social historical process. However, the significative changes have happened in the last fifteen years, due to market opening arising from the relaxation of the state monopoly over the Oil deposits and its derivatives. The edition of the Constitutional Amendment #9, changing the first paragraph of the 177th item of the Federal Constitution, marked the end of a stiffness about the monopoly that the Brazilian state kept in relation to the exploration and research of Oil and Gas. The economical order was fundamental to actualize the idea contained in the #9 Amendment, since its contents has the power to set up measures to be adopted by public power in order to organize the economical relations from a social viewpoint. The new brazilian Oil scenery, called pre-salt, presents itself in a way to amaze the economical markets, in addition to creating a new perspective to the social sector. This work will identify, in this new scenario, the need for change in the legal system. Nevertheless, this subject must not be treated in a thoughtless way: being an exhaustible good, we shall not forget that the future generations also must benefit from the exploration of natural resources recently discovered. The settlement of a new regulatory mark, including the change in the concession contract model to production and sharing is one of the suggested solutions as a bill in the National Congress, in an attempt to ensure the sovereignty of the nation. The constitutionality of a new regulatory mark is questioned, starting from an analysis of the state monopoly, grounding the comprehensions in the brazilian constitutions, the relevance of the creation of Petrobras for self-assertion of the state about the monopoly of Oil and derivatives, and its posture after the Constitutional Amendment n° 9 (1995), when a company stops having control of the state monopoly, beginning to compete in a fairly way with other companies. The market opening and private initiative are emphasized from the viewpoint of the Constitutional Principles of the Economical and Social Order. The relaxation of the monopoly regarding the exploratory activity in the Federal Constitution doesn't deprive from the Union the ownerships of underground goods, enabling to this federal entity to contract, directly or by concession of exploration of goods, to state-owned or private companies. The existing oil in the pre-salt layer transforms the scenario from very high risk to low risk, which gives the Union the possibility of defining another way of exploring this resources in the best interests of the Public Administration.

Keyword: CONSTITUTION . OIL. MONOPOLY. RELAXATION. PRE-SALT.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AEPET - Associação dos Engenheiros da Petrobras

ANATEL- Agência Nacional de Telecomunicações

ANP – Agência Nacional do Petróleo

CEDP - Centro de Estudos e Defesa do Petróleo

CF - Constituição Federal

CNP – Conselho Nacional do Petróleo

CNPE – Conselho Nacional de Política Energética

EC- Emenda Constitucional

Petrobras- Petróleo Brasileiro S.A

OC- Oil Company

OPEP- Organização dos Países Exportadores de Petróleo

PSC- Product Sharing Contract (Contrato de Partilha de Produção)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 MONOPÓLIO ESTATAL DO PETRÓLEO E SUA FLEXIBILIZAÇÃO SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL.....	16
2.1 UMA ANÁLISE DO MONOPÓLIO NA DOCTRINA JURÍDICA.....	16
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PETRÓLEO NO BRASIL.....	18
2.2.1 A importância da Criação da Petrobras para o Monopólio do Petróleo e Gás.....	29
2.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	34
2.3.1 A Ordem Econômica e a sua inserção no texto constitucional.....	35
2.3.2 Princípios da Ordem Econômica: art. 170 da Constituição Federal 1988.....	39
2.4 O PROCESSO DE FLEXIBILIZAÇÃO DO MONOPÓLIO DO PETRÓLEO E GÁS.....	48
2.5 ESTADO <i>VERSUS</i> DOMÍNIO ECONÔMICO.....	50
2.6 A CONSTITUCIONALIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO DO MONOPÓLIO DO PETRÓLEO E GÁS.....	53
3 ANÁLISE JURÍDICA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 9 E SEUS REFLEXOS NO REGIME JURÍDICO DO PETRÓLEO E GÁS.....	58
3.1 A VALIDADE DA NORMA QUE FLEXIBILIZOU O MONOPÓLIO DO PETRÓLEO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	58
3.2 A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 177 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PELA LEI DO PETRÓLEO.....	63
3.3 OS MODELOS DOS CONTRATOS NA INDÚSTRIA DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO.....	68
3.3.1 Os Contratos de Exploração de Petróleo e Gás ao longo das Constituições brasileiras.....	68
3.3.2 O Contrato de concessão e a Lei do Petróleo.....	71
3.3.3 O Contrato de Produção e Partilha as novas reservas petrolíferas.....	76
3.4 A CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO E SUA FUNÇÃO REGULATÓRIA.....	81
3.4.4 Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP.....	81

4 OS DESAFIOS JURÍDICOS PARA REGULAMENTAÇÃO DAS NOVAS FRONTEIRAS PETROLÍFERAS: PRÉ-SAL.....	85
4.1 A MUDANÇA DO CENÁRIO PETROLÍFERO BRASILEIRO COM A DESCOBERTA DO PRÉ-SAL: ASPECTOS GERAIS.....	85
4.2 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ASPECTOS DO PROJETO DE LEI SOBRE O NOVO MARCO REGULATÓRIO.....	88
4.2.1 Exploração do Pré-sal e a Petrobras.....	96
4.3 PROPOSTAS DO NOVO MARCO REGULATÓRIO SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL.....	101
5 CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

O novo cenário petrolífero brasileiro, denominado pré-sal, apresenta-se de forma a surpreender os mercados econômicos, além de criar uma nova expectativa para o setor social.

Os impactos decorrentes desse novo cenário atingem diretamente o ordenamento jurídico vigente, motivo este que despertou o interesse pelo presente trabalho através da análise da constitucionalidade de uma nova estrutura regulatória. Não há como analisar a necessidade de uma nova regulamentação para as áreas do pré-sal, sem focar o histórico das mudanças constitucionais no cenário petrolífero do Brasil, bem como a presença dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

A indústria do petróleo no Brasil passou por várias etapas durante o processo histórico econômico, político e social. Todavia, suas significativas mudanças ocorreram nos últimos quinze anos, através da abertura do mercado decorrente da flexibilização do monopólio estatal sobre as jazidas de petróleo e seus derivados.

Data-se precisamente essa mudança a partir da Constituição de 1988 que marcou a passagem do Estado Brasileiro ao Estado Democrático de Direito, trouxe à tona a valorização dos Direitos Fundamentais, inovando, excepcionalmente, no momento em que ampliou e reconheceu uma gama de direitos humanos fundamentais de segunda geração.

A constitucionalização dos princípios da Ordem Econômica, desde a Constituição de 1934, criou os chamados direitos econômicos constitucionais, o que se sucedeu nas demais constituições.

Assim, a Constituição Federal de 1988 fundamentou a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna de acordo com a justiça social. O art. 1º da Carta Magna dispõe como um dos princípios fundamentais “os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa”. No art. 3º incluiu como

objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil “A garantia do desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais”.

Tais princípios, são normas programáticas, que necessitam de legislações complementares para eficácia jurídica plena da norma, permitindo o Estado intervir nas ações para o alcance de suas finalidades. Nesse sentido, deve o governo permitir políticas econômicas que atendam à finalidade pública e o bem comum da sociedade. Tais políticas refletem no incentivo de investimentos na iniciativa privada, podendo inclusive delegar atividades que devem ser prestadas pelo Estado, passando este a regulamentar e fiscalizar.

A edição da Emenda Constitucional nº 9, alterando o parágrafo 1º, do art. 177 da Constituição Federal, caracterizou o fim de uma rigidez quanto ao monopólio que o Estado brasileiro mantinha em relação à pesquisa e exploração de petróleo e gás. A Emenda Constitucional nº 9 não rompeu com o monopólio, mas o flexibilizou a partir do momento em que abriu espaço para que as empresas privadas explorassem e produzissem o petróleo e gás.

A Ordem Econômica, portanto, proporcionou a idéia contida na Emenda visto que seu conteúdo são medidas adotadas pelo poder público a fim de organizar as relações econômicas, permitindo-se alcançar a justiça social. É o Estado, agente de implementações de políticas públicas, cumpridor dos objetivos e princípios constitucionais.

A abertura da exploração de petróleo e gás para as empresas privadas foi pautada sob o argumento de atração de investimentos à indústria do petróleo e seus derivados, tendo em vista que à época o país não possuía recursos financeiros e tecnológicos suficientes para sozinho explorar o ramo, principalmente por ser o petróleo motivo de muitas disputas internacionais, o que acabava diretamente intervindo na economia interna dos países.

A Lei Federal 9.748/97 tratou de regulamentar o parágrafo primeiro do art. 177

ensejando mudanças na economia brasileira com relação ao mercado petrolífero. Percebe-se que foi traçado uma regulamentação voltada para atrair investimentos e investidores, de forma que a busca por petróleo, ou seja, a exploração de campos fosse estimulada, o que de fato aconteceu e logrou êxito.

Com base na estrutura geológica e tecnologia desenvolvida no país, foi que se adotou, através da Lei Federal 9.748/97, o modelo de contrato de concessão para exploração de petróleo e gás.

A regulação da cadeia produtiva pela Agência Nacional de Petróleo trouxe um grande aumento na participação do Estado brasileiro na renda do petróleo e gás, gerando receitas para investimentos em infra-estrutura e em desenvolvimento social.

Antes do atual modelo de mercado, a arrecadação de *royalties* sobre a produção de petróleo era extremamente modesta, após a abertura do mercado os recursos cresceram vertiginosamente, contribuindo para transformar o panorama econômico e social de muitas cidades em todo o país.

Assim, percebe-se o êxito oriundo da abertura ao mercado privado a exploração e produção de petróleo e derivados no Brasil.

Entretanto, surge um fato novo, o qual não foi previsto pelo legislador à época, qual seja, a descoberta de reservas gigantescas de petróleo na camada pré-sal, que certamente mudarão a posição mundial do Brasil no que tange à exploração e produção de petróleo no mundo.

O que observamos na atual conjuntura legal é que esta nova fronteira petrolífera, de baixíssimo risco exploratório, não se adapta à estrutura regulatória vigente, que, relembre-se, foi voltada para as províncias petrolíferas de altíssimo risco exploratório.

Estamos diante de uma reserva estratégica mundial, onde a tendência é o aumento do preço do petróleo, em virtude de ser um bem com tempo definido, além de ser uma segurança nacional diante da necessidade do petróleo na seara internacional.

A descoberta de uma riqueza desta magnitude, que pertence ao Estado Brasileiro, e conseqüentemente ao povo brasileiro, não pode ser tratada de forma imediatista; como se trata de um bem esgotável não devemos esquecer que as gerações futuras também precisam beneficiar-se da exploração dos recursos naturais recém-descobertos.

O estabelecimento de um novo marco regulatório, incluindo a mudança do modelo de contrato de concessão para produção e partilha é uma das soluções propostas à nível de projeto de lei, na tentativa de garantir que a soberania da nação se identificasse com a soberania do povo.

Para compreensão da constitucionalidade de um novo marco regulatório, a presente dissertação analisará o monopólio estatal do petróleo através de uma retrospectiva histórica do petróleo nas constituições brasileiras, abordando a criação da Petrobras e sua importância para a indústria do petróleo, uma vez que a titularidade do monopólio estatal pertenceu a Petrobras antes da Emenda Constitucional nº 9. Analisará também, o processo de flexibilização do monopólio sob a ótica dos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Social, percorrendo o modelo de Estado adotado que permitiu a abertura do mercado. Abordará a constitucionalidade da flexibilização com base no julgamento de uma Ação de Inconstitucionalidade proposta no Supremo Tribunal Federal, além da validade da norma que regulamentou a Emenda Constitucional nº 9. A análise da escolha do modelo de contrato de exploração pela Lei do Petróleo, também se faz necessário para a compreensão de um novo regime de contratação que permite se adequar a nova realidade petrolífera. Os desafios jurídicos para regulamentação das novas fronteiras petrolíferas são notórios, tendo em vista toda especulação do mercado nacional e internacional quanto a postura que assumirá o Estado

brasileiro diante desse novo cenário, sendo necessário a análise das propostas apresentadas pelo Projeto de Lei sobre o novo marco regulatório e a recente legislação que entrou em vigor, principalmente quanto ao regime contratual, que trará repercussão no mercado petrolífero. Assim, a nova regulamentação deverá estar de acordo com a ordem constitucional do país, a fim de impedir a insegurança jurídica, nem desincentivo para esse mercado de elevado investimento financeiro e tecnológico.

2 MONOPÓLIO ESTATAL DO PETRÓLEO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

2.1 UMA ANÁLISE DO MONOPÓLIO NA DOUTRINA JURÍDICA

A expressão monopólio deriva do grego *mono* refere-se a um e *polein* a vender, vendedor único, alguém que detém o mercado de um unico produto ou serviço.¹

O monopólio é um tipo de funcionamento de mercado, no qual existe no mercado apenas um único vendedor ou um que prepondere sobre os demais vendedores, é o que se denomina mercados de concorrência imperfeita.²

Pelo regime de concorrência perfeita a existência de um único vendedor enseja a construção de barreiras em relação à entrada e saída dos produtos ou serviços. Nas palavras do Professor Fernando Araujo³

A presença no mercado de muitos agentes, seja do lado da procura, seja do lado da oferta, em numero tal que seja vedado a qualquer deles determinar por si mesmo, através de sua entrada ou saída do mercado, o nível de preços ou outras condições relevantes, consiste em atomicidade, importante requisito para concorrência, visto que é ela que permite a cada uma das partes envolvidas nas escolhas que vimos ser crucial para elasticidade.

Todavia, nem sempre o mercado de concorrência perfeita, corresponde à necessidade real do mercado. Existem mercados em que a concorrência não oferece uma solução de bem estar, por exemplo, os serviços públicos de infra-estrutura, sujeitos à falha de mercado conhecida como monopólio natural.

Há situações de monopólio natural, em que para a estrutura do mercado ser eficiente, deve-se ter presente um único produtor. Por exemplo, os casos em que os custos fixos são tão elevados que a existência de outro produtor inviabilizaria em virtude da divisão do mercado.⁴

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992, p. 206.

² ARAUJO. Fernando. *Introdução à economia*. 5ª Ed. Coimbra: Edit. Almedina, 2005 p. 336.

³ ARAUJO. Fernando. *Introdução à economia*. 5ª Ed. Coimbra: Edit. Almedina, 2005 p. 313.

O Monopólio, mercado de concorrência imperfeita, é estratégico também nas situações em que o único vendedor é o Estado, monopólio público. O produtor monopolístico tem a possibilidade de interferir diretamente no nível de preços do mercado, através do poder de mercado. Nesse sentido, alguns aspectos como a Soberania Nacional, a busca por desenvolvimento nacional permitem que os Estado detenham os monopólios de alguns bens.⁵

O presente trabalho visualiza o monopólio da União sobre a indústria do petróleo, com relação à pesquisa e exploração, excetuando as atividades de distribuição e revenda.⁶

Percebe-se que a Constituição de 1988 proibiu na seara privada esse tipo de concorrência imperfeita, uma vez que a existência do poder de mercado pela iniciativa privada repercutiria na redução de produção, elevação dos preços, além da transferência de circulação de renda dos consumidores para os produtores.

A atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural diz respeito a atividade econômica, não tratando-se de uma função típica do poder público. A Carta Magna vigente prevê a intervenção estatal no domínio econômico, de forma que o Estado se reserve a exploração e produção das jazidas de petróleo e gás.

Assim, existe diferença entre prestação de serviço pelo poder público e monopólio estatal. Esse último refere-se a retirada de algumas atividades da iniciativa privada a fim de resguardar o interesse público coletivo.⁷ Todavia, observa-se que ambos tendem a preservar o interesse da coletividade.

Leciona José dos Santos Carvalho Filho⁸ acerca do assunto:

Monopólio é o fato econômico que retrata a reserva, a uma pessoa específica, da exploração de atividade econômica. (...) Privilégio é a delegação do direito de

⁴ ARAUJO, Fernando. *Introdução à economia*. 5ª Ed. Coimbra: Edit. Almedina, 2005 p. 339.

⁵ ARAUJO, Fernando. *Introdução à economia*. 5ª Ed. Coimbra: Edit. Almedina, 2005 p. 338.

⁶ Art. 177, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

⁷ FERREIRA, Pinto. *Comentários a Constituição brasileira*. Volume 4. São Paulo: Edit. Saraiva: 1994, p. 387

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Edit. Lumen Iuris, 2001, p.

explorar a atividade econômica a outra pessoa. Sendo assim, só quem tem o monopólio tem idoneidade para conceder o privilégio.

Eros Roberto Grau⁹ aduz: "Monopólio é a atividade econômica em sentido estrito." E continua "se cogita atividade econômica em sentido estrito, aludindo imperativo da segurança nacional e a relevância do interesse coletivo".¹⁰

O monopólio estatal sobre as atividades petrolíferas instituiu-se com a Lei Federal nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, tendo em vista a necessidade vigente a época de resguardar a propriedade desses recursos naturais. O petróleo como bem da União, permanece até a presente data, todavia o monopólio quanto a essa atividade encontra-se flexibilizada em virtude da União poder contratar com outros a exploração desse recurso natural previsto constitucionalmente como de sua propriedade.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PETRÓLEO NO BRASIL

A indústria de petróleo no Brasil teve início e destaque no cenário mundial após 1930, quando o fortalecimento do Estado ascendeu-se através da aliança Estado e Exército.¹¹

Todavia, a percepção da presença de óleo no Brasil está caracterizada desde o início da colonização do país, com a utilização do petróleo nas flechas, utilizadas pelos índios, na defesa contra a colonização portuguesa.¹²

Apesar da independência do Brasil, em 1822, as propriedades continuavam pertencentes à coroa imperial e mantinha-se a legislação sobre mineração que aduzia ser a

⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10^a ed, São Paulo: Edit Malheiros, 2003, p 119.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10^a ed, São Paulo: Edit Malheiros, 2003, p 110.

¹¹ DRAIBE, Sônia. *Rumos e metamorfoses: Estado e industrialização no Brasil: 1930 a 1960*. Paz e Terra, São Paulo. 1985, p. 161. Disponível em: <http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1063/1386>, acessado em 12 de novembro de 2008.

¹² SMITH, Peter Seaborn. *Petróleo e Política no Brasil Moderno*. Brasília: Art Nova/ UNB, 1978, p.23.

propriedade do subsolo pertencente a coroa portuguesa, podendo ser concedida sua propriedade aos interessados para efetuarem as devidas pesquisas de exploração do hidrocarboneto. A livre iniciativa e sua regulamentação marcam a primeira fase da indústria do petróleo.

Nesse interstício no final do século XIX e começo do século XX, não houve evolução sobre a busca do petróleo pela falta de recursos e incentivos do governo. Em 1930, com a Revolução industrial, começou a reestruturação das atividades econômicas, principalmente no mercado do petróleo.

A criação da primeira escola de mineração no país, inseriu o Brasil no contexto internacional quanto a pesquisa e estudos geológicos por estrangeiros, em 1876¹³. No final do século XIX grandes áreas foram concedidas inicialmente para fins de pesquisa, Ilhéus, Camaú, províncias de São Paulo, todavia sem êxitos.¹⁴

A tentativa partia sempre da iniciativa privada não existindo regulamentação nem fiscalização por parte da Administração Pública. Não havia no ordenamento jurídico normas que tratassem especificamente da atividade petrolífera. A legislação que fazia alusão a atividade petrolífera era legislação que tratava de minas.¹⁵ Ressalva-se que a Lei de Terra nº 601/1850, era quem definia os aspectos da atividade de minas. Todos os atos emitidos pelas autoridades á época quanto a atividade de petróleo tinham como fundamento essa lei.

Em 1860, criou-se a Secretaria de Estados e Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas através do Decreto nº 1.067/1860, foi o primeiro órgão da Administração Pública que tratou de assuntos ligados a mineração, incluindo-se o petróleo e seus derivados.¹⁶

¹³ SOUZA, Roberta G. Petróleo: história das descobertas e o potencial brasileiro. Niterói: Muiraquitã, 1997, p 185.

¹⁴ MINADEO, Roberto. Petróleo: A maior indústria do mundo?. Rio de Janeiro: Thex Editora. 2002, p. 77 .

¹⁵ CAMPOS, Adriana Fiorotti. Indústria do Petróleo: Reestruturação Sul-Americana nos anos 90. Rio de Janeiro: Edit. Interciência, 2007, p161.

¹⁶ MATOS, Fernanda Laiz de. *Aspectos jurídicos da inserção de pequenas e médias empresas na indústria do petróleo*. 2007. Disponível em: http://www.anp.gov.br/site/extras/prh/docs/ANP_10anos/PRH_36.pdf, acessado 03 de novembro de 2008.

O Decreto nº 4.755/1871 foi o primeiro documento formal a trazer em seus textos a palavra petróleo, já que cobrava-se uma taxa em prol da pesquisa e exploração, denominada “regalia”.¹⁷ Os conhecimentos técnicos quanto a existência de minerais no subsolo eram resumidos, o que permitia a concessão das terras para exploração. As concessões ensejam necessariamente a elaboração de relatórios e pareceres técnicos sobre a existência de petróleo no Brasil, o que despertou para a aposta na possibilidade de recursos minerais no território brasileiro.¹⁸

A mudança de Império para República¹⁹ implicou mudanças diretas no direito de propriedade, quando o solo e subsolo passaram a ser propriedade plena do proprietário.²⁰ Os estados passaram a ter competência de regulamentação do setor, impedido que o ente federal exercesse diretamente comando sobre a atividade, a não ser regulamentação sobre a indústria.

Diante de estudos iniciais sobre a presença de jazidas petrolíferas em território nacional, decorrente de estudos realizados no território da Bahia em 1984²¹, tem-se que o ente federal passou a pressionar os proprietários, por não ter acesso aos estudos das propriedades privadas e em 1907 criou o Serviço Geológico e Mineralógico do Brasil (SGMB), pertencente ao Ministério de Agricultura, para as terras federais, no intuito de incentivar a descoberta das jazidas de petróleo no subsolo brasileiro.

Até esse momento não se vislumbrava no Brasil o poder estratégico conhecido atualmente. A nação não detinha mão de obra capacitada, bem como recursos financeiros que realizasse e incentivasse as descobertas, sem contar que a propriedade era privada.

¹⁷ Refere-se esse sistema aos direitos e privilégios que os antigos reis e imperadores reservavam para si mesmos. BARBOSA, Alfredo Ruy. *A natureza jurídica da concessão para exploração do petróleo e gás natural*. In: Temas de Direitos do Petróleo e Gás Natural II (Org. Paulo Valois). Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2005, p. 5.

¹⁸ SOUZA, Roberto G de. *Petróleo: Histórias das descobertas e o potencial brasileiro*. Niterói/RJ: Ed. Muiraquitã, 1997. p. 187-218.

¹⁹ Proclamação da República Federativa do Brasil em 1891.

²⁰ MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. *Comentários a Lei do Petróleo: lei Federal nº 9.478/1997*. São Paulo: Atlas, 2000 p. 30.

²¹ MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. *Comentários a Lei do Petróleo: Lei Federal nº 9.478 de 1997*. São Paulo: Atlas, 2000, p.31.

Todavia antes de 1930 caminhava-se no sentido de almejar uma legislação petrolífera para o setor, já que os estudos tinham sido mínimo diante da cronologia do tempo, o que estimulou o sentimento de busca por petróleo.

A Primeira Guerra Mundial despertou o governo federal sobre a necessidade do país possuir suas próprias reservas. O governo passa a autorizar a pesquisa e lavra dos recursos minerais em todo o território nacional, perdendo o controle das propriedades, os proprietários rurais e Estados- membros.²²

Nota-se a presença do governo federal na busca pelo recurso mineral. Os cenários divergentes de existência ou não de petróleo causaram sérios impactos, inclusive econômicos, com aumento de ações de empresas que teriam fraudado a descoberta do óleo.

A Constituição de 1934 após conflito de informações na indústria do petróleo tratou de adotar o regime de concessão sobre a pesquisa e exploração do recurso, diferenciando a propriedade do solo e do subsolo, já presente no código de Minas.²³

Com o advento da Constituição de 1934 o Chefe do Governo Provisório aproveitou e publicou o Código de Minas através do Decreto 24.642/1934, o qual constava “ Considerando que o desenvolvimento da industria mineira está na dependência de medidas que facilitem, incentivem e garantam as iniciativas privadas nos trabalhos de pesquisa e lavra dessas riquezas”.²⁴ No código diferencia-se “mina” de “jazida”; e permitia-se as concessões exclusivamente para brasileiros ou empresas organizadas no Brasil; podendo ser transferido

²² SOUZA, Roberta G. *Petróleo: história das descobertas e o potencial brasileiro*. Niterói: Muiraquitã, 1997, p 187-189.

²³ MACEDO E SILVA, Antonio Carlos. *Petrobras: a consolidação do monopólio estatal e a empresa privada (1953-1964)*. Campinas: UNICAMP, p.-2-3, Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000053215>, acessado 4 em de novembro de 2009.

²⁴ Preâmbulo do Decreto Lei 2.642/1934, disponível em: <http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/decretos/1934/dec%2024.642%20-%201934.xml>, acessado em 4 de novembro 2009.

para os Estado as competências de autorizações e concessões, desde que esses possuíssem corpo técnico qualificado suficiente para definições das atribuições citadas.²⁵

A Constituição de 1937, outorgada no período do Estado Novo, nacionalizou ainda mais o assunto ao acrescentar a possibilidade de que as sociedades organizadas para a exploração das minas pudessem ser constituídas por acionistas brasileiros, ressaltando a manutenção pela faculdade do proprietário explorar ou participar nos lucros. Ainda permitiu através do art. 143, que as riquezas do subsolo e sua exploração como propriedade distinta da propriedade do solo para efeitos de exploração ou aproveitamento industrial, reiterando o art. 119 da Constituição de 1934.²⁶

Percebe-se que não havia um monopólio de exploração pela União, permitia-se a extensão das tentativas de busca por hidrocarbonetos.

As demais legislações, após esse período, intensificaram ainda mais a nacionalização da pesquisa, exploração e refinamento do recurso mineral, através do Decreto nº 366/1938²⁷, 395/1938²⁸, 538/1938²⁹ e 3.701/1939³⁰. Os dois primeiros acrescentaram dispositivos referentes ao aproveitamento de petróleo e gás ao Código de Minas, as inovações foram a declaração de utilidade pública do abastecimento nacional de petróleo; a nacionalização das bases empresariais para o refino de petróleo importado ou de produção nacional.

²⁵ Artigos 1º e 2º Decreto lei 2.642/1934, vejamos: art. 1º Para os efeitos deste código ha que distinguir: I, Jazida, isto é, massa de substancias minerais, ou fosseis, existentes no interior ou na superfície da terra e que sejam ou venham a ser valiosas para a industria: II, Mina, isto é, a jazida na extensão concedida, o conjunto dos direitos constitutivos dessa propriedade, os efeitos da exploração e ainda o título e concessão que a representam

²⁶ Constituição de 1934. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm, acessado em 4 de novembro de 2008

²⁷ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-3099-22-setembro-1938-348811-publicacao-1-pe.html>, acessado em 04 de outubro de 2008.

²⁸ Disponível em: http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/decretos_leis/1938/declei%20395%20-%201938.xml, acessado em 04 de outubro de 2008.

²⁹ Disponível em: http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/decretos_leis/1938/declei%20538%20-%201938.xml, acessado em 04 de outubro de 2008.

³⁰ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-3701-8-fevereiro-1939-347951-publicacao-1-pe.html>, acessado em 04 de outubro de 2008.

O decreto 366/1938³¹ disciplina o não reconhecimento das propriedades privadas que possuíam jazidas de petróleo e gás natural, despertando o interesse nacional pelo desenvolvimento estratégico da indústria petrolífera. Além disso, no seu artigo 97 tratou do regime jurídico da propriedade das jazidas de petróleo e gás natural pertencentes aos Estados ou à União. Nesse mesmo artigo afirmasse que a propriedade estadual ou federal era a título de domínio privado imprescritível.

Nesse sentido, temos que o regime da propriedade dos recursos petrolíferos pertenciam a União ou Estados, afastando-se as pessoas particulares ou jurídicas de direito privado quanto a sua pesquisa ou exploração. Ocorre que o Código de Minas de 1934 enquadrou o petróleo como uma das classes mineralógicas. As classes mineralógicas eram passíveis de autorização e sua lavra passível de concessão. A definição na lei das atividades de prospecção, pesquisa e lavra, permitiu que a União resguardasse seu direito de reservar as zonas presumidamente petrolíferas, nas quais não se outorgaria autorização de pesquisa nem concessão de lavras.³² Nesse sentido, a legislação permitia autorização e concessão para as jazidas petrolíferas, todavia resguardava a União quanto as reservas das zonas de seu interesse.

Nesse período o Decreto 395/1938³³ criou Conselho Nacional do Petróleo, de forma a amenizar as disputas entre os nacionalistas e os empresários interessados na exploração do petróleo no Brasil, trata-se do precursor do monopólio estatal sobre a exploração e produção de petróleo e seus derivados. Tratou-se do primeiro órgão da administração pública a regular o setor, com enfoque aos detalhes dessa atividade econômica, regulou a pesquisa, exploração,

³¹ Decreto Lei 366/1938, disponível em: http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/decretos_leis/1938/declei%20538%20-%201938.xml, acessado em 2009.

³² Art. 116 - É facultado á União reservar zonas presumidamente petrolíferas, dentro das quais não se outorgarão autorizações de pesquisa, nem concessões de lavra.

³³ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-395-29-abril-1938-349746-publicacao-73902-pe.html>, acessado em 04 de novembro de 2009.

desenvolvimento, produção, refino e distribuição. O Decreto fixou a organização das empresas da indústria de refino de petróleo importado e interno.

Apesar da criação de um órgão regulador os problemas relacionados a prática da atividade continuaram. As dificuldades dos recursos financeiros para investimentos no setor, quadro pessoal qualificado, equipamentos, entre outros, eram o problema da atividade petrolífera.

Em 1941, o Decreto-Lei 3226³⁴ determinou que as jazidas de petróleo e gás passavam a pertencer à União, permanecendo tal entendimento ao longo das constituições brasileiras.

Após o impedimento de recursos estrangeiros na pesquisa da lavra, o Conselho Nacional de Petróleo, em 1945 através da Resolução 2.558³⁵, comunicou que o capital estrangeiro era necessário para desenvolver os recursos petrolíferos nacionais.

A descoberta por Lobato da existência de petróleo no Brasil chamou atenção do Conselho Nacional de Petróleo para os investimentos na Bacia do Recôncavo Baiano. A economia tendeu a assumir uma postura intervencionista, já que a indústria automobilística causou uma dependência nacional em relação a importação de combustíveis e outros produtos ligado a essa indústria.³⁶

A Constituição de 1946 retomou o texto da Constituição 1934, inovando quando extinguiu a participação do proprietário do solo nos lucros das minas, mantinha-se apenas o direito de preferência deste em explorar o subsolo mediante contrato de concessão.

³⁴ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3226-30-abril-1941-413314-publicacao-1-pe.html>, acessado em 04 de novembro de 2009.

³⁵ ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Monteiro Lobato e a emergência da política do petróleo no Brasil*. Porto Alegre: Laser Press Comunicação, 2008, 144 p. Disponível em: <http://www.pralmeida.org/05DocsPRA/1925MonteiroLobatoPetroleoBr.pdf>, acessado 04 de novembro de 2009.

³⁶ LOBATO, Monteiro. *O escândalo do petróleo e do ferro*. Edit. Brasiliense: São Paulo, 1936, p.

Em 1953, adveio a Lei Federal 2.004³⁷ determinando que as atividades relacionadas ao monopólio estatal seriam: a pesquisa e lavra de jazidas de petróleo, a refinação, o transporte marítimo. Criou-se a empresa Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima (Petrobras) fixando condições de atuação que ensejaram posteriormente na função de órgão executor do monopólio federal. A lei regulamentou a estrutura do mercado da indústria do petróleo, quando estendeu a toda cadeia produtiva deste minério.

A criação da Petrobras, sociedade de econômica mista, de capital nacional majoritário, caracterizou a fase do monopólio estatal, vez que passou a ser titular do monopólio da pesquisa e exploração de petróleo e derivados. As atividades da estatal iniciaram com base nas informações repassadas pelo antigo Conselho Nacional do Petróleo (CNP), mantendo sua função fiscalizadora sobre o setor.

O período militar, definido pelo golpe de estado em 1964, permitiu às empresas estatais um novo papel: manter função de suporte da acumulação privada; além de se adequar à lógica do mercado, tornando-se empresas lucrativas e competitivas. O Estado passou a desempenhar a função do grande capital, aceitando e estimulando associações com o capital privado nacional e estrangeiro.³⁸

As operações de exploração e produção de petróleo e todas as atividades ligadas ao setor de petróleo, gás natural e derivados, exceto distribuição e revenda dos produtos pelos postos de abastecimento, ficaram sobre controle da Petrobras de 1954 a 1997, durante o período em que a atividade era monopolizada pelo estado brasileiro.

As dificuldades encontradas na indústria do petróleo foram várias, o que inclusive desestimulou a importação de equipamentos, máquinas, acessórios, além do incentivo a mão de obra especializada. Após a sua instituição somente após quase dez anos foi que a Petrobras

³⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L2004.htm, acessado 04 de novembro de 2009.

³⁸ CAMPOS, Adriana Fiorotti. *Indústria do Petróleo*. Brasília: Edit. Interciência 2007, p. 172

conseguiu identificar a primeira descoberta expressiva no Campo de Carmópolis, Recôncavo Baiano.³⁹

Naquele momento a indústria de exploração era desestimulada em virtude da lucratividade da atividade da refinação, sem contar que a cotação do barril de petróleo naquele período também não estimulava os investimentos.

O aumento do consumo interno do petróleo como combustível, o déficit da balança comercial pela necessidade de importação, sem contar com as duas crises do petróleo 1972 e 1979, concretizando a impossibilidade da Petrobras, arcar sozinha com os elevados custos e risco da atividade de exploração de petróleo, desencadeou na Criação da Braspetro (Petrobras Internacional), como subsidiária da Petrobras para atuação na exploração do exterior, permitindo-se internamente que empresas estrangeiras ou privadas brasileiras se pactuasse com a Petrobras, através do modelo de contrato de risco.⁴⁰ Assim, era permitido as multinacionais a exploração de petróleo, nos moldes em que a Petrobras deteria a propriedade das reservas encontradas, o controle e supervisão dos serviços prestados durante as fases de exploração e desenvolvimento e o exercício exclusivo de todas as etapas da fase de produção.⁴¹

As críticas aos contratos de risco foram: o tamanho reduzido dos blocos, o elevado custo das informações geológicas e geofísicas; a decisão sobre a declaração de comercialidade do campo cabia à estatal; e o pagamento dos serviços era feito em espécie, sendo proibida a entrega do óleo para tal finalidade”.⁴²

³⁹ Investimentos em Carmópolis e canto do Amaro. Disponível em: http://www2.petrobras.com.br/ri/spic/bco_arq/2905_carmopolis_e_canto_do_amaro_final.pdf, acessado 04 de novembro de 2009.

⁴⁰ O contrato de risco era uma forma de assegurar o contratante o direito de adquirir quantidade determinada de petróleo e gás quando descoberto, até o limite referente ao valor de sua remuneração. (BARBOSA, Alfredo Ruy. Breve panorama dos contratos nos setor de petróleo. In: Temas do direito do petróleo e gás (Org. Paulo Valois. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p 39-40.

⁴¹ CAMPOS, Adriana Fiorotti. *Indústria do Petróleo*. Brasília: Edit Interciência, 2007, p.175

⁴² CAMPOS, Adriana Fiorotti. *Indústria do Petróleo* Brasília: Edit Interciência, 2007, p.175.

Percebe-se que o modelo de contrato de risco não foi eficaz quando da descoberta de outras jazidas petrolíferas, já que se alegou que as áreas ofertadas pelo governo a Petrobras, eram áreas sem perspectivas de existência de hidrocarboneto.⁴³ Todavia, não podemos desconsiderar a possibilidade no ordenamento jurídico de participação de um terceiro na exploração da atividade de monopólio da Petrobras.

A tentativa de diminuir o grau de dependência do petróleo importado estimulou a política energética brasileira, sendo evidente o surgimento do Proálcool⁴⁴, como necessidade de fontes alternativas de energia.

Em 1988 a Constituição Federal⁴⁵ retirou do ordenamento jurídico os contratos de risco, constitucionalizando o exercício do monopólio privativo da empresa estatal.

Nos anos 90, com o governo de Fernando Collor, estruturou-se uma nova política comercial no setor para o país, quando se permitiu a abertura da economia ao exterior e ao mesmo tempo investiu-se na substituição das importações, através de criação de parques industriais próprios, buscava-se a descaracterização de mero fornecedor de matéria-prima e importador de produtos industrializados.

Assim, vários fatores provocaram o fenômeno da desestatização⁴⁶, foi a execução do Programa de Desestatização de 1990 que deu origem as privatizações. O questionamento dos serviços prestado pelo Estado afetava a própria indústria do petróleo, que não obtinha retorno dos investimentos realizado pelo Estado.

⁴³ CHEQUER, Alexandre Ribeiro. *A flexibilização do monopólio e a Agência Nacional do Petróleo*, In: Direito Empresarial Público. Rio de Janeiro: Edit. Lumen Juris, 2002, p. 314-315.

⁴⁴ Foi um programa bem-sucedido de substituição em larga escala dos derivados de petróleo. Foi desenvolvido para evitar o aumento da dependência externa de divisas quando dos choques de preço de petróleo. Disponível em: <http://www.biodieselbr.com/proalcool/pro-alcool.htm>, acessado 04 de novembro de 2009.

⁴⁵ Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acessão 04 de novembro de 2009.

⁴⁶ Marcos Juruena Villela SOUTO define como sendo “a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa) ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência (princípio da economicidade); é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e à gestão associada de funções públicas. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 30.

Buscou-se conforme artigo primeiro da Lei Federal 8.031/1990, atualmente regida pela Lei Federal 9.419/1997, criar um ambiente aberto à privatizações, tendo o Estado controle dessas atividades inerente a administração pública e participação de agentes privados no mercado de capitais.⁴⁷

A alteração da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n ° 9, permitiu a abertura do mercado de pesquisa e exploração da lavra de petróleo ao mercado privado através de concessões. Verifica-se um rompimento quanto ao regime fechado de monopólio empreendido constitucionalmente.

A flexibilização permitiu que outros agentes explorassem e produzissem o petróleo da União. Essa abertura ensejou a competição dos mercados e a busca por desenvolvimento tecnológico por parte da Petrobras. A própria emenda impôs ao legislador infraconstitucional a obrigação de elaborar uma lei que regulamentasse as mudanças propostas pela Emenda Constitucional. Editou-se a Lei Federal 9.478/97⁴⁸, que além de regular o setor petrolífero, instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), delimitando sua função na questão da regulação técnica (portarias, decretos e regulamentos) sobre o setor.

Marca-se o afastamento do Estado quanto a execução de diversas atividades onerosas e deficitárias, passando o mesmo a fiscalizar as atividades de sua competência através órgãos reguladores.

O monopólio, portanto, no curso de sua história no Brasil, se apresenta de forma a permitir o desenvolvimento da atividade petrolífera, permitindo-se sua flexibilização desde a Constituição de 1988 e após a Emenda Constitucional de 1995. O caráter da flexibilidade da exploração desses recursos é inerente a atividade.

⁴⁷ Lei Federal 8.031/1990, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18031.htm, acessado 04 de novembro de 2009.

⁴⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm, acessado em 30 de agosto de 2008.

2.3.1 A importância da Criação da Petrobras para o Monopólio do Petróleo e Gás

No período em que o petróleo era visualizado como poder estratégico pelas potências bélicas e econômicas mundiais, os países que possuíam condições territoriais geográficas probabilísticas para encontrar o minério, passaram a despertar um sentimento nacionalista como é o caso no Brasil do movimento, “O Petróleo é Nosso”.⁴⁹

O movimento pela autonomia no Brasil com relação a exploração de petróleo repercutiu em uma polêmica no período de 1947 a 1953⁵⁰, o país divergia quanto a exploração do petróleo exclusivamente pelo estado ou pela abertura a empresas privadas e estrangeiras.

Ressalva-se que a Constituição de 1946, em seu art. 146 permitiu o Poder Público oferecer concessões para exploração mineral para empresas privadas constituídas no Brasil. Diante dessa tendência o anteprojeto de Lei que regulamentaria o petróleo foi pautado no interesse do governo em manter uma política econômica voltada para garantir a presença de capital privado.

Percebe-se que na Proposta do Estatuto do Petróleo as tendências liberais eram claras, o que ensejava uma obediência as necessidades das economias desenvolvidas⁵¹. Foi no sentido de romper com esse paradigma que ganhou espaço o nacionalismo, inspirado por Monteiro Lobato.

Diante da tendência nacionalista estampada pela campanha “O Petróleo é Nosso”⁵², percebe-se a pressão no Congresso Nacional quanto a análise do anteprojeto de lei .

⁴⁹A campanha do Petróleo é Nosso marca também o estabelecimento de uma disputa de caráter ideológico ao propor a restrição da livre iniciativa através da instituição do monopólio estatal. A repercussão desta medida implicaria, necessariamente, em um choque com as empresas petrolíferas e os países que as utilizavam como meio de internacionalizar a sua política econômica. COELHO, Wladimir Tadeu Silveira. *O Monopólio estatal do petróleo no Brasil: a criação da Petrobrás*. História, imagem e narrativas No 8, abril/2009 – ISSN 1808-9895 – Disponível em: <http://www.historiaimagem.com.br>.

⁵⁰ SOUZA, Roberto G de. *Petróleo: Histórias das descobertas e o potencial brasileiro*. Niteroi/RJ: Ed. Muiraquitã, 1997, p 189.

⁵¹ CAMPOS, Adriana Fiorotti. *Indústria do Petróleo*. Brasília: Edit. Interciência 2007, p. 166-167.

⁵² SOUZA, Roberto G de. *Petróleo: Histórias das descobertas e o potencial brasileiro*. Niteroi/RJ: Ed. Muiraquitã, 1997, p 188.

A tendência pelo monopólio estatal era manifestada pelo Partido Comunista, enquanto que a defesa dos interesses privativos, liderado pela iniciativa privada, respaldava os ideais liberais.

A busca pelo petróleo como um bem natural e econômico da nação foi defendido por diferentes setores sociais. Passando-se os favoráveis e manifestantes da abertura do setor petrolífero ao capital internacional a serem denominados de antipatriotas. A campanha do “O Petróleo é Nosso” teve como marca a disputa ideológica quando propôs a restrição da livre iniciativa através da instituição do monopólio estatal, além de fazer valer o instituto da “Soberania Nacional” uma vez que o país deve-se fortalecer na defesa da natureza da econômica.⁵³

Os movimentos organizados pressionaram o Congresso na tentativa de nacionalizar e estatizar o petróleo nacional impondo-se ao Estado através de uma empresa estatal o controle de todo o processo de exploração do petróleo desde a pesquisa à comercialização.

No início da década de cinquenta as propostas legislativas foram enviadas ao Congresso Nacional. Todavia, foram modificadas permitindo-se o monopólio estatal e a criação da Petrobras através da Lei Federal 2.004 de outubro de 1953, sancionada por Getúlio Vargas.⁵⁴

Ressalva-se que a criação da Petrobras teve o intuito de executar as atividades do setor petróleo no Brasil em nome da União⁵⁵, posto que a Lei Federal 2.004 em seu art. 2º conferiu a Petrobras e ao Conselho Nacional de Petróleo (CNP) a titularidade do monopólio do petróleo, sendo o primeiro reservado a execução do monopólio com auxílio de empresas subsidiárias, constituídas por lei e o último órgãos de orientação e fiscalização.

⁵³ COELHO, Wladimir Tadeu Silveira. *O Monopólio estatal do petróleo no Brasil: a criação da Petrobrás*. História, imagem e narrativas nº 8, abril/2009 – ISSN 1808-9895 –Disponível em: <http://www.historiaimagem.com.br>

⁵⁴ CAMPO, P 167 (REVER)

⁵⁵ Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/petrobras/portugues/historia/index.htm>, acessado 4 de junho de 2009.

O monopólio do petróleo passou a ser exercido por uma sociedade de economia mista, com capital majoritário nacional, em virtude da atuação nacional em toda cadeia produtiva do minério, a atuação da Petrobras era a própria indústria do petróleo no Brasil.⁵⁶

Cabia a Petrobras a manutenção de um coeficiente mínimo de reserva de óleo em campos petrolíferos, além de prestação de informações solicitadas pelo Congresso Nacional sobre seus atos e deliberações.⁵⁷

Verifica-se que a criação Petrobras não implicou na regulamentação do setor, mas somente no exercício da atividade de exploração de petróleo.

Após o golpe militar em 1964, as empresas estatais assumem uma nova função, qual seja, manter as funções de suporte da acumulação privada, bem como se adequariam as necessidades de mercado com finalidade de lucro e competição. A reforma administrativa possibilitou a autonomia de algumas empresas estatais, como a Petrobras.⁵⁸

A primeira crise do petróleo no mundo aconteceu em 1973, quando os conflitos entre os árabes-israelense aumentaram absurdamente o preço do petróleo, causando sérios prejuízos mundiais as nações.

Em 1975, diante da crise internacional, verifica-se a abertura para a presença de contratos de risco no cenário petrolífero brasileiro. Os contratos de risco tornaram-se ineficientes, tendo em vista que os tamanhos dos blocos para serem explorados pelas empresas privadas eram reduzidos, o que demandava um elevado custo quanto às informações geológicas e geofísicas, sem contar que cabia a Administração Pública a declaração de comercialidade do campo petrolífero, além de que o pagamento a empresa privada não

⁵⁶ Art. 5º Fica a União autorizada a constituir, na forma desta lei, uma sociedade por ações, que se denominará Petróleo Brasileiro S. A. e usará a sigla ou abreviatura de Petrobras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L2004.htm, acessado 08 de novembro de 2009.

⁵⁷ Art. 31 e 33, vejamos: Art. 31. A Petrobras, de acordo com a orientação do Conselho Nacional do Petróleo, deverá manter um coeficiente mínimo de reservas de óleo nos campos petrolíferos e Art. 33. A direção da Petrobras e a direção das sociedades dela subsidiárias são obrigadas a prestar as informações que lhes forem solicitadas pelo Congresso Nacional acerca dos seus atos e deliberações.

⁵⁸ CAMPOS, Adriana Fiorotti. *Indústria do Petróleo*. Brasília: Edit Interciência, 2007, p.172

poderia ser em óleo. Essa situação causou uma insegurança jurídica e um impedimento econômico de atratividade para o setor, o que repercutiu em muitas críticas que resultaram no fracasso desse tipo de contratação.⁵⁹

A passagem pela crise mundial na década de setenta teve o escopo na diminuição da dependência de importação de petróleo, o que ensejou no aumento de investimento na produção interna da indústria petrolífera, bem como alterações na própria matriz energética brasileira. Isso permitiu que o país recuperasse a economia, além da diversificação da matriz energética brasileira, implementando fontes alternativas de energia, repercutindo diretamente na diminuição da importação e aumento de exportação.

A criação da Braspetro, como subsidiária da Petrobras, para atuação na exploração do exterior, nos contratos de risco permitiu que a estatal ganhasse notoriedade no cenário internacional. A subsidiária ingressou no Mar do Norte, associada com a Statoil-estatal norueguesa de petróleo, formando a Petrobras-Norger S.A. (BRASNOR) além da exploração e produção de petróleo participou também da venda de equipamentos e serviços tecnológicos para Statoil. No Reino Unido, a Brasoil (*Braspetro Oil Services Co.*) adquiriu participações entre 3% (três por cento) a 20% (vinte por cento) de blocos da plataforma inglesa. Nos Estados Unidos, a *Petrobras Americans Inc.* participou de explorações terrestres e marítimas em território americano e, também, no Golfo do México.⁶⁰

A Constituição de 1988 manteve a atividade de petróleo sob atuação do Estado através do domínio econômico, seguindo o modelo de Constituição Econômica⁶¹. Manteve a Petrobras como órgão executor do monopólio do petróleo e o CNP como o órgão encarregado pela fiscalização das atividades compreendidas no monopólio atribuído à União.

⁵⁹ CAMPOS, Adriana Fiorotti. *Indústria do Petróleo*. Brasília: Edit Interciência, 2007, p.175

⁶⁰ ALVEAL CONTRERAS, Carmem e PINTO JUNIOR, Helder. *A cooperação Inter-firmas na Indústria Petrolífera Mundial*. Texto para discussão n 382,. Rio de Janeiro, IE/UFRJ/1996, p.255

⁶¹ BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Econômica, in Constituição e Desenvolvimento*. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Edit. Malheiro, 2005 p. 30.

A Emenda Constitucional n º 9, permitiu nova redação ao art. 177 da Constituição Federal quando flexibilizou o monopólio de petróleo de forma que a Petrobras deixava de ser a única responsável pela execução dessa atividade.

Com isso a União passa a ter a opção de escolher qual sistema de produção e exploração petrolífera adotar, permanecendo a mesma com a titularidade do domínio dos bens do subsolo.⁶²

A mudança da postura intervencionista do Estado é notada desde a Constituição Federal de 1988, quando o termo intervenção deixa de conferir o significado presente nas constituições anteriores, para a intervenção estatal no domínio econômico privado.

O direcionamento para a abertura do setor petrolífero nacional ocorreu através de algumas privatizações de subsidiárias da Petrobras, que não faziam parte do monopólio constitucional, eram alguns setores petroquímicos.

Com a flexibilização do monopólio a Petrobras ganha mais destaque, em virtude da lei que regulamentou a Emenda nº 9, definindo a Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS como uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, detendo a União o controle acionário com a propriedade e posse de, no mínimo, cinquenta por cento das ações, mais uma ação, do capital votante. Estabeleceu-se ainda, que a Petrobras e suas subsidiárias podem formar consórcios com empresas nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, objetivando expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo.

A postura apresentada pela empresa após a abertura do mercado, ou seja, após a alteração constitucional permitida pela Emenda Constitucional nº 9 de 1995, tem reflexo

⁶² Constituição Federal de 1988, Art. 20, IX Art. 20. São bens da União: IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; e art. 176 As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

positivos concretizado na atualidade, já que representa uma das maiores empresas do setor petrolífero no mundo.

O crescimento linear da Petrobras ao longo dos anos, através do seu aumento de capital e consolidação de tecnologia, permitiu que no ano de 2006⁶³ o Brasil decretasse a auto-suficiência na produção de petróleo e gás, nas bacias de altíssimo risco exploratório. São reflexos direto da ordem econômica constitucional vigente, já que o desenvolvimento nacional se faz com a valorização do trabalho e livre iniciativa.

Em 2007⁶⁴, a Petrobras anuncia a gigantesca descoberta das novas fronteiras petrolíferas denominado pré-sal, o que desencadeia os novos desafios para a regulamentação deste setor que se encontra numa perspectiva diferenciada de baixo risco exploratório.

2.3 ABORDAGEM SOBRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A atual visão constitucional acerca da flexibilização do Petróleo começou a delinear – se em 1995, com a Emenda Constitucional nº 9. Durante este período, os conhecimentos científicos e técnicos relativos à produção do petróleo foram desenvolvidos no sentido de se dirimir o alto risco exploratório decorrente da estrutura geológica das províncias petrolíferas brasileiras, terra e mar, então existente.

Com isso, tinha-se um mercado nacional fechado para economia internacional, já que apenas a União era legitimada para explorar e produzir petróleo e gás. O monopólio estatal desses minérios foi alterado pelo legislador derivado, já que não existiu nenhuma vedação expressa na ordem constitucional pelo constituinte originário.

⁶³ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u107062.shtml>, acessado em 02 de maio de 2008.

⁶⁴ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mat/2007/12/20/327710825.asp>, acessado 02 de maio de 2008.

Todavia, percebe-se que o constituinte derivado temendo a concentração da exploração e produção desses bens por parte de empresas estrangeiras, trabalhou no projeto de lei de forma cautelosa no sentido de se permitir essa abertura, não rompendo com a vontade do constituinte originário quanto ao monopólio estatal de petróleo e gás, permitindo que apenas se flexibilizasse, para atender as necessidades do setor.

Por trás de todos esses aspectos, aparentemente da ordem econômica e social, encontra-se intrínseco o aspecto jurídico constitucional, vez que a justificativa para a flexibilização do monopólio do petróleo e gás, estavam de acordo com princípios constitucionais, confirmando inclusive pela decisão do Supremo Tribunal Federal, quando afirmou ser constitucional a Lei Federal 9.478/97.

2.3.1 A Ordem Econômica e a sua inserção no texto constitucional

É possível dizer que a economia está intimamente ligada ao direito. Observe-se que a partir de uma análise da origem grega da palavra economia, tem-se oikos nomos como: oikos os fatos econômicos que se apresentam num dado espaço físico e nomos, as normas ou regras, estas objeto da ciência do Direito.⁶⁵

A expressão Ordem Econômica por sua vez figura-se como bastante tormentosa. Primeiro importa dizer que o vocábulo ordem, seguindo o raciocínio de Godofredo da Silva Telles Júnior apud Eros Roberto Grau⁶⁶ encerra em sua significação uma oposição à desordem, mesmo que esta não exista. Na verdade, a defesa da ordem, principalmente em relação ao campo das relações sociais, tem como objetivo preferir pela preservação de

⁶⁵ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: uma introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31.

⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 53.

estruturas já firmadas. Sendo assim, em relação à questão econômica, tem-se que a ordem econômica é a manutenção de estruturas que embasam a economia.

Vital Moreira apud Eros Grau⁶⁷ ensina que num primeiro sentido, a expressão “ordem econômica” é analisada como um conceito de fato, isto é, dependente de um elemento valorativo e não normativo que se encontra caracterizado no mundo do ser. Considerando este aspecto há que se dizer que existe uma relação entre os fenômenos econômicos e materiais, cuja expressão permite compreender uma realidade inerente à articulação do elemento econômico, consubstanciado com o fato que lhe é peculiar. Seguindo o autor citado, ainda existe um segundo sentido para expressão “ordem econômica”, neste caso, seria o conjunto de todas as normas quaisquer que sejam a sua natureza (jurídica, religiosa, moral) que caracterizariam a regulação dos sujeitos econômicos a partir de um sistema normativo, pautado na sociologia. Por fim, tem-se a expressão em comento que designaria, ainda, um terceiro sentido que seria a própria ordem jurídica da economia.

Apoiando-se no terceiro sentido compreendido por Vital Moreira, temos então que a ordem econômica seria um conjunto normativo voltado para regulação das relações econômicas. André Ramos Tavares consegue exprimir de forma sintética o entendimento do autor citado, quando ele informa que

para uma operacionalização inicial, tem-se que a expressão em apreço busca sintetizar a idéia de que a ordem econômica, enquanto manifestação do dever ser, é a parcela do Direito – e este o sentido que há de interessar ao operador jurídico – que cuida das questões ao alcance econômico, institucionalizando (ou pretendendo fazê-lo) uma determinada ordem (ordenação, regulamentação) no mundo do dever ser (forma econômica)⁶⁸.

Para se efetivar uma economia de forma concreta, devem-se combinar vários sistemas, onde um apresenta-se como dominante⁶⁹. Pode-se concluir que a expressão ordem econômica

⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 56

⁶⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Método. 2006, p. 82.

compõe um conjunto de elementos, cuja economia concreta é preordenada e dominada por uma ordem jurídica. Nesse contexto, extrai-se da excelente obra de Eros Grau o entendimento de que ainda que a expressão ordem econômica se opusesse à ordem jurídica, a primeira seria utilizada como uma parcela desta, que por sua vez, seria tomada como um sistema de princípios e regras os quais compreenderiam em separado, uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social.⁷⁰

Assim, ao ser estabelecida a ordem econômica como parcela da ordem jurídica⁷¹, cumpre entendê-la, então, sob o ângulo da lei maior, que formaria a ordem econômica constitucional.⁷²

A partir do momento em que a ordem econômica insere-se no contexto constitucional pode-se dizer que tem como finalidade atribuir um caráter social, cujo conteúdo é eminentemente ideológico, em que é permitida a regulação da economia pelo Estado. Necessário ressaltar que essa “nova ordem econômica”, como bem trata Eros Grau⁷³, se diferencia da ordem econômica observada nas Constituições liberais. Nestas bastava-se o que estava definido, constitucionalmente, em relação à propriedade privada e à liberdade contratual, por se compreender que tal ordem econômica, além de imprimir normas de ordem pública, assumiria o papel de normas de intervenção, que por sua vez, orientaria a intervenção do Estado na economia.

O ordenamento jurídico brasileiro, seguindo, pois, a Constituição de Weimar de 1919, fez referência à ordem econômica em todas as Constituições de 1934 até a de 1988. Todavia,

⁶⁹ MOREIRA, Vital apud TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Método. 2006, p. 83.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 49

⁷¹ Cabe dizer que existem discussões doutrinárias acerca da conceituação da ordem econômica e da teorização da Constituição Econômica. A primeira assume significação relevante para o direito apenas se for considerada quando referida como ordem econômica constitucional. Corroboramos, portanto, o posicionamento de Eros Grau que considera a ordem econômica como inerente ao mundo do dever ser.

⁷² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores. 2003, p. 61-62.

⁷³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

as constituições de 1934 e de 1967 trataram a ordem econômica em conjunto com a ordem social. A Constituição de 1937, por sua vez, mereceu ressalva, pois tratou apenas da ordem econômica. E, finalmente, a Constituição de 1988 que trouxe de forma bem nítida a separação das duas ordens, uma ordem social e outra ordem econômica⁷⁴, sem prevalecimento de uma sobre a outra.

Conforme visto alhures a expressão ordem econômica constitucional pode ser considerada como um conjunto de princípios e regras jurídicas que ao atuarem harmonicamente acabam por instituírem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia. Todavia, cumpre diferenciar a ordem econômica da Constituição econômica.⁷⁵ A noção de ordem econômica é muito mais ampla do que a de Constituição econômica, pois neste último caso apenas algumas normas possuem caráter fundamental e estão inseridas no bojo da Constituição.

Considera-se a Constituição econômica como um conjunto de princípios, e regras fundamentais que orientam a vida econômico-social do Estado. A Constituição Econômica delinea, assim, o sistema econômico ou produtivo de um país, tendo por objetivo abordar as formas de produção e a relação entre iniciativa pública e iniciativa privada, situando o modelo econômico e o fim que deve ter a economia.⁷⁶

Frise-se que a Constituição de 1988 nasce num período em que há uma ruptura do regime autoritário militar, sendo assim é tida como o elemento jurídico que inicia a era democrática, bem como institucionaliza os direitos humanos no Brasil. Amplia, ainda, o rol

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores. 2003, p. 54.

⁷⁵ José Joaquim Gomes Canotilho apud Grau ensina que as Constituições podem ser classificadas como Estatutárias ou Orgânicas e Diretivas ou Programáticas. As primeiras definem apenas um estatuto do poder, configurando-se como instrumento de governo; sendo assim, ao considerarmos a ordem econômica numa visão Constitucional temos, pois, uma Constituição Econômica em que apenas se afirmam normas enunciadoras das competências e reguladoras dos processos. Já as Constituições denominadas diretivas ou programáticas estabelecem programas e definem os fins a serem observados pelo Estado e pela Sociedade; deste modo as normas atinentes à constituição econômica proclamam os fins a que estão vinculados à política econômica. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. Malheiros Editores. São Paulo. 2003, p. 66

⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. *O Estado na Ordem Econômica*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 43, p. 49/56. São Paulo: RT, abril-jun/2003, p. 51.

dos direitos sociais, dispondo também sobre uma ordem econômica que valoriza o trabalho e a livre iniciativa.

O sistema constitucional de 1988 dá, portanto, suporte a um Estado Intervencionista, voltado ao bem-estar social. Esse Estado permite o engrossamento da idéia de que a participação estatal é necessária para se manter a sua organização, principalmente no que pertine à seara social.⁷⁷

Eros Grau interpretando outros doutrinadores, como Washigton Peluso Albino de Souza, Tércio Sampaio Ferraz Júnior e José Afonso da Silva, conclui que a ordem econômica observada na Constituição de 1988 tem como foco a economia de mercado, que mesmo afastada do modelo liberal clássico, assume uma postura neoliberal em que ao mesmo tempo que repudia o dirigismo, acolhe o intervencionismo econômico, atuando em favor do mercado e não contra ele. Assim a Constituição, mesmo capitalista, admite a liberdade enquanto esta for exercida em prol do interesse da justiça social, conferindo, assim, prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.⁷⁸

Desta feita, a Constituição Brasileira orienta suas disposições nos valores alcançados pela ciência econômica. Ao mesmo tempo em que adota uma postura econômica liberal, disciplina a atividade econômica, atribuindo objetivos e fundamentos à ordem jurídico-econômica constitucional que através da inserção de um rol de princípios jurídico-econômicos deverá ser mantida pelo Estado.

⁷⁷ PIOVESAN, Flávia. *A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 45, p. 216/236. São Paulo: RT, out-dez/2000, p. 224/225.

⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 170-171.

2.3.2 Princípios da Ordem Econômica: art. 170 da Constituição de 1988

Após pontuarmos a Ordem Econômica no contexto do “mundo do dever ser”, isto é, como parcela da ordem jurídica; e inserirmos a mesma no contexto constitucional, é mister analisar a proteção constitucional que foi dada para a ordem econômica dentro do ordenamento jurídico brasileiro, através dos princípios econômicos constitucionais.

Inicialmente, destaque-se que é indubitável o caráter dirigente⁷⁹ assumido pela Constituição de 1988, quando o Estado deve realizar tarefas, conforme leciona Canotilho. Basta ver que a mesma pressupõe um conjunto de diretrizes e programas voltados para um fim a ser realizado pelo Estado e pela sociedade.

O Título VII, em seu artigo 170 inaugura a implantação de uma nova ordem econômica, porém, outras disposições contidas na Constituição, embora não estejam elencadas neste título, contribuem para a orientação da ordem econômica sob a ótica do mundo do ser.

O caput do referido artigo fundamenta a ordem jurídico-econômica constitucional de 1988 na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos uma existência digna. Desta feita, para que haja o cumprimento de tais imposições, é necessário que se vincule a ordem jurídico-econômica constitucional a um princípio que se pautar na justiça social, o qual por sua vez impõe um regime também intervencionista, já mencionado alhures.

Seguindo a ordem jurídica econômica constitucional, além dos princípios jurídico-econômicos encontrados no Título VII, observa-se ainda, nos Artigos. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202, 218 e 219 da referida Constituição, a atividade econômica sendo normatizada para funcionar como instrumento efetivador dos fundamentos e objetivos gerais do Estado-nação.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra editora. 2001, p XXIII.

Assim, ao se verificar a positivação e a regulação da atividade econômica pela Constituição Federal de 1988, através da instituição da ordem jurídico-econômica constitucional, Eros Roberto Grau realça que a regulamentação da atividade econômica, apesar de positivada em um Título específico da Constituição Federal de 1988, encontra-se espalhada por todo o texto constitucional, conforme se observa Art. 5º, LXXI, do Art. 24, I, do Art. 37, XIX e XX, do § 2º do Art. 103, do Art. 149, do Art. 225.⁸⁰

Corroboramos com André Ramos Tavares quando ele diz que não se pode cair no exagero de considerar que tudo é econômico, que o único objeto do Direito é a economia, ou de que o Direito é um produto da economia⁸¹. Sendo assim, considerando que os princípios constitucionais da ordem econômica encontram-se dispostos em praticamente toda a Constituição, haja vista existir uma repercussão econômica, que enseja, inclusive, a denominação de Constituição Econômica, não se pode deixar, contudo, que o valor econômico prepondere em face de outros valores também igualmente dispostos no espaço constitucional.

Todavia, a partir do momento em que se consideram os princípios constitucionais da economia como sendo apenas aqueles expressamente dispostos na Constituição Formal tem-se uma restrição dos mesmos, que por sua vez desfigura o conceito de Constituição Econômica. Sendo assim, uma forma de equilíbrio, para não se cair no exagero, nem tampouco na restrição, no momento em que for definir os princípios da Constituição Econômica, é analisar e incluir no rol dos princípios econômicos constitucionais aqueles princípios existentes no corpo da Constituição que possuem relação com aqueles previstos no artigo 170.

⁸⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores. 2003, p. 174.

⁸¹ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Método. 2006, p. 126

Como já foi dito, o caput do artigo 170 faz referência à valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, conforme os ditames da justiça social, e que na visão de Celso Ribeiro Bastos são de fato princípios, que não devem ser preferidos em relação aos demais princípios que ensejam os incisos do aludido artigo como se fossem o topo da pirâmide hierárquica.⁸²

Cumprir trazer à lume os seguintes princípios que devem ser observados como fundamentos da ordem econômica constitucional, sem, contudo, esquecer os demais aludidos por Eros Graus. São eles: a Soberania Nacional, a Propriedade Privada, a Função Social da Propriedade, a Livre Concorrência, a Defesa do Consumidor, a Defesa do Meio Ambiente (que será analisado enfaticamente no próximo tópico), a Redução das Desigualdades Regionais e Sociais, a busca pelo Pleno Emprego e o tratamento favorecido para as Empresas de Pequeno Porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Os princípios econômicos supracitados devem ser observados por todos os poderes do Estado, sob pena de serem os atos atentadores àqueles princípios considerados inconstitucionais. Deste modo nas palavras de André Ramos Tavares

será inadmissível perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabeleçam metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios⁸³.

Um ponto crítico a ser analisado é justamente como se dará a consecução de tais princípios, se tal conteúdo normativo - principiológico é apontado como de caráter puramente programático. Cumprir destacar a visão de José Afonso da Silva que deve ser reavaliada, em virtude da nova doutrina acerca da efetividade dos princípios fundamentais.

⁸² TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Método. 2006, p. 127.

⁸³ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Método. 2006, p. 128

A declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna, só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim⁸⁴

Os princípios da justiça social e da existência digna como finalidade da ordem econômica devem ser analisados sob a ótica do princípio da dignidade humana adotada pelo texto concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil, (artigo 1º, III).⁸⁵

Fábio Konder Comparatto⁸⁶ leciona que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos. A dignidade da pessoa humana, portanto, perfila todos os demais princípios atinentes à ordem econômica, em especial o princípio que trata sobre a defesa do meio ambiente, objeto deste estudo. Desta feita, tem-se que a dignidade da pessoa humana confere substância não somente aos direitos fundamentais, enquanto individuais, sociais e econômicos, mas sim à própria organização econômica.

Apenas para fins informativos cumpre enfatizar os princípios que fazem parte da proteção constitucional da Ordem Econômica. O valor social do trabalho e da livre iniciativa disposto no artigo 1º, IV, é tido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; no artigo 170, edifica a ordem econômica também a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa.⁸⁷

Importa dizer que o primeiro dos princípios enunciados, entre aqueles a serem observados pela ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre

⁸⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 762.

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 175.

⁸⁶ COMPARATO, Fábio Konder *apud* GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 176.

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, 186-187.

iniciativa, com o fito de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social é o da soberania nacional, disposto no art. 170, I.

A Constituição Federal admite que é através da soberania econômica, que se pode objetivar a definição de programas de políticas públicas voltadas para a participação da sociedade brasileira em condições de igualdade com o mercado internacional. Sem a soberania econômica a concepção de Estado é deformada, não sendo possível conceber a soberania política prevista no art. 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil, e nem a independência nacional como princípio a reger suas relações internacionais, no art. 4º, I. Eros Grau leciona que a soberania nacional econômica não supõe o isolamento econômico, mas antes, pelo contrário, a modernização da economia – e da sociedade- e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas.⁸⁸

O artigo 170 proclama ainda os princípios da propriedade privada e a função social da propriedade. Há que se dizer que um princípio é pressuposto do outro, isto é, a função social que vincula a atividade específica exercida na propriedade, só tem significado se estiver referindo-se à propriedade privada⁸⁹. Estando inserido no art. 170, II, bem como no art. 5º, XXII, da CF/88, reflete, pois a proteção do patrimônio do particular e garante a segurança jurídica aos agentes econômicos para que desenvolvam plenamente as suas atividades, de modo a permitirem a acumulação do capital. De fato a preservação da propriedade é direito fundamental do indivíduo, ofertando-lhe os meios necessários para o desenvolvimento de sua atividade, seja produtiva ou não. Todavia, é o princípio da função social, inserida no inciso III, que limitará a atuação da propriedade privada. Nesse diapasão conclui-se que o interesse coletivo deve fazer parte da essência da propriedade individual⁹⁰, pois permitirá que os bens

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 205.

⁸⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 207.

⁹⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003. p.141.

de produção atinjam uma finalidade maior, qual seja, a busca pelo desenvolvimento econômico nacional.⁹¹

Outrossim, tem-se ainda que o princípio da propriedade privada pressupõe também a livre iniciativa.⁹² Observem que a ordem econômica compreende a livre iniciativa dentro de um contexto social, como meio de perquirir a realização e a manutenção do trabalho humano⁹³. A propriedade privada, portanto, permite o desenvolvimento das atividades comerciais, na medida em que gera a acumulação de capital necessária para a formação dos meios de produção por parte da empresa, de modo a realizar suas atividades econômicas. Ademais, garante a propriedade sobre o capital envolvido nas relações negociais, preservando e mantendo a efetivação das trocas que ocorrem no cenário econômico.

Também deve ser considerada a livre concorrência que por seu turno é contemplada também no artigo 170, inciso IV, e tem como escopo garantir oportunidades iguais aos agentes econômicos. A livre concorrência permite que a atividade econômica desenvolvida esteja dentro das disposições legais, afim de que se controle a monopolização do mercado⁹⁴. Portanto, a livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia⁹⁵, obrigando o poder público a mantê-la, pois as realidades e condutas que se mostrarem atentatórias ao princípio necessitam ser expungidas, (sic) pena de o poder econômico abusar de sua condição,

⁹¹ O princípio do desenvolvimento nacional é um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, II, CF) e está intrinsecamente ligada aos princípios da ordem econômica. O processo de desenvolvimento econômico corrobora uma série de valores econômicos que devem ser dispostos de forma a eliminar a exclusão da sociedade do processo de desenvolvimento econômico. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. In SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 32.

⁹² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 128.

⁹³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. Malheiros. São Paulo. 2003, p. 764.

⁹⁴ Complementando tem-se o art. 173, §4º da CF diz que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

⁹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003, p.144.

com nefastos efeitos para os demais agentes, para os consumidores e para a sociedade em geral.⁹⁶

O princípio da defesa do consumidor também corresponde a um dos princípios econômicos, e se encontra positivado no inciso V, do Art. 170. Interessante que a definição de consumidor foi dada pelo Art. 2º da Lei 8.078/91, que por sua vez determina que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Destaque-se que a inclusão do princípio do consumidor como um dos princípios econômicos constitucionais constitui-se como uma figura singular dentro das relações econômicas, posto que figura como alvo final dos produtos e serviços desenvolvidos pelas empresas, ensejando assim o equilíbrio ante a manifestação da livre concorrência.

O inciso VII do art. 170, CF/88, trata do princípio da redução das desigualdades regionais e sociais. Há que se dizer que também está prevista no art. 3º, III, CF, como um dos objetivos do Estado brasileiro. Tal princípio consubstancia-se com o princípio da dignidade humana, além de estar intimamente relacionado ao princípio da igualdade. Cumpre dizer que a aplicação do princípio econômico que trata da redução das desigualdades regionais e sociais é fundamental para que haja o desenvolvimento nacional. O Estado tem o dever de implementar tais preceitos constitucionais por todo o seu território, principalmente pelo fato de haver diferenças econômicas gritantes entre os estados brasileiros. O objetivo de tal princípio constitucional, portanto, é criar políticas públicas diferenciadas para cada região brasileira, de modo a compatibilizar as atividades com as necessidades de cada região, propiciando, assim, a diminuição das diferenças sociais e o desenvolvimento e crescimento econômico.

⁹⁶ PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 223

Em seguida tem-se, no inciso VIII, do mesmo artigo, o princípio do pleno emprego. Tal princípio está diretamente ligado ao princípio geral encontrado no caput do artigo 170, que enfatiza a necessidade de se valorizar o trabalho humano. Eros Grau afirma que

[...] princípio da busca do pleno emprego, indiretamente, (consubstancia) uma garantia ao trabalhador, na medida em que está coligado com o princípio da valorização do trabalho humano e reflete efeitos em relação ao direito social ao trabalho (art. 6º, caput)⁹⁷.

Importa dizer que para se manter a ordem econômica é imprescindível que capital e trabalho estejam em harmonia. Requer-se a criação de políticas públicas que aumentem a criação de empregos. É justamente a geração de empregos que vai proporcionar o crescimento econômico, haja vista o trabalho ser o fato gerador do capital, que por sua impulsiona o desenvolvimento da sociedade, garantindo, assim, a justiça social.

Outro princípio econômico que está intimamente ligado ao princípio da igualdade é o que está positivado no inciso IX do art. 170, CF, que traz a baila o princípio do tratamento favorecido às pequenas empresas.

Insta ressaltar que no Brasil as pequenas empresas correspondem à maioria de empresas instaladas. Atuam firmemente para o desenvolvimento econômico e social, haja vista gerarem empregos e fazerem circular os recursos. Todavia, elas necessitam de uma maior proteção por parte do Estado para que seus projetos não sejam inviabilizados em face da concorrência existente no mercado globalizado.

O princípio que dá tratamento favorecido às pequenas empresas visa, pois, estabelecer uma igualdade material, ao tratar desigualmente as empresas de pequeno porte que estejam em situações desiguais em relação às empresas de médio e grande porte. Frise-se que o Estado ao dar tratamento favorecido às pequenas empresas estar-se-á corroborando com os princípios

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 221.

da livre iniciativa e da livre concorrência, à medida que permitirá o desenvolvimento das atividades dessas empresas, atraindo condições plenas para que as mesmas vençam a acirrada concorrência existente no mercado. Além disto, favorecerá também a efetivação de outros princípios econômicos, como o princípio do pleno emprego, já tratado alhures, vez que as pequenas empresas poderão contratar mais empregados. Sendo assim quanto maior for o incentivo à iniciativa privada, especialmente no âmbito das empresas de pequeno porte, maior será a empregabilidade.

Diante da principiologia prevista constitucionalmente, qualquer questionamento referente a flexibilização do monopólio estatal do petróleo e gás deve ter bastante cautela, posto que tal medida – a flexibilização - foi pautada sobre alguns aspectos elucidados nos parágrafos acima, tendo ensejado significativo desenvolvimento ao país.

2.4 O PROCESSO DE FLEXIBILIZAÇÃO DO MONOPÓLIO DO PETRÓLEO E GÁS

O monopólio estatal sobre as atividades petrolíferas ocorreu em 1953 com a Lei Federal 2.004. Percebe-se que a primeira experiência de flexibilização dessa atividade ocorreu na década de setenta, com os contratos de risco. Em virtude dos mesmos não terem atendido as expectativas, a Constituição Federal de 1988 proibiu a realização desses contratos de risco, permanecendo os anteriores.

A Constituição de 1988 superou o regime ditatorial instituindo o regime democrático, ampliando e reconhecendo uma gama de direitos humanos fundamentais.

Percebe-se que a constitucionalização dos princípios da Ordem Econômica, desde a Constituição de 1934, quando criou os chamados direitos econômicos constitucionais, se sucedeu nas demais constituições. José Afonso da Silva afirma que a Constituição de 1988 “é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social

e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”.⁹⁸

Nesse sentido, as reformas econômicas se pautaram no sentido de abertura dos mercados, com os ideais neoliberais, incluindo-se a indústria do petróleo através de privatizações de algumas subsidiária da Petrobras, setores não monopolizado pela União; presença de capital privado no setor; abertura do setor de refino de petróleo e derivados.⁹⁹

A necessidade de abertura do mercado de exploração e produção de petróleo e gás foi decorrente das ações em torno do Programa de Desestatização implementado pelo governo no início da década de noventa, o que ensejou a flexibilização do monopólio da Petrobras, permitindo a atuação de grupos privados na cadeia produtiva dessa atividade econômica.

A edição da Emenda Constitucional nº 9, alterando o parágrafo 1º, do art. 177 da Constituição Federal, ensejou a quebra do monopólio absoluto que o Estado brasileiro mantinha em relação à pesquisa e exploração de petróleo e gás.

O novo marco legal manteve o monopólio da União sobre as reservas de petróleo e gás. Contudo, as atividades de exploração e produção tiveram a possibilidade de serem passadas às empresas privadas sob o regime jurídico dos contratos de concessões a serem firmados pelo ente federal através de Órgão Regulador.

A criação da Agência Nacional de Petróleo (ANP) teve como atribuições promover a regulação da atividade, a contratação e fiscalização do setor. O intuito era a atração de investimento para o setor que não tinha um suporte financeiro, tecnológico estatal.

A Constituição de 1988 manteve o monopólio da Petrobras, conforme a lei que instituiu. A flexibilização do monopólio previu segurança jurídica, quando permitiu a manutenção sobre o direito dos campos em produção e áreas já investidos pela Petrobras.

⁹⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.689.

⁹⁹ Disponível em: http://www.fup.org.br/nossas_lutas_resistencia.htm, acessado em 2 de outubro de 2008.

O regime de concorrência, a prática dos consórcios, a mudança da finalidade da Petrobras quanto ao monopólio do Petróleo, possibilitaram um crescimento da sociedade de economia mista, Petrobras.

O processo de abertura do setor no Brasil com a regulamentação através da Lei Federal 9.478/97 levou o país a um reconhecido internacional por sua transparência, estabilidade de regras, possibilitando aos agentes econômicos a previsibilidade e planejamento de longo prazo.

Os procedimentos adotados não divergiram da finalidade do poder público organizar as relações econômicas, permitindo-se alcançar a justiça social e desenvolvimento nacional.

A regulação da cadeia produtiva pela ANP trouxe um grande aumento na participação do Estado brasileiro na renda do petróleo e gás, gerando receitas para investimentos em infra-estrutura e em desenvolvimento social. De 1998 a 2007, as participações governamentais do setor (*royalties*¹⁰⁰, participação especial¹⁰¹, bônus de assinatura e pagamento por retenção de área) somaram mais de oitenta e dois bilhões. Esses recursos têm contribuído para transformar o panorama econômico e social de muitas cidades em todo o país.¹⁰²

Assim, percebe-se o êxito oriundo da abertura ao mercado privado a exploração e produção de petróleo e derivados no Brasil, pautados sob a ótica dos princípios da ordem constitucional econômica, que contemplaram todo o avanço deste setor no país.

¹⁰⁰ Constituem uma compensação financeira devida ao Estado pelas empresas que exploram e produzem petróleo e gás natural, na medida em que são recursos escassos e não-renováveis.

¹⁰¹ É a participação adicional (compensação financeira extraordinária) aos *royalties*, incidente sobre os campos de grandes volumes de produção ou grande rentabilidade, conforme estabelecerão o edital e o contrato de concessão.

¹⁰² Disponível em: http://www.anp.gov.br/conheca/10_anos_regulacao.asp, acessado em abril 2008.

2.5 ESTADO *VERSUS* DOMÍNIO ECONÔMICO

O Estado já passou por várias transformações, interferindo de forma imediata na sociedade e no mercado. Existiu a figura do Estado Liberal quando não se admitia o intervencionismo na economia, posteriormente ao período pós-guerra, o Estado passou a intervir na sociedade nos seu diversos aspectos, na tentativa de reconstrução dos setores arrasados. Com a intervenção Estatal o mesmo passou a gerir os recursos advindos da sua administração, originando as empresas estatais em alguns ramos tais como: siderúrgica, mineração, eletricidade, água, petróleo e gás, telecomunicações.¹⁰³

Após o período de interferência estatal e retorno ao equilíbrio dos mercados e sociedade, percebeu-se que a permanente interferência estatal em alguns setores, impedia o crescimento do Estado em todos os aspectos, pois surgiu a morosidade e ineficiência nos serviços públicos, além de defasagem técnicas dos setores estatais, o que acarretou sérios prejuízos ao Estado.

Com isso a Constituição de 1988 inovou quanto a nova ordem econômica constitucional, aduziu em seu art. 173 a gerência do Estado, apenas no que concerne as situações de segurança nacional e/ou interesse coletivo. Permitiu-se as privatizações de alguns setores da econômica, passando o Estado a assumir uma função não só intervencionista, mas fiscalizadora e reguladora.

Corroboramos Rodrigo Santos Neves, quando faz a seguinte afirmação sobre o Estado

Sua atividade não é apenas a produção de normas que direcionam a conduta dos agentes econômicos, mas fiscalizam, elaboram estudos, prestam informações necessárias aos agentes e usuários de serviços e consumidores em geral, além de

¹⁰³ NEVES, Rodrigo Santos. *Função normativa e Agências Reguladoras Uma contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Econômica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p 3.

solucionarem o conflito entre os agentes econômicos e entre esses e os consumidores, o que parece ir muito além de normas¹⁰⁴.

No que concerne ao uso do vocábulo “intervenção”, corrobora Eros Grau quando entende que a nomenclatura aceitável seria “atuação” ao invés de “intervenção”, vez que esse último implica no campo da atividade econômica em sentido estrito, enquanto a primeira na seara da atividade econômica em sentido amplo. O domínio econômico restringe o campo de atuação do Estado, sendo aceitável plenamente a utilização do termo “intervenção”.¹⁰⁵

O autor admite uma classificação das modalidades de intervenção bastante interessante, são elas: a intervenção por absorção ou participação; intervenção direta e intervenção por indução. A primeira o Estado intervém como sujeito econômico, podendo absorver ou participar. Ao absorver o mesmo assume integralmente todo o risco e controle dos meio de produção, é o regime de monopólio. Na participação esse risco é de acordo com a parcela de participação, estando num regime de competição na esfera privada. A intervenção direta consiste em estabelecer mecanismos e normas para direcionar as atividades. E a por indução, o Estado age de acordo com as perspectiva dos mercados.¹⁰⁶

A função do Estado na forma reguladora está pautada na concepção restrita de Daniel M. Nalla apud Rodrigo Santos Neves, “deve-se ter especialmente em conta o interesse público em jogo, que orienta a regulação dos serviços públicos, inclui tanto a proteção direta do usuário como o incentivo para a prestação eficiente e a realização de obras de melhoramento e expansão.”¹⁰⁷

¹⁰⁴ NEVES, Rodrigo Santos. *Função normativa e Agências Reguladoras Uma contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Econômica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 8.

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 125

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 127.

¹⁰⁷ NEVES, Rodrigo Santos. *Função normativa e Agências Reguladoras Uma contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Econômica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 11.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que a regulação é “um híbrido de atribuições de variada natureza: informativa, planejadora, fiscalizadora e negociais, mas, também, normativa, ordinatória, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras”.¹⁰⁸

Assim, antes da flexibilização, a atuação do Estado brasileiro na indústria do petróleo estava pautada na lógica de intervenção na economia, motivada pelo poder do monopólio das reservas de petróleo e gás, sentimento esse presente inclusive em outros países da América latina, o México com a PEMEX, a Venezuela com Corporación Venezolana de Petróleo – CVP, hoje PDVSA¹⁰⁹. Ressalva-se que a finalidade era reguardar as reservas petrolíferas do capital externo.

Verifica-se que as crises petrolíferas que atingiram o mundo capitalista na década de setenta ensejaram mudanças no que concerne a intervenção estatal nessa seara, já que depender do mercado externo comprometia a nação. A necessidade de consumo de energia, fontes alternativas, melhoras na eficiência energética, tecnologia, mão de obra especializada, fizeram com que o Estado brasileiro, assim como outros países, abrissem seus mercados, flexibilizando o setor. O Estado brasileiro que controlava o setor petrolífero, com respaldo na lógica Keynesiana, transforma-se focando a lógica neoliberal.

2.6 A CONSTITUCIONALIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO DO MONOPÓLIO DO PETRÓLEO E GÁS

A Ação direta de Inconstitucionalidade 3.273, impetrada no Supremo Tribunal Federal, pela Procuradora Geral do Estado do Paraná, teve como objeto zelar pela guarda da Constituição Federal com intuito de conservação do patrimônio público. Impugnou

¹⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p 107.

¹⁰⁹ SANTOS, Marival Matos. Pré-sal, gestão e soberania: abertura ou fechamento. Santos Offshore Conference 2009. Disponível em: http://www.itaesa.com.br/Arquivos/Palestras/Trabalhos/Trabalho_44.pdf, acessado, 22 de abril de 2010.

dispositivos da Lei Federal 9.478/97, alegando ser inconstitucional o ato da extração das reservas do petróleo serem transferidas para empresas privadas, o que comprometerá as gerações futuras, tendo contextualizado todo cenário petrolífero no curso histórico.¹¹⁰

Alega na presente ação a conquista pelo monopólio do petróleo e que a flexibilização do mesmo foi um desprestígio ao setor petrolífero brasileiro, em detrimento da fonte de energia nuclear.

Argui ainda “ a titularidade do petróleo ou gás natural está sendo conferida como remuneração das atividades de exploração, desenvolvimento e produção.”¹¹¹ Permanece, portanto, o confronto entre a permissão e o monopólio. Deveria, portanto, ao invés de entregar a titularidade do bem extraído para as empresas privadas, remunerá-la de acordo com a produção, contesta-se o modelo adotado de concessão.

Faz constar ainda a presente ação que o art. 177 da Constituição Federal deveria ser analisada dentro da ótica do art. 20, V e VI, já que determina que são bens da união, “ os recursos minerais, inclusive no subsolo.” Assim, na visão do pólo ativo da presente ação os mesmos não vislumbram a compatibilidade do modelo regulatório adotado, qual seja, concessão, com as atribuições de competência da União, quanto aos minerais.

O art. 177, parágrafo segundo, determina a previsão legislativa no sentido de assegurar a plena eficácia das normas constitucionais que visem resguardar o monopólio do petróleo e gás. Portanto, o Estado cabe o resguardo pelo fornecimento das reservas por um maior período de tempo, por se tratar de bem finito, portanto, abrir a concessão para exploração, violaria de forma expressa a previsão constitucional.

¹¹⁰ ADIN 3.273/DF, disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%203273.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%203273.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%203273.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%203273.ACMS.)&base=baseAcordaos), acessado em 08 de dezembro de 2008.

¹¹¹ ADIN 3.273/DF, disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%203273.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%203273.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%203273.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%203273.ACMS.)&base=baseAcordaos), acessado em 08 de dezembro de 2008.

Segundo Heitor Manoel Pereira¹¹², presidente da AEPET (Associação dos Engenheiros da Petrobras), a Lei Federal 9.478/97, “agríde frontalmente a nossa soberania, portanto, é uma lei de traição nacional, pois está permitindo a entrega do nosso bem estratégico – petróleo – às multinacionais, notadamente as anglosaxônicas que dominam o setor petrolífero.”

O art. 26 da mencionada lei afirma ser do concessionário a produção do mineral, todavia ressalva nos art. 3º e art. 21º dessa mesma Lei, conforme disposto na Constituição Brasileira, que o petróleo é da União.

Nesse sentido, segundo a Ação direta de Inconstitucionalidade entregar as reservas as empresas estrangeiras fere diretamente os fundamentos constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, ao tratar da presente ação, fundamentou sob as técnicas disponibilizada pela própria Constituição, através da hermenêutica jurídica, aduzindo :

Ora bem, se é da técnica da Magna Lei de 1988 avançar Comandos gerais sobre todo e qualquer tipo de recurso mineral, para em seguida lançar disposições especiais sobre dois desses recursos (petróleo e gás natural), o cânone hermenêutico a observar só pode ser este: aplica-se toda a parte geral da Constituição, mas somente naquilo que não conflitar com sua parte especial. Elementar regra de eliminação de antinomia normativa, expressa no brocardo latino *lex speciali derogat generali*¹¹³.

Interessante é a análise com base no voto do Ministro Eros Grau, já que pediu vistas ao processo, na tentativa de elucidar melhor a questão, tendo entendido pela improcedência integral da presente ação.

Inicia sua fundamentação partindo do pressuposto de que há um equívoco, pois o petróleo seria um bem público especial, de uso comum da União e de uso especial por empresas privadas. O ministro se surpreende quando um mesmo bem público especial pode

¹¹²Disponível em: <http://www.aepet.org.br/tmp/344.pdf>, acessado em 5 de abril 2008.

¹¹³ ADIN 3.273/DF, disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%203273.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%203273.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%203273.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%203273.ACMS.)&base=baseAcordaos), acessado em 8 dezembro de 2008.

ser ao mesmo tempo especial e público. Nesse sentido, se o petróleo e gás fossem bens públicos especiais, os mesmos seriam inalienáveis enquanto conservassem essa qualificação, e para ser alienável deveriam ser desafetados, ou seja, deixar de ter proteção coletiva, portanto acredita o ministro ser incompreensível a qualificação como bem especial.

Assim, não consegue visualizar qualquer inconstitucionalidade da Lei 9.478/05, posto que encontra-se regulamentando o parágrafo primeiro do art. 177 da Carta Magna, não podendo a corte reformar a Constituição, mas sim aplicá-la. A modificação constitucional é função do constituinte.

O Ministro, ainda, justifica seu voto quando trata da classificação do monopólio, existindo duas espécies, os que visam a impelir o agente econômico ao investimento, sendo o autêntico monopólio privado, e os que instrumentam a atuação do Estado na economia, como atuação do Estado no domínio econômico.

Interessante a argumentação de Fabio Konder Comparato quando aduz que “o monopólio diz respeito a uma atividade empresarial, nada tendo a ver com o domínio e a propriedade”.¹¹⁴

Não se pode confundir a propriedade com a atividade, pois o art.177 trata do monopólio da atividade e não da propriedade. Nesse sentido a propriedade do resultado da lavra das jazidas de petróleo e gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos pode ser atribuída a terceiro pela união, sem qualquer ofensa ao monopólio.

A concessão, portanto, na visão de Eros Grau é perfeitamente cabível no ordenamento jurídico brasileiro, já que não pode haver concessão se os concessionários não passarem a ser titulares do produto extraído.

Reafirma tese de que o monopólio não foi retirado da constituição e que o mesmo permanece até os dias de hoje, o que ocorria anteriormente a Emenda Constitucional nº 9, era

¹¹⁴ Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969. 2ª. Ed, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1972, t, 6,pg. 86.

a proibição a cessão ou concessão de qualquer tipo de participação. Mantém –se o monopólio da atividade.

Finaliza o Ministro¹¹⁵ quando diz que:

a inovação introduzida pela EC 9/95, no sentido de tornar relativo o monopólio, não se encontra na permissão de que a União contrate com empresas estatais ou privadas a sua exploração; desde anteriormente á emenda a União não estava obrigada a explorar o monopólio diretamente; desde sempre essa exploração poderia ser exercida por outrem, pessoa jurídica de direitos publico ou privado; o monopólio de que se trata tornou-se relativo precisamente porque antes da EC 9/95 projetava-se, de modo amplo, sobre o produto da exploração petrolífera; ia, neste sentido, para além da atividade monopolizada; a ausência dessa projeção, no regime da EC 9/95, é que o torna relativo em relação ao regime anterior;

Por maioria decidiu-se pela improcedência total da Ação Direta de Inconstitucionalidade, sendo voto vencido os Ministros Carlos Brito (Relator), Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

¹¹⁵ ADIN 3.273/DF, disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%203273.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%203273.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%203273.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%203273.ACMS.)&base=baseAcordaos), acessado em 8 de dezembro de 2008.

3. ANÁLISE JURÍDICA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 9 E SEUS REFLEXOS NO REGIME JURÍDICO DO PETRÓLEO E GÁS

3.1 A VALIDADE DA NORMA QUE FLEXIBILIZOU O MONOPÓLIO DO PETRÓLEO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Emenda Constitucional nº 9 permitiu a modificação do O § 1º do art. 177 da Constituição Federal alterando para “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.”, bem como inseriu o § 2º “ A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”. A Lei 9.478/95 regulamentou o artigo estabelecendo a previsão contida no parágrafo segundo.

A Lei Federal 9.478/95, portanto, cumpriu a previsão constitucional, alterada pela Emenda nº 9, posto que parte-se da Constituição Federal como norma superior, sendo fundamento de validade para a Lei Ordinária que regulamentou o parágrafo primeiro do art. 177 da Carta Magna.

Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito, estabeleceu que na ordem jurídica existem dois princípios: o princípio estático e o princípio dinâmico.¹¹⁶ O primeiro se preocupa com as normas de conduta ou normas primárias. Correspondem as normas relacionadas com a conduta dos membros da sociedade, enquanto que o sistema dinâmico está ligado às normas secundárias, que se referem à produção normativa, ao estabelecimento de competências.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5 ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2004 p. 217 a 221.

A validade da norma na sua obra *Teoria Pura do Direito* é “O fundamento de validade de uma ordem normativa: a norma fundamental” .¹¹⁷ Interessante observar que os positivistas, em geral, separam o fenômeno jurídico da moral, esses sendo a justiça e valores, e da política, quando aduzem que norma jurídica é a norma válida, que, por sua vez, é determinada como tal pelo próprio ordenamento.

Para Norberto Bobbio, “as normas estruturais são aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e procedimentos através dos quais emanam as norma de condutas válidas.”¹¹⁸

Kelsen ainda constrói o Direito como regras a serem impostas em determinado ordenamento jurídico, não tendo a necessidade de guardar qualquer relação com a realização da justiça, sendo o sistema positivista tido como algo perfeito e acabado.¹¹⁹

Indaga, o autor, que se o Direito é uma ordem normativa, porque uma norma determinada pertence a uma determinada ordem e conseqüentemente porque que o indivíduo deve conduzir da forma como determina a norma, questiona-se, portanto, o fundamento de validade da norma.

A resposta reside no fato de

Do fato de algo *ser* não pode seguir-se que algo *deve ser*; assim como do fato de algo *dever ser* se não pode seguir que algo *é*. O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior¹²⁰.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2004 p. 135

¹¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: Edit. EDUNB:, 2003, p 23.

¹¹⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998 1994, p. 72.

¹²⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2004 p. 135

A validade nesse contexto pretende com precisão definir os limites do direito em relação à moral e à política, de modo a conceber o Direito de forma independente dos juízos de valor realizados pelos usuários das normas e das vicissitudes do poder.¹²¹

A teoria kelseniana apud Elza Antonia¹²² excluiu do seu âmbito as significações jurídicas, eliminando os elementos que não poderiam ser derivados das normas jurídicas válidas.

Distingue-se nesse sentido, "valor" e "validade", posicionando o primeiro como pertencente à esfera política e o segundo à jurídica. Assim, o Direito, como ordenamento coativo, afirma que é um composto de normas e que a característica dessas normas não é de prescrever comportamentos, mas estabelecer um nexo entre o ilícito e a sanção.

Seguindo ainda o raciocínio de Kelsen, o âmbito valorativo da norma corresponde a seara das categorias metajurídicas da política do direito, e não da teoria do direito, de modo que o jurista que se preocupa com tais questões se vale de exercer uma função jurídico-política, indo de encontro a cientificidade do direito. A ciência jurídica não teria que aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas teria, apenas, que o conhecer e descrevê-lo.¹²³

A conduta humana só tem relevância jurídica quando serve de conteúdo de uma norma ou quando determina uma conduta. As proposições jurídicas, na definição de Kelsen,

são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas¹²⁴.

¹²¹ BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 28.

¹²² BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. *A política jurídica em Kelsen*. Revista Sequência, Florianópolis/SC, v. III, 1981, p. 35-38.

¹²³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.77.

¹²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2004 80.

Assim a proposição jurídica é o meio pelo qual o cientista do direito descreve tal realidade normativa.

A lei ordinária mencionada, pertence à ordem jurídica, já que essa norma foi criada em conformidade com a norma fundamental, a Constituição Federal.

Numa visão da lógica jurídica temos que a Lei 9.478/98 se enquadra na logicidade do sistema já que está em consonância com a Constituição Federal, lei maior.

Lourival Vilanova não aceita a dogmática que o direito é apenas enunciados. Para ele o Estado é um sistema de normas, em que a correlação com o objetivo não é reproduzir objetos, mas regular uma classe de objetos, qual seja a conduta. Os sistemas de proposições normativas levam a pretensão de ordenar ou regular a conduta humana.

A positividade, é que dá o caráter do poder influir na conduta, sem a positividade, se perde a validade, ou retém da validade apenas a propriedade lógica de estarem conforme às lei.

A proposição normativa que é constituída de hipótese ou descritor e de consequência ou prescritor é válida, antes da situação objetiva, fato natural ou fato humano da conduta confirmar o que ela delineou. Assim, a não ocorrência do fato correspondente à hipótese ou a inobservância do preceituado no dispositivo da norma jurídica não comprometem sua validade.¹²⁵

O Direito positivo se não é, tende a ser um sistema, pois não é um mero agregado de proposições normativas ou caótico feixe de normas. Ante sua própria finalidade, que é a de regular a conduta humana, o Direito sujeita-se às exigências da racionalidade, de que a lógica é a expressão mais depurada. As partes do sistema vão ser as proposições.¹²⁶

¹²⁵ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 84

¹²⁶ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 86
KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2004
81

Nesse sentido, onde há sistema há relações e elementos, os quais se articulam por meio de leis. Embora o legislador possa selecionar fatos para sobre eles incidir as hipóteses, o mesmo não se exime de sujeitar-se às relações meramente formais ou lógicas que determinam as relações de implicação entre hipóteses e conseqüências.

Assim, a lógica jurídica não afirma qual o conteúdo que preencherá a forma, pois ela é apenas a teoria formal do direito positivo, não lhe cabendo selecionar fatos sobre os quais a norma incidirá.¹²⁷

Não faz parte da lógica indicar qual proposição normativa é correta ou justa, para justificar o enquadramento do fato a um certo tipo normativo. O que a lógica faz é analisar formalmente e verificar os tipos de estruturas, sua validade correspondente, tendo por base relações puramente formais.

A norma é válida quando ela pertence ao sistema. Caso a norma jurídica não tenha relação com o sistema posto, ou seja, tenha seguido o procedimento formal determinado pela norma a mesma não terá validade.

Não podemos confundir a validade da norma jurídica com a existência da norma jurídica. Pois não é a sua existência que torna válido a norma, mas sua correlação com o sistema. A norma jurídica pode existir e se encontrar no sistema, sendo existente, todavia, inválida.

Uma norma jurídica não tem validade por causa de seu conteúdo, mas sua validade pode ser dada pela vida de um raciocínio lógico de forma que tudo que tiver relação com uma norma fundamental pressuposta é válida.

Interessante ainda lembrar que Kelsen¹²⁸ aduz existir uma norma que fundamenta a ordem do sistema, mas que não se encontra no sistema. A norma fundamental é aquela norma

¹²⁷ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005 p. 87

que é pressuposta, através do qual a Constituição surgiu. A função desta norma é fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva.

A validade, portanto, para os positivistas está vinculada a sua determinação ao próprio ordenamento jurídico, separando o direito da moral e da política.

A norma jurídica para Lourival se mantém sempre em uma relação de pertinência a um sistema. Destaca que do ponto de vista causal-genérico, as normas surgem dispersas, provindas de fatos sociais múltiplos, em função do equilíbrio dos fatores atuantes no interior das coletividades. Apenas em um estado avançado de diversidade cultural, é que se convergem para um centro de decisões, e dele, ao mesmo tempo, irradiam.

Com base no que foi desenvolvido resta claro que partindo do conceito de validade de Hans Kelsen e Lourival Vilanova, a Lei Federal 9.478/95 é válida no sistema constitucional brasileiro pelo fato da Constitucional nº 9 ter seguido todo um procedimento adequado e sido expedida pela autoridade competente, o que permitiu que a exploração de petróleo e gás pudesse ser realizada por empresas privadas.

3.2 A REGULAMENTAÇÃO DO ART. 177 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PELA LEI DO PETRÓLEO

A Lei Federal 9.478 de 1997 regulamentou o art. 177 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 9, revogou todo o conteúdo da Lei 2.004/53.

A aprovação da Lei do Petróleo estabeleceu direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural, no território brasileiro, mantendo-se o dispositivo constitucional das jazidas petrolíferas serem bens da União, cabendo a Agência Nacional do Petróleo a sua

¹²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2004 82

administração, através do sistema de contrato de concessão de áreas. Assim, o recurso natural do subsolo do território nacional tem como titular o Estado brasileiro, após a chegada a superfície a propriedade passar a ser de quem extraiu.

A Lei do Petróleo foi fruto de estratégias para desenvolver o setor, na gestão do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. A tendência neoliberal dominava o governo a época. A necessidade de preservar o interesse nacional, promoção da livre concorrência, ampliação de competitividade, atração de investimentos, diminuição da participação do estado no setor eram aspectos enaltecidos pela Lei do Petróleo.

A Lei Federal 9.478/1997 estabeleceu as atividades vinculadas à indústria do petróleo, destacando: a pesquisa e lavra; refino; importação; exportação e o transporte de petróleo, gás natural e derivados. A distribuição de gás canalizado é a exceção, uma vez que compete aos Estados Membros.¹²⁹

Assim a regulamentação do setor se ateve concessão das fases de exploração, desenvolvimento e produção do petróleo e gás natural.

Apesar da lei regulamentadora ser denominada lei do Petróleo, a mesma não trata apenas de hidrocarbonetos, apresenta também conteúdo sobre formulação de política energética nacional.¹³⁰

A criação do Conselho Nacional de Política Energética, vinculado à Presidência da República, adotou uma nova concepção diferente da estabelecida na criação do Conselho Nacional do Petróleo, pelo Decreto 395/1938¹³¹. Aquele tinha a função regulatória e fiscalizatória, enquanto que o atual Conselho Nacional de Política Energética é um órgão consultivo e opinativo,

¹²⁹ Constituição Federal de 1988, Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

¹³⁰ Preâmbulo da Lei 9.478/1997 Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

¹³¹ Disponível em: http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/decretos_leis/1938/declei%20395%20-%201938.xml#art29, acessado em 4 março de 2009.

que deve propor políticas energéticas ao Presidente da República, sendo discricionário a esse o cumprimento.

Outro ponto destacado na lei foi a titularidade e o monopólio do petróleo e gás natural. O detentor do monopólio continua sendo a União, restando aos particulares apenas o direito a sua exploração de acordo com a legislação¹³².

A Constituição Federal em seu art. 20, IX, estabelece que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, portanto, tratam-se de bens nacionais, não havendo como a legislação infraconstitucional ir de encontro ao previsão magna. Diante disso, permite-se a iniciativa privada o desempenho da atividade da indústria do petróleo, não infringindo a soberania nacional, uma vez que atende-se o ordenamento interno.

A criação da Agência Nacional do Petróleo, também se destaca dentre as inovações no setor, vez que em detrimento do afastamento do Estado de suas atividades, faz-se necessário a criação de um órgão com atribuições de regular, contratar e fiscalizar os serviços públicos e atividades econômicas.¹³³

Assim, a abertura à iniciativa privada através do modelo de concessão ou autorização enseja o desempenho da atividade por conta e risco exclusivo do agente, para isso se fez necessário a atuação do Estado na função regulatória e fiscalizatória – Agência Nacional do Petróleo, garantindo assim, a finalidade da abertura atividade econômica, qual seja, desenvolvimento econômico e nacional.

A lei enumera uma série de atribuições da Agência Nacional do Petróleo, ocorrendo desde a promoção, regulação e fiscalização dos certames licitatórios para outorga dos contratos de

¹³² Não há contrariedade ao dispositivo constitucional quanto ao monopólio do petróleo, art. 20 Constituição Federal.

¹³³ Art. 7º Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9478.htm>, acessado em 4 de março de 2009.

concessão, passando pela realização de estudos e pesquisas para fins de tomada de decisão por parte do Poder Público.¹³⁴

A articulação da Agência Nacional do Petróleo juntamente com o CADE tem a finalidade de evitar a concentração econômica, resguardando mercado e os consumidores¹³⁵. A ANP visa assegurar a predominância do interesse público, as necessidades dos usuários dos serviços e segurança inconstitucional e contratual para os agentes econômicos.

A lei estabeleceu normas específicas para as atividades que estavam andamento e levando em consideração que o monopólio da produção e exploração tinha como operadora única a Petrobras estabeleceu-se uma regra de transição para fim de garantir direito adquirido.

Estabeleceu-se que inicialmente a Petrobras, teria um prazo de três meses para repassar todo seu programa de exploração, desenvolvimento e produção, para a Agência Nacional do Petróleo, entidade representante do poder concedente, vez que a Petrobras, por ser titular, não detinha nenhum tipo de contratação com o poder público.

A mesma manteve o direito de exploração e produção sobre as áreas de sua ocupação, a qual possuíam exploração até o início da vigência da lei do petróleo, garantia-se o ganho das áreas decorrente dos investimentos realizados.

Os novos contratos foram estabelecidos pelo procedimento licitatório, sob regime de contratação de concessão, regido pelos princípios constitucionais e administrativos. O Edital da licitação como lei entre a disputa pelos blocos geológicos.

Contrato de concessão corresponde fielmente ao previsto no edital, fazendo-se necessário a presença de cláusulas essenciais para garantia da cessão das reservas, vez que a defesa do interesse público deve-se prevalecer, seja para consignar uma vantagem ou uma restrição.¹³⁶

¹³⁴ COSTA, Maria D'Assunção. *Comentários a lei do petróleo*. 2ª Ed, São Paulo: Atlas, 2009, pg.149.

¹³⁵ Art. 10 “Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente”.

¹³⁶ SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1997, p.197.

A lei também prevê a forma de arrecadação do Estado diante da exploração dos bens públicos, são as participações governamentais. Essas participações correspondem a compensações financeiras pelo uso, no presente caso, das atividades petrolíferas, são elas: o bônus de assinatura, os *royalties*, as participações especiais e o pagamento de ocupação de área.¹³⁷

As compensações financeiras possuem natureza contratual, sendo uma obrigação legal exigida pelo poder público devidos pelo concessionários do direito de exploração e produção do petróleo e gás. A finalidade dos tipos de compensações é a divisão das rendas petrolíferas com toda a coletividade.¹³⁸

O Bônus de assinatura refere-se ao pagamento ofertado para obtenção da concessão pelo vencedor da licitação, no ato da assinatura do contrato. Os *royalties* são pagamento mensais no valor de dez por cento sobre a produção, correspondem a obrigações flexíveis, previsto no contrato, exigido a partir da produção. As participações especiais é um pagamento calculado sobre a receita bruta da produção excepcional, definida no contrato. E o pagamento sobre a ocupação ou retenção de área corresponde a mais uma obrigação financeira do concessionário, anual, calculado por quilômetro quadrado ocupado.¹³⁹

A Emenda Constitucional nº 9 permitiu a contratação de empresas privada pelo poder público para explorar e produzir a atividade petrolífera. Com isso a Petrobras perdeu o papel de operadora única introduzido pela Lei 2.004 de 1953, introduzindo a Lei do Petróleo de 1997 significativas alterações quanto ao funcionamento da Petrobras.

Ressalva-se que diante de um ambiente concorrencial a competição necessariamente deve existir como agente estimulador de ganhos para ambas partes contratadas. A atuação da Petrobras como agente privado, permitiu mudanças no quadro de funcionamento, iniciando pelos objetivos da empresa, que passou a ser uma empresa energética e não somente de

¹³⁷ Art. 45 da Lei 9.478/1997.

¹³⁸ COSTA, Maria D'Assunção. *Comentários a lei do petróleo*. 2ª Ed, São Paulo: Atlas, 2009, p. 238.

¹³⁹ COSTA, Maria D'Assunção. *Comentários a lei do petróleo*. 2ª Ed, São Paulo: Atlas, 2009, pg 237- 257.

petróleo e gás. Definiu-se a expansão internacional, bem como a controle acionário do governo, vez que a mesma foi criada por lei como sociedade de econômica mista.

A autorização para constituir consórcio foi o que fortaleceu a empresa nos últimos anos, posto que visando uma eficiência empresarial, a otimização de tecnologia e conhecimentos, agregado a recursos financeiros resultou em benefícios para os acionistas e para a União. Corroborar Helly Lopes quanto a instituto do consórcio, vejamos:

Não é, portanto, uma pessoa jurídica, mas uma simples reunião operativa de firmas, contratualmente comprometidas a colaborar no empreendimento para o qual se consorciaram, mas mantendo cada qual sua personalidade própria, sob liderança de uma delas.¹⁴⁰

Assim, com o advento da Emenda Constitucional nº 9 e a regulamentação do art. 177, através da Lei Federal 9.478/97, o Estado, em virtude da possibilidade de contratar com empresas privadas a exploração e produção da atividade petrolífera, alterou e/ou reduziu a intervenção na econômica em face da iniciativa privada. O Estado cumpriu a função constitucional de criação de políticas econômicas, além da regulação e fiscalização, permitindo o desenvolvimento da ordem econômica. Trata-se de gestão “fomentadora de políticas e uma função ordenadora”.¹⁴¹

3.3 OS MODELOS DOS CONTRATOS NA INDÚSTRIA DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO

3.3.1 Os Contratos de Exploração de Petróleo e Gás ao longo das Constituições brasileiras

¹⁴⁰ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20 ed, São Paulo: Malheiros, 1995 p. 286.

¹⁴¹ MENEZELLO, M. *Comentários a Lei do Petróleo: lei Federal nº 9.478/1997*. São Paulo: Atlas, 2000 p 49.

A história do petróleo no Brasil tem vestígios desde 1824, quando foram realizados as primeiras buscas pelo mineral na região da Bahia. Somente com a Constituição da Republica de 1891, foi que se definiu o regime jurídico as reservas do subsolo, como sendo de propriedade plena do Proprietário, conforme determinava o § 17, art. 72 daquela Constituição. Tratava-se de um titulo de propriedade acessória, segundo os moldes da legislação americana.¹⁴²

A busca por petróleo no Brasil realizou-se desde o início por profissionais estrangeiros, sem nenhuma regulamentação específica sobre o setor. Em 1933 foi criado o Departamento Nacional de Proteção Mineral, todavia sem qualquer legislação específica que regulasse o assunto. Defini-se como sendo a fase da livre iniciativa.¹⁴³

A Constituição de 1934, após a crise, trouxe alterações quando modificou o regime de exploração de recursos do subsolo adotando o regime de concessão ou autorização distinguindo a propriedade do solo e do subsolo. Essa distinção foi influenciada pelos movimentos nacionalista de outros países que evidenciaram o potencial de riquezas do subsolo como reservas minerais, água, entre outros.

A especulação política e socioeconômica na busca por reservas petrolíferas, ensejou o governo a tomar frente na implementação dessas políticas minerais. A permanência do modelo de concessão contribuiu para o controle governamental sobre a outorga de exploração das jazidas.¹⁴⁴

É com o Decreto Lei de 395/38 que se estabeleceu a primeira legislação regulamentadora da indústria do Petróleo. O petróleo foi declarado como sendo de utilidade publica, além de regular a importação, exportação, transporte, distribuição e comércio de

¹⁴² MARINHO JR., Ilmar Penna. *Petróleo: Política e Poder*. Rio de janeiro: José Olympio, 1989, p.216.

¹⁴³ BUCHEB, José Alberto. *Direito do petróleo: a regulação das atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2007, p. 1-2.

¹⁴⁴ COSTA. Maria D'Assunção. *Comentários a lei do Petróleo, Lei Federal 1948 de 6-9-1997*. Editora Atlas, 2ª edição, 2009. P. 29-30.

petróleo bruto e seus derivados.¹⁴⁵ O governo permaneceu como administrador e fiscalizador, permitindo que a iniciativa privada nacional praticasse a atividade, desde que enquadrada nos requisitos de autorização, o que estimulou a busca e incumbiu na descoberta em 1939 de reservas petrolíferas na cidade de Lobato na Bahia.

A Constituição de 1937 proibiu que estrangeiros realizassem a prática de atividade de pesquisa e exploração de petróleo, pelo regime de concessão, então existente.

O sentimento nacionalista enfatizou ainda mais a declaração das reservas como monopólio da União com o Decreto 3.236 de 1941. Todavia, havia necessidade de investimentos no setor. A Constituição de 1946, possibilitou aos estrangeiros a prática da pesquisa e exploração desde que a empresa fosse organizada de acordo com a lei nacional, o que se perpetua até os dias de hoje com a Lei do Petróleo.

Em 1953 a Lei Federal 2.004 criou a Petrobras com sociedade por ações anônima e definiu as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo. O regime monopolista perdurou de 1953 a 1995, quando a Emenda Constitucional nº 9 permitiu a flexibilização do monopólio.

Em 1976 adotou-se como modelo de exploração de petróleo os contratos de prestação de serviços, com cláusula de risco, através de um pronunciamento do Presidente da República Ernest Geisel, sem qualquer legalidade formal.

A Constituição de 1988, com relação ao petróleo inovou somente quando se retirou do ordenamento jurídico brasileiro a celebração de novos contratos de risco, permanecendo o monopólio da União.

A Emenda Constitucional nº 9 alterou a previsão constitucional de 1988, determinando que a Constituição Federal em seu art. 20, IX, continua estabelecendo que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União. O art. 176 passa a garantir ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração. Portanto, as atividades

¹⁴⁵ Disponível em: http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/decretos_leis/1938/declei%20395%20-%201938.xml#art29, acessado 04 de outubro 2009.

previstas no art. 176, bem como as contratações de empresas estatais ou privadas, nos termos do disposto no § 1º do art. 177 da Constituição, possibilitam a participação da iniciativa privada na exploração do petróleo, por sua conta e risco, sem causar prejuízos a União, que não dispensará recursos públicos. Permite-se, pois, à União transferir ao seu contratado os riscos e resultados da atividade, observadas as normais legais.

A Emenda Constitucional foi regulamentada pela Lei Federal 9.478/97 – Lei do Petróleo, estabeleceu como regime de contrato os contratos de concessão, o qual se atém apenas a exploração, desenvolvimento e produção do petróleo e gás natural, já que o direito exploratório do subsolo é da União. Trata-se de um dos instrumentos mais utilizados na exploração de petróleo e gás no mundo, tendo em vista que esse modelo atende aos países não possuem grandes reservas de jazidas, o que enseja em eximir-se dos riscos. Ressalva-se o altíssimo risco exploratório das bacias sedimentares brasileiras.

A Constituição Federal não especifica qual modelo de contrato de exploração de petróleo e seus derivados a ser adotado, cabendo modificação quanto ao contrato desde que precedido de legislação votada pelo Congresso Nacional, procedimento este que já se encontra tramitando, através dos projetos de lei sobre as áreas do pré-sal.

O histórico brasileiro de modelo de contrato de exploração de petróleo e seus derivados se manteve nos contratos de concessão. Todavia, as novas fronteiras petrolíferas denominada pré-sal suscita um novo modelo contratual de exploração, que se adéqüe maiores ganhos para a sociedade e maior controle pela União, inovando assim o ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.2 O Contrato de concessão e a Lei do Petróleo

A adoção do Modelo de Concessão pela Lei Federal 9.478/97 foi decorrente da flexibilização do monopólio sobre a pesquisa e exploração a iniciativa privada. O Estado

brasileiro adotou como já contextualizado uma política de atração de investimentos para o setor.

Os contratos de concessão surgiram não nos moldes utilizados atualmente pela maioria dos países produtores. O contrato de concessão teve início no século XIX, primeiro nos Estados Unidos. As mudanças ocasionadas nesse tipo de contrato decorreram de várias motivações históricas, além de necessidade de segurança jurídica, econômica para os países produtores.¹⁴⁶

Assim, esses contratos possuíam um caráter privado, sem incentivos, falta de gerência por parte do Estado e arrecadação da atividade cedida não era compatível com o preço de mercado do produto, o que representava desvantagem, principalmente para o Estado, que não incentivava a indústria de pesquisa e exploração de um bem estratégico.

A partir de 1950, após o modelo de contrato ter sido adotado no oriente médio, buscou-se adaptações do regime. Uma nova ordem nas relações contratuais se estabeleceu, já que instituíram mudanças jurídicas do tipo: prazos para exploração, extensão de áreas, participação no lucro da atividade através dos *royalties*. Essas alterações do molde original dos contratos de concessão para a indústria do petróleo e gás contribuiu para novos surgimento de novos regimes de contrato de exploração são eles: Contrato de Produção e Partilha, Contrato de Serviços e Contratos de Associativos (*Joint ventures*).¹⁴⁷

A necessidade de se resguardar direitos sobre as lavras repercutiu o novo cenário dos regimes de contratos, primeiro em virtude do modelo de concessão ser o único que necessariamente transfere a titularidade do produto para terceiros, sendo que nos moldes originários o Estado não obtinha as vantagens desejadas. Para permitir a continuidade do

¹⁴⁶ RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. 1ª Edição, 2009 pg 2. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado em 05 de março de 2010.

¹⁴⁷ RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. 1ª Edição, 2009 pg 21 . Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado em 5 de março de 2010.

modelo nessa atividade econômica, regras foram impostas no sentido de incentivar o setor e captar riquezas provenientes da exploração. Fez-se necessário: “(i) áreas de concessão menores e prazos e fases contratuais bem definidos e com lapso temporal mais reduzido; (ii) poder de intervenção do Estado concedente, via fiscalização e aplicação de penalidades, inclusive o de revogar a concessão; (iii) prazos para investimento de programas exploratórios; (iv) apresentação de plano de desenvolvimento e devolução de áreas não utilizadas; (v) conteúdo local mínimo, gerando obrigação de contratar empresas nacionais de serviços ou de equipamentos; e (vi) obrigação de gerar empregos para os nacionais e de investir em formação profissional.”.¹⁴⁸ Além do aumento da arrecadação tributária.

Encontra-se explícito nas mudanças jurídicas impostas ao modelo de contrato de concessão a presença da soberania nacional em face dos recursos petrolíferos. Recursos esses motivador de grandes disputas internacionais até a atualidade.

O sentimento nacionalista da titularidade do Estado sobre as reservas petrolíferas é visível mundialmente, a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, 1974, da ONU, aduz em seu art. 2º que cada Estado possui e exerce de forma livre a soberania total e permanente sobre suas riquezas, incluindo-se os recursos naturais e atividades econômicas.¹⁴⁹

No Brasil o contrato de concessão na indústria do petróleo e gás sempre foi o instrumento pelo qual a iniciativa privada adquiriu o direito exclusivo de explorar e explorar petróleo e gás, por sua conta e risco.

¹⁴⁸ RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GAS NATURAL. 1ª Edição, 2009 pg 22. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado em 5 de março 2010.

¹⁴⁹ Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, 1974, da ONU, aduz em seu art. 2º “cada Estado detém e exerce livremente uma soberania completa e permanente sobre as suas riquezas, recursos naturais e atividades econômicas, que compreende o poder e o direito de delas se utilizar e dispor.”. ONU. Carta dos direitos e Deveres Econômicos Dos Estados. Assembléia Geral da ONU. 2.229 Reunião do Plenário. 1974

Os contratos de concessão sempre estiveram presentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas somente na Constituição de 1988, foi que se enquadraram como regimes de prestação de serviço, incluindo-se as permissões.¹⁵⁰

A doutrina considera o contrato de concessão um contrato administrativo, no qual a Administração Pública confere ao particular a execução remunerada pela prestação de serviço¹⁵¹, ou confere temporariamente ao particular que execute serviço por sua conta e risco, mas no interesse geral.¹⁵² O contrato de concessão na indústria do petróleo se respalda nessa última.

O interesse geral da atividade repercute na discussão doutrinária sobre atividade econômica ou serviço público. Para Quevedo Vegas e Alcalá zamora

concessão administrativa é um ato oficial ou de soberania dirigido à constituição de um direito real sobre coisas de domínio público, envolvendo a transmissão parcial de tal domínio público, que, uma vez criada, vem a ser uma exploração limitada em todos os casos pelo mesmo domínio público.¹⁵³

Os autores entendem que, para a indústria de exploração de petróleo, a concessão para exploração de hidrocarbonetos tem caráter transitório quanto ao direito real, já que somente passa a ser permanente “a fase de produção das reservas naturais, surgindo então o caráter bilateral gerador de tal direito real”.¹⁵⁴

Henry Cattán visualiza similitudes entre a concessão de serviço público e a concessão da pesquisa e exploração de hidrocarbonetos, em virtude da titularidade do bem ser do poder público. Todavia, o objeto, o regime jurídico dos bens distingue as concessões, pois

¹⁵⁰ RIBEIRO, Maria Rosado d Sá. *Direito do petróleo- As joint ventures na indústria no petróleo*. 2ª. Ed, Edit. Renovar: Rio de Janeiro, 2003 p. 337

¹⁵¹ PIETRO, Maria Silvia de. *Direito Administrativo*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 1995, p 237.

¹⁵² CAETANO, Marcelo. *Manual de direito administrativo*. Apud CRETELA JUNIOR, Jose. *Tratado de Direito Administrativo: contratos administrativos*. V.3, Rio de Janeiro: Edit. Forense, 1996.

¹⁵³ BARBOSA, Alfredo Ruy. *A Natureza Jurídica da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural*, pp. 6-10. In VALOIS, Paulo. *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. 110

¹⁵⁴ BARBOSA, Alfredo Ruy. *A Natureza Jurídica da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural*, pp. 6-10. In VALOIS, Paulo. *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. 110

no primeiro o concessionário age em nome do próprio poder público, arrecadando taxas previstas aos usuários dos serviços. Nas concessões da indústria do petróleo não há esse recolhimento, o concessionário tem o direito de produzir e comercializar um produto de sua titularidade, com retorno para o poder público através de compensações financeiras¹⁵⁵. Para o autor

É um ato *sui generis*, o qual não pode ser classificado em nenhuma outra categoria. É um ato que possui características da natureza de um ato unilateral, uma vez que depende da autorização estatal e ao mesmo tempo possui características de um contrato privado, de modo que necessita de um acordo de vontade entre o Estado hospedeiro e o concessionário.¹⁵⁶

Assim, no contrato de concessão de hidrocarbonetos o detentor da concessão tem direitos exclusivos sobre a área concessionária durante o período estipulado em contrato, cabe a recuperação dos custos e lucros ao detentor, devendo pagar aos Estados as obrigações e os impostos.

A natureza jurídica dos contratos de concessão é bastante divergente no cenário doutrinário, se direito privado ou público. Privado, em virtude de disciplinar uma atividade econômica na qual as partes possuem autonomia da vontade, boa-fé, consensualismo. Público decorrente da obediência aos ditames legais que estabelecem a licitação.

Assim, a autonomia da vontade limitada a legislação que atende sempre o interesse público, encontra-se vinculada ao exercício de atividade pública.¹⁵⁷

Todavia, isso não justifica o enquadramento da sua natureza jurídica como de direito público. Os contratos que regem a indústria do petróleo sempre foram pautados no princípio a função social do contrato. A Constituição de 1988 já introduziu em seu art. 170 a função

¹⁵⁵ CATTAN, Henry. *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*. New York, Dobbs Ferry, 1967, pp. 76-78.

¹⁵⁶ SMITH, Ernest E.; DZIENKOWSKI, John S.; OWEN, Anderson L.; CONINE, Gary B.; LOWE, John S.; KRAMER, Breuce M. *International Petroleum Transactions*. Second Edition, Denver, Colorado, Rocky Mountain Mineral Foundation, 2000, pp. 428 e 429.

¹⁵⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Edit. Saraiva, 1981 p.40-45.

social da propriedade, princípio esse que foi alcançado pelos contratos em gerais com o advento do novo Código Civil.

Então os contratos de concessão alcançarão sua eficácia se permitirem sua função social através de benefícios a sociedade.¹⁵⁸ A segurança jurídica permite que algumas questões possam ser negociadas, todavia não impede que outras questões sejam decididas pelo Poder Público quando de interesse público. Salienta-se que a própria Lei do Petróleo estabelecem princípios que regem a administração pública e que garantem segurança jurídica os contratantes.

O cenário idealizado para adoção do modelo de concessão diverge do que atualmente denomina-se pré-sal. O Poder Público prima pelo benefício dos recursos decorrentes dessas jazidas para a nação, que vale salientar é a longo prazo e para isso discute-se a adoção de um novo modelo de contrato para essas reservas petrolíferas.

3.3.3 O Contrato de Produção e Partilha e as novas reservas petrolíferas

A indústria do petróleo e gás permite a existência de vários tipos de contratos que regulam a atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural. A escolha dentre o modelo de contrato que melhor atende as necessidades do país, depende de alguns critérios como a soberania nacional sobre os recursos do subsolo, a necessidade energética de consumo do país, a tecnologia disponibilizada pelo ente estatal, recursos para investimentos disponibilizados pelo ente estatal, a qualificação de mão de obra nacional e potencial petrolífero.

¹⁵⁸ SALOMÃO, Calixto Filho. *Função social do contrato: primeiras anotações*. Revista dos tribunais, ano 93, maio 2004, v 823 p. 66-86.

Diante desses critérios o ente estatal passa a estabelecer uma legislação que permite o acesso a reserva e produção, a estabilidade contratual e o grau de atração de investimento da iniciativa privada ou não através das cláusulas contratuais.

No Brasil, assim como em outros países não existe qualquer vedação quanto a possibilidade de existência de mais de um tipo de contrato de exploração de petróleo e gás no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando sempre o ato jurídico perfeito.¹⁵⁹

A tentativa através do projeto de lei, que tramita no Congresso Nacional, de se estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro o contrato de produção e partilha para área denominada pré-sal está pautada sob o argumento de elevado potencial petrolífero e conhecimento tecnológico de exploração e produção.

O Contrato de partilha e produção conhecido pela terminação inglesa como *production sharing agreement* (PSA) ou *production sharing contract* (PSC) caracterizam-se pelo financiamento pela iniciativa privada em relação aos custos de exploração, delimitação, operação e outros investimentos; o resultado da venda de produção de petróleo é dividido para recuperação dos custos incorridos pela companhia (*Cost oil*) e petróleo destinado ao lucro para as empresas e governo (*Profit oil*); nem todos os custos são reembolsados como bônus de assinatura e as contribuições sócias, esses pagos ao governo pelo ente privado.¹⁶⁰

Interessante observar, que se trata de um modelo de contrato em que o potencial das reservas é o único critério de atração de investimento em virtude da companhia dividir o lucro.

O contrato de produção e partilha como o próprio nome já diz estabelece a partilha da produção entre o governo e a companhia, nos moldes informados nos parágrafos anteriores. Trata-se de um modelo utilizado inexperientemente pela primeira vez na Bolívia

¹⁵⁹ Constituição Federal de 1988, art. 5 XXXVI.

¹⁶⁰ GOMES, Jorge Salgado; ALVES, Fernando Barata. *O universo da indústria petrolífera da pesquisa a refinação*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p 539-542.

no início da década de 50. Mas somente na década de 60 na Indonésia que sua aplicação bem sucedida ganhou notoriedade¹⁶¹.

Nesse regime o Estado detentor de reservas concede as companhias o direito de realizarem a atividade de exploração e produção em uma área e profundidade definida durante um período estabelecido e de acordo com as cláusulas contratuais. Esse modelo de contrato resultou de mudança do regime de contrato de concessão, vez que havia necessidade de adequação de vantagens que estavam deixando de ser obtidas pelo Estado diante de uma exploração de um bem estratégico.

Trata de um modelo de contrato em que se reconhece unanimemente o propriedade do hidrocarboneto ao Estado, sendo intransferível. Ressalta-se a participação direta do poder público nesse tipo de atividade econômica.¹⁶²

A presença estratégica dos hidrocarbonetos e a força econômica desencadeada pela atividade de exploração e produção de petróleo e gás são causas motivadoras para garantir ao poder público a propriedade desses bens, implícito está nacionalismo vivo, além de controle estatal sobre essa atividade.

O ideal nesse modelo de contrato para o ente estatal é a distribuição dos lucros, já que essa distribuição permite que o Estado arrecade, sem risco de investimento. Já a companhia passa a assumir o risco de não recuperação de investimento de prospecção e exploração, todavia no caso de sucesso são reembolsadas dos custos de investimentos somando-se aos lucros de distribuição. Para as companhias o retorno ocorre a longo prazo, enquanto para o governo ocorre a médio prazo.

¹⁶¹ RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GAS NATURAL. 1ª Edição, 2009 pg 234. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado em 4 de março de 2010.

¹⁶² A China, por exemplo, pode participar ativamente nas atividades de E&P, basta a vontade de se tornar o operador em campos que já tenham iniciado a produção ou qualquer descoberta de reserva. A mencionada opção só pode ser executada após todos os custos incorridos no desenvolvimento do campo serem recuperados pelo "cost oil". RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GAS NATURAL. 1ª Edição, 2009 pg 235. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado em 4 de maio de 2010.

Adoção de regime de produção e partilha pode sofrer alterações em cada Estado, sendo suas características básicas:

(i) a OC é apontada pelo Estado hospedeiro (ou pela NOC) como contratada em determinada região e por determinado tempo; (ii) a OC operará sob suas expensas e risco, sob supervisão do Estado hospedeiro; (iii) a OC deverá fornecer todo o material, equipamento e pessoal necessário à condução das operações; (iv) a produção, existindo, pertencerá ao Estado hospedeiro; (v) a OC terá direito de recuperar seus investimentos a partir da produção da área contratualmente estipulada; (vi) após a recuperação dos custos, o restante da produção será partilhado entre a OC e o Estado hospedeiro em proporções previamente estabelecidas no PSC; (vii) as receitas da OC estão sujeitas a taxação e (viii) a propriedade dos equipamentos e das instalações é transferida ao Estado hospedeiro ao final do contrato ou progressivamente, de acordo com o cronograma de amortizações.¹⁶³

Com relação aos recursos financeiros advindos dessa atividade para o Poder Público os *royalties* não se fazem necessários, existindo outras formas de arrecadação como compensações financeiras seriam elas a incidência de imposto de renda devido pelos contratantes sobre a parcela de cada um na produção, sendo certo que o valor do imposto devido pode ser pago por meio do aumento da parcela de participação governamental na produção, por exemplo.¹⁶⁴

Assim, as participações governamentais podem ser determinadas conforme necessidades quanto a rentabilidade, proveito dos recursos, quantidade de produção, cotação do petróleo no mercado internacional, entre outros.

Na Angola, não há previsão expressa dos *royalties*, mas existe um sistema de tributação específica para as atividades petrolíferas, com a incidência fixada de 50% (cinquenta por cento) sobre imposto de renda. A indonésia, também possui uma forma de

¹⁶³ RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GAS NATURAL. 1ª Edição, 2009 pg 237. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado 4 de maio de 2010.

¹⁶⁴ SUNLEY, E. M., BAUNSGAARD, T. e SIMARD, D.; *Revenue from the Oil and Gas Sector: Issues and Country Experience; Fiscal Policy Formulation and Implementation in Oil-Producing Countries*. Ed. Jeffrey M. Davis, Rolando Ossoski e Annalisa Fedelino Washington: Fundo Monetário Internacional. 2003, pp. 153-183. RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GAS NATURAL. 1ª Edição, 2009 pg 239. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado em 4 de março de 2010.

compensação financeira é a denominada o *First Tranch Petroleum* (FTP), seria uma espécie de porcentagem por produção anual, variando essa porcentagem de acordos com a relação campo e províncias.¹⁶⁵

Trata-se de uma modelo de adequação entre as necessidades do Estado e da iniciativa privada, resguardando ao primeiro a sua soberania, de forma que não há que se mencionar insegurança jurídica para esse tipo de regime de contratação.

Ressalva-se ainda que apesar de no regime de partilha e produção a propriedade da lavra não ser transferida para as empresas contratantes, as mesmas podem contabilizar suas reservas através de demonstrações financeiras. Uma vez que o valor de mercado das empresas contratantes no mercado de valores este diretamente ligado as reservas petrolíferas exploradas, sendo um forte fator de atração de investimento.¹⁶⁶

A indústria do petróleo e gás diante da descoberta do pré-sal fez com que o governo brasileiro reavaliasse o regime de contrato de exploração e petróleo a ser aplicado. O que enseja na possibilidade jurídica de existência de um outro tipo de contrato para regular as novas reservas.

A adoção de outro modelo de contrato de exploração é um dos pontos do novo marco regulatório, o que gera bastante discussão quanto a existência de dois marcos regulatórios distintos para regulação de exploração e produção de petróleo e gás.

Todavia, é perfeitamente comum em outros países, que possuem zonas de blocos com risco exploratório diferenciado, a adoção de modelos de contratos de exploração de acordo com as condições diferenciadas.

¹⁶⁵ O FTP consiste em incentivos para desenvolver bacias em áreas fronteiriças (províncias orientais), marginais e de águas profundas. International Business Publications; INDONESIA Oil & Gas Exploration Laws and Regulations Handbook, pg. 177, Volume I; 5a Edição, 2008, pg 311. RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GAS NATURAL. 1ª Edição, 2009 pg 239. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado em 4 de março de 2010.

¹⁶⁶ BINDEMANN, Kirsten; Production Sharing Agreement: An Economic Analysis; publicado por “Oxford Institute of Energy Studies, 1999; p. 10 apud RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GAS NATURAL. 1ª Edição, 2009 pg 236. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado em 4 de março de 2010.

Para que os modelos, com potenciais petrolíferos diferenciados, fluam sem interferência um no outro se deve prezar pela vigência dos contratos anteriores, a legislação deve está perfeitamente em consonância com a Constituição Federal, bem como as condições econômicas do país concessionário deve permitir segurança dos contratados.

3.4 A CRIAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO E SUA FUNÇÃO REGULATÓRIA

3.4.4 Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP

A regulação da atividade econômica voltada para exploração e produção de petróleo ocorreu após a flexibilização do monopólio estatal, Emenda n ° 9 de 1995, quando o Estado passou a não mais participar diretamente da atividade econômica como único agente produtor, atendo-se a exercer o papel de ente fiscalizador e regulador.

As agências reguladoras surgem como efetivo controle de mercado. O Estado deve levantar mecanismos para que o direito se molde as transformações de diferentes setores da economia.

Gunther Teubneraduz que:

A solução para qualquer problema relativo à adequação social do direito num determinado domínio ou área de regulação deve consistir em tornar o aparelho “mais inteligente”; ou seja, o sistema jurídico deve aumentar os seus conhecimentos sobre os processos, funções e estruturas reais do subsistema social regulado e moldar as respectivas normas de acordo com os modelos científicos do sistemas envolventes¹⁶⁷.

¹⁶⁷ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*, apud ARAGÃO, Alexandre Santos. *Agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria do ordenamento setorial*. Revista Eletrônica Direito Administrativo do Estado numero 10 maio/junh/jul 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-ALEXANDRE%20ARAG%C3%83O.pdf>, acessado em 4 de março de 2009.

A Lei do Petróleo 9.748/97, que regulamentou a Emenda Constitucional, criou a Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP), para exercer justamente a função de órgão executor direto do monopólio do bem da União, através de contratação, regulação e fiscalização das atividades econômicas que integram o monopólio do petróleo e gás, representando o Poder Público no exercício do seu monopólio.¹⁶⁸

Como já aduzido trata-se de uma autarquia especial, com personalidade jurídica de direito público, integrante da Administração Pública Federal Indireta subordinada ao Ministério de Minas e Energia.¹⁶⁹

A Agência Nacional do Petróleo possui autonomia administrativa, financeira e patrimonial o que lhe permite exercer sua função de forma autônoma, a mesma pugna por decisões técnicas e afastando as oscilações políticas, que podem causar insegurança para o setor petrolífero.

A função normativa da agência faz parte do seu processo de regulação. Sem essa função seria impossível o Estado exercer a função reguladora, pois passaria a ser mero fiscalizador sem qualquer inferência na concretização de mecanismos para moldar o sistema jurídico e a realidade.

O órgão regulador teve atribuições definidas no sentido de preservar a competição da atividade de exploração e produção de petróleo com fins a permitir o bem estar da sociedade.

A Lei Federal nº 9.478/97 instituiu para a agência reguladora um regime de colegiado para a composição da sua diretoria, onde os membros são nomeados pelo Presidente da República após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, com cumprimento de mandato de quatro anos, não coincidentes, permitida recondução.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Art. 8º da Lei Federal 9.748/97.

¹⁶⁹ Art. 7º da Lei Federal 9.748/97.

¹⁷⁰ Art. 11, parágrafo terceiro da Lei Federal 9.478/97 .

A atuação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis se opera de forma técnica, sem nenhuma influência política, nem dos dirigentes, que devem tomar decisões se preciso até contrário ao interesse do governo, sem nenhum prejuízo quanto a suas funções. Os critérios legais e técnicos é o que define a atividade da ANP.

As atribuições da agência atinge a esfera da regulação e fiscalização, como já informado acima, em todas as etapas da indústria do petróleo e gás, com exceção dos serviços de distribuição de gás canalizado, já que se trata de competência constitucional dos estados da federação, atendo-se apenas a concessão e outorga para exploração e produção de gás natural.¹⁷¹

A Agência Nacional de Petróleo é a responsável pela elaboração de editais para a realização dos leilões de blocos das bacias sedimentares brasileiras, ensejando os contratos de concessões ao concessionário vencedor.

A realização dos primeiros contratos de concessão ocorreram com a Petrobras em 1998, quando a União concedeu cento e quinze blocos a empresa estatal através de assinatura de trezentos e noventa e sete contratos, com a previsão de início de exploração de até três anos, sob pena de devolução.

A flexibilização do monopólio ensejou no crescimento da Petrobras que conseguiu predominar no setor tendo em vista seu conhecimento geológico, sistêmico, além do desenvolvimento tecnológico em águas profundas.

A expansão do conhecimento científico, também é competências da agência reguladora, que busca por meio de programa de recursos humanos, com parceria com o Ministério de Minas e Energia, incentivar pesquisas e qualificar mão de obra especializada para o setor.

¹⁷¹ Ver Constituição Federal art. 25, § 2º.

Assim, a criação da Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis foi um avanço no sentido de que o Brasil não possuía uma administração pública voltada para matéria de regulação e protecionismo. Correspondeu a uma consolidação do ente estatal como regulador, prevalecendo em meio às relações privadas, o interesse público, a fim de se obter o maior proveito possível desses recursos não renováveis.

A concessão de atividades de monopólio da União para a terceiro, requer uma reestruturação na posição assumida pelo o Estado que passa a ser fiscalizadora.

O tema regulação é hoje de muita importância para o direito econômico, administrativo e constitucional, pois traz reflexos diretos sobre a economia nacional, em relação aos setores que são regulados.

4 OS DESAFIOS JURÍDICOS PARA REGULAMENTAÇÃO DAS NOVAS FRONTEIRAS PETROLÍFERAS: PRÉ-SAL

4.1 A MUDANÇA DO CENÁRIO PETROLÍFERO BRASILEIRO COM A DESCOBERTA DO PRÉ-SAL: ASPECTOS GERAIS

Em meados da década de noventa o Brasil foi marcado pela abertura comercial e financeira do mercado, decorrente das privatizações. O Estado adequava sua função de incentivador do desenvolvimento de atividades econômicas, antes explorada apenas pelo Estado, passando a regular esses mercados.

A flexibilização do monopólio do petróleo e gás permitiu avanços, vez que a estrutura geológica brasileira até então, era marcada por um alto risco exploratório, o que tornava o crescimento da atividade inviável sob o comando do Estado.

A constatação dos avanços é a evolução de rendas petrolíferas no Brasil, segundo os dados da ANP as reservas provadas nacionais de petróleo saltaram de 7,1 bilhões de barris em 1997 para 12,6 bilhões de barris em 2007, um crescimento de 78% (setenta e oito por cento), enquanto as de gás natural passaram de 227,7 bilhões de m³ para 365,0 bilhões de m³ no mesmo período¹⁷². Ao longo dos anos o Brasil diminuiu a dependência externa de importação de petróleo e derivados, sendo decretado em 2006 a auto-suficiência do Brasil em produção de petróleo.

Ocorre que até meados de 2007 não se conhecia outra forma geológica no Brasil, a não ser as bacias sedimentares, que contabilizavam, no território nacional, a existência de mais de cem delas¹⁷³.

¹⁷² Disponível em: http://www.anp.gov.br/conheca/10_anos_regulacao.asp, acessado em abril 2008.

¹⁷³ ZAMITH, Regina. *A indústria para-Petróleo nacional*. São Paulo: Editora Annablume, 2001 p.91

No final do ano de 2007 foi descoberta no Brasil, através da Petrobras S/A, uma área de prospecção conhecida como Tupi, localizada a 180 quilômetros da costa, perto da Bacia de Santos, no litoral Paulista¹⁷⁴. Trata-se de uma nova estrutura geológica de reservatório de petróleo, que se encontra localizada abaixo de uma espessa camada de sal, com grandes chances da rentabilidade na sua exploração, bem como na declaração de comercialização do óleo petrolífero.

A nova estrutura jamais visualizada, nem percebida, no território nacional, pelos geólogos, encontra-se abaixo da lâmina de água e, ainda, e como já informamos de uma camada de sal. Segundo estudos iniciais, à época, o óleo e gás encontravam-se distribuídos sobre um enorme reservatório na camada pré-sal.

O desconhecimento desse cenário permitiu que blocos com conteúdo do pré-sal fossem licitados, antes da descoberta. As províncias do pré-sal tem 149 mil km² destes, 41.772 km² (vinte e oito por cento do total) já foram cedidos, o que enseja direito adquirido a forma de contratação vigente, qual seja, contrato de concessão. Portanto o novo marco regulatório valerá para para os 107.228 km² (setenta e dois por cento) ainda não licitados.¹⁷⁵

A área delimitada possui cerca de 800 quilômetros de extensão e até 200 quilômetros de largura, em lâmina d'água entre 1,5 mil e 3 mil metros de profundidade, segundo a Resolução nº 6 de 8 de novembro de 2007. Segundo informações do geólogo Giuseppe Bacocoli, pesquisador da Coppe/UFRJ (Coordenação de Programas de Pós-Graduação em Engenharia da Universidade Federal do RJ), em entrevista ao Jornal da Ciência, a camada pré-sal formou-se a mais de 100 milhões de anos, estando intocada abaixo da camada de rochas salinas que começou a se formar no momento em que a África e a América se

¹⁷⁴ Revista Veja, Edição 2034, 14 de novembro de 2007. Disponível em: http://veja.abril.com.br/141107/p_080.shtml, acessado em 02 de abril 2008.

¹⁷⁵ Disponível em: http://www.blogspetrobras.com.br/fatosedados/wp-content/uploads/2009/10/Perguntas-e-respostasOTI_FINAL.pdf, acessado em 05 de março de 2010.

separaram¹⁷⁶. Isso, ao contrário do que aconteceu em outras regiões do Brasil em que houve um deslocamento de placas que abriu espaço, possibilitando o petróleo subir a níveis mais próximos da superfície.

A nova fronteira considerada a descoberta mais extraordinária dos últimos anos no setor petrolífero eleva o Brasil a um novo patamar entre as grandes empresas produtoras e exportadoras de petróleo e gás. Nesse diapasão, estamos diante de uma província petrolífera de baixíssimo risco exploratório, com conteúdo de extração de óleo e gás superior a toda produção nacional de gás e petróleo atualmente vigente no país, o que levaria o Brasil a um das maiores produtores do mundo¹⁷⁷.

Importante salientar que o baixíssimo risco exploratório deve-se à descoberta do horizonte pré-sal, segundo os especialistas técnicos a existência dessa camada implica na existência do mineral. As áreas licitadas com conteúdo do pré-sal já iniciaram suas exploração e produção.¹⁷⁸

A Petrobras, logo após a descoberta, estimou, com base em uma análise prospectiva, que tais reservas de petróleo poderiam render 5 a 8 bilhões de boe¹⁷⁹. A constatação da potencialidade dos recursos petrolíferos diminuiu o risco desta fase exploratória, aumentando às chances da declaração de sua comercialidade.

Importa dizer que a exploração de um campo de petróleo obedece a Legislação Federal 9.478/97, bem como o Decreto 2.455/98, o Decreto 2.705/98, além das Resoluções e Portarias, ressalva-se, no entanto, que a legislação existente está voltada para a

¹⁷⁶ Jornal da Ciência JC e-mail 3491, de 15 de Abril de 2008. Disponível em:

<http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=55478>, acessado 03 de maio de 2008.

¹⁷⁷ RESOLUÇÃO Nº 6 DE 8 DE NOVEMBRO DE 2007. Estabelece diretrizes específicas para a realização da Nona Rodada de Licitações de blocos exploratórios da ANP, e dá outras providências.

¹⁷⁸ Disponível em: http://www2.petrobras.com.br/ri/pdf/RioOilGas_2008_Nepomuceno.pdf, acessado 2008.

¹⁷⁹ *Desafios imediatos para a exploração de petróleo no Brasil*. IV Seminário de Petróleo e Gás no Brasil, promovido pela FGV no Rio de Janeiro, Palestrante: Haroldo Lima - Diretor-geral da ANP, disponível em <http://www.anp.gov.br/conheca/palestras.asp>, acessado abril 2008.

regulamentação de uma estrutura geológica de altíssimo risco exploratório, e para a estimulação do mercado à exploração e conseqüentemente produção do petróleo.

A nova fronteira exploratória implica necessariamente uma reavaliação da aplicação da legislação em vigor em face desta mudança no cenário petrolífero. Nesse sentido, estamos diante de uma estrutura regulatória que foi adotada a época para atender a necessidade do setor que difere das circunstâncias atuais.

A exploração do petróleo e gás do pré-sal é a oportunidade do Brasil avançar quanto a aplicação de políticas de desenvolvimento econômico e de redução das desigualdades regionais e sociais. A vultuosa quantia originada dessas províncias implica necessariamente no desenvolvimento nacional objetivo fundamental da República Federativa do Brasil art. 1º da Constituição Federal, bem como diminuição das desigualdades sociais e regionais, sendo necessário a adequação da legislação para esse novo cenário.

4.2 ANÁLISE DOS PRINCIPAIS ASPECTOS DOS PROJETOS DE LEI SOBRE O NOVO MARCO REGULATÓRIO

A história do marco regulatório da atividade petrolífera no Brasil, passa pelo monopólio do petróleo e gás, pela sua flexibilização nos anos noventa e atualmente pela descoberta das novas reservas de petróleo na camada pré-sal. A descoberta das novas fronteiras petrolíferas desperta um sentimento de nacionalização, presente inclusive em vários países produtores, que pretendem deter o controle de seu bem.

O novo cenário petrolífero exige necessariamente mudança do marco regulatório para a exploração da atividade. Interessante lembrar que, inicialmente, diante daquela descoberta, dois posicionamentos contrários se manifestaram a acerca da necessidade de

mudança do marco.¹⁸⁰ Para os que são a favor de uma nova legislação, a manutenção do atual modelo ensejaria um desequilíbrio econômico-financeiro, bem como um atentado à Soberania Nacional, posto que o produto em questão, é o foco do mercado internacional, não podendo ser explorado e produzido nos moldes da legislação vigente. Para os que defendiam a manutenção do modelo atual, a reforma constitucional no sentido de fechar o mercado brasileiro, ou seja, impedir que empresas privadas explorem o pré-sal, representaria um retrocesso pós Emenda Constitucional nº 9, que logrou êxito com a atração de investimentos, inclusive contribuindo para a auto-suficiência do petróleo em 2006.

Diante das novas fronteiras, foram realizados estudos preliminares, identificando-se os reais ganhos obtidos pelo Estado. Com o atual modelo regulatório contratual, previu-se como receita advinda de tributos e participações na exploração do pré-sal o percentual de 23% (vinte e três por cento) da renda, quando comparado com o modelo regulatório Norueguês a arrecadação da exploração do pré-sal no Brasil atinge o percentual de 78% (setenta e oito por cento) da renda.¹⁸¹

As medidas para alteração do marco legal sobre as jazidas petrolíferas do pré-sal, iniciou com o Decreto presidencial Nº 17 de 18 de julho de 2008, que criou uma comissão interministerial¹⁸² para “estudar e propor as alterações necessárias à legislação, no que se refere à exploração e à produção de petróleo e gás natural das novas províncias petrolíferas descobertas”¹⁸³. Os debates e discussões ao longo dos anos de 2008 e 2009 ensejaram na

¹⁸⁰ Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) declara “a manutenção, com alguns ajustes, do modelo de concessão atual - competitivo, transparente e estável”. Disponível em: <http://www.tnpetroleo.com.br/noticia/20600/ibp-defende-a-manutencao-do-modelo-de-concessao-atual->, acessado 2009.

¹⁸¹ Congresso Nacional. *Os Desafios do Pré-Sal*. Caderno de Altos Estudos, n. 5, Brasília: Edições Câmara. (2009).

¹⁸² Compõe a comissão: os ministros das Minas e Energia, da Casa Civil, do Planejamento, da Fazenda, o diretor geral da ANP, o presidente da Petrobras e o presidente do BNDES.

¹⁸³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Dnn/Dnn11699.htm, acessado em 2009.

apresentação, pelo atual Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, de quatro propostas de lei instituidoras de um novo marco regulatório para o setor petrolífero.

As propostas apresentadas pelo governo à Câmara dos Deputados referiram-se ao delineamento do novo marco regulatório e compreendeu os seguintes Projetos de Lei: 5.938/2009, 5.939/2009, 5.940 /2009 e 5.941/2009, que tratam do modelo de contrato de produção partilhada; da criação de uma empresa estatal para gerir os contratos; da criação de um fundo para reaplicar os recursos advindos da exploração; e do fortalecimento da Petrobras.

O projeto 5.938/2009¹⁸⁴ dispõe sobre a exploração e produção de petróleo e gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha e produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, alterando o dispositivo da Lei Federal 9.478 de 06 de agosto de 1997. Nesse projeto, identifica-se o interesse de se inserir no ordenamento jurídico, que regula a indústria do petróleo e gás, o modelo de contrato de exploração e produção denominado contrato de partilha e produção. Além disso, o governo tem interesse que a Petrobras, sem licitação, seja operadora de todos os blocos sob regime de partilha e produção, inclusive nos blocos licitados, devendo ter participação mínima nos consórcios de 30% (trinta por cento). Percebe-se o tratamento diferenciado com a Petrobras, inclusive por possibilitar que a empresa seja contratada diretamente para realizar estudos exploratórios nessas áreas do pré-sal.

O projeto de Lei 5.939/2009¹⁸⁵ autoriza o Poder Executivo a criar a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A – PETRO-SAL, não operacional, ou seja, sem atuação direta na atividade econômica, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado, com fins de representar o Estado na atividade econômica de exploração e produção de petróleo.

¹⁸⁴ Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=447934, acessado 4 dezembro de 2009.

¹⁸⁵ Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=447935, acessado 4 dezembro de 2009.

O Projeto de Lei nº 5.940/2009¹⁸⁶ cria o Fundo Social–FS, para a realização de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental.

O Projeto de Lei nº 5.941/2009¹⁸⁷ dispõe sobre a autorização da União para celebrar contrato de cessão onerosa com a Petrobras, com vistas ao exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.

A tramitação dos projetos mencionados na Câmara dos Deputados sofreu inúmeras emendas ao projeto de lei inicial para fins de adequação ao interesse da coletividade. Dessa forma, a Câmara votou pela mudança do regime contratual, qual seja, optou pelo contrato de produção e partilha para as áreas do pré-sal, confirmando a intenção externada pela base governista atual. Corroborou, Maurício Tolmasquim, presidente da Empresa de Pesquisa Energética, que participou do grupo encarregado de elaborar os projetos do Executivo sobre o marco regulatório do pré-sal, quando afirmou que a escolha do regime de contratação tem correlação direta com o baixo risco exploratório. Ressalvou que o regime vigente, modelo de concessão, foi estabelecido em um contexto diferente, quando o preço do petróleo era baixo e o Brasil possuía um alto endividamento por causa do petróleo importado.¹⁸⁸

O formato do novo marco regulatório voltado para o contrato de produção e partilha, empresa pública e Fundo Social, baseia-se no modelo Norueguês estudado pelo Congresso Nacional¹⁸⁹.

No Brasil, o projeto de lei 5.938/2009 prevê a participação da Petrobras, sociedade anônima, como operadora da atividade. Trata-se de empresa estatal como operadora vinculada à atividade, detentora no mínimo de 30% (trinta por cento) de participação dos blocos

¹⁸⁶ Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=447936, acessado 4 dezembro de 2009.

¹⁸⁷ Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=447937, acessado em 2009.

¹⁸⁸ Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/141174-PARTILHA-DO-PRE-SAL-E-QUESTAO-DE-ESTADO,-AFIRMA-DEBATADOR.html>, acessado 2010.

¹⁸⁹ Congresso Nacional. *Os Desafios do Pré-Sal*. Caderno de Altos Estudos, n. 5, Brasília: Edições Câmara. (2009).

licitados.¹⁹⁰ O fato de ser uma empresa nacional, quanto ao poder decisório, implica na exportação de tecnologia nacional, oriunda da realização de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos, além da concentração de conhecimento geológico das áreas.

A Câmara dos Deputados enviaram para o Senado o projeto de lei constando a Petrobras como operadora dos blocos, além da possibilidade de cessão onerosa. Além disso, foi encaminhado os projetos acerca das compensações financeiras decorrente dos *royalties*. Mais de oitenta emendas foram apresentadas pelo Senado Federal ao projeto inicial, sendo cinquenta e quatro somente no Projeto de Lei da Câmara nº 16 de 2010 (PL 5.938/2009).¹⁹¹

As principais mudanças no projeto 16/2010 são: retirada das expressões “áreas estratégicas” presente em diversos artigos do Projeto de Lei da Câmara (PLC) 16/2010, como o art. 1º que aduz “Esta lei dispõe de sobre exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas e altera a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997”. O termo “áreas estratégicas” corresponde a um conceito aberto, permitindo que a União venha definir quais as novas áreas petrolíferas enquadrar-se-ão no modelo de produção e partilha, esse poder decisório de critério e limitações políticas acarretará insegurança jurídica para essa atividade econômica de risco. Sem contar que se a expressão “áreas estratégicas” vincular ao modelo de contrato de produção e partilha, haverá um interesse por parte dos estados membros de que todas as novas áreas descobertas sejam aplicadas ao regime de partilha, uma vez que a distribuição dos *royalties* do regime de partilha e produção diferencia-se do regime de concessão. Nesse sentido, limitar o regime de

¹⁹⁰ O modelo da Noruega formado uma empresa estatal para explorar e produzir o petróleo (Statoil) foi criada uma outra estatal (Petoro) que atua como gestora do patrimônio e como sócia das companhias concessionárias que exploram as jazidas e remete seus ganhos para um fundo soberano no exterior. Anualmente, 4% deste fundo são usados na Previdência. Disponível em:

http://www.itaesa.com.br/Arquivos/Palestras/Trabalhos/Trabalho_44.pdf, acessado 2 de dezembro de 2009.

¹⁹¹ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/agencia/vernoticia.aspx?codNoticia=100665&codAplicativo=2>, acessado 2 de maio de 2010.

partilha e produção às áreas do pré-sal, devidamente delimitada no anexo do projeto, é a forma de se garantir segurança jurídica nacional mantendo-se a atração de investimento.¹⁹²

A definição do que seria do excedente em óleo, também merece atenção segundo os senadores, tendo sido apresentada emenda com a finalidade de especificar no texto do projeto de lei que o excedente de óleo é a parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos cuja propriedade deve ser repartida entre a União e a contratada, segundo critérios definidos em contrato.

A contratação direta da Petrobras, sem licitação, é outro ponto questionado por alguns senadores, que merece atenção. Segundo eles, não há como se privilegiar empresa com capital privado, apesar da Petrobras S/A ser sociedade de economia mista, empresa estatal.

O Senado ainda discute a vinculação das compensações financeiras oriundas do pré-sal quanto a divisão os entes federativos. Com relação à divisão das compensações, o projeto inicial previa a extinção das participações especiais, dividindo-se somente os *royalties* entre os estados produtores e não produtores proporcionalmente. A polêmica iniciou-se, na Câmara, quando o deputado Ibsen Pinheiro (PMDB-RS) acresceu a emenda quanto a divisão igualitária entre todos os estados membros, sendo apoiado pelo senador Pedro Simon (PMDB-RS). O Senado aborda diferentemente a questão, quando não despreza a importância do recebimento das compensações por parte dos estados e municípios, desde que proporcional. Inclui ainda, as participações especiais como forma de compensação financeira. A vinculação das compensações é outro ponto destacado, tendo em vista a melhor distribuição dessas rendas para fins de promoção do desenvolvimento nacional e de outros objetivos constitucionais.

Várias emendas ao Projeto de Lei foram criadas na tentativa de vincular a receita oriunda do pré-sal. Uma das emendas cria o Fundo de Petróleo para Formação de Poupança e

¹⁹² Emenda n 1º Modificativa. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getTexto.asp?t=78252&c=PDF> , acessado 02 de maio de 2010.

Desenvolvimento da Educação Básica (FUNPEB). A vinculação dessas compensações com a educação apresenta-se como uma preocupação dos senadores com a defasagem do sistema educacional brasileiro, bem como uma preocupação na utilização dos recursos advindos dessas compensações financeiras que são mal utilizados pelos gestores.¹⁹³

As mudanças climáticas também foram alvos de preocupação através das emendas apresentadas pelo Senado. Trata-se de uma atividade a ser exercida conciliando a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, Henrique Leff chama atenção para o fato de

(...) a complexidade ambiental implica uma revolução do pensamento, uma mudança de mentalidade (...) A crise ambiental remete-nos a uma pergunta sobre o mundo, sobre o ser e o saber que nos leva a repensar e a reaprender o mundo¹⁹⁴.

Assim, assume o direito um papel de vanguarda ao considerar o paradigma ecológico como terminantemente inserido no sistema jurídico, sendo proposto no projeto de lei uma garantia financeira para cobrir custos ambientais advindos da exploração.¹⁹⁵

O Senado Federal aprovou o Projeto de Lei 07 de 2010, devendo esse retornar a Câmara dos Deputados, cumprindo o dispositivo constitucional estabelecido pelo parágrafo único art. 65 da Constituição Federal. Na votação, houve a incorporação do Projeto de lei 16/2010 ao Projeto de Lei 07/2010, tendo em vista a pertinência da conjugação dos temas.

O projeto de Lei 07/2010, após a votação no Senado, passou a dispor sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural, e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; alterando os

¹⁹³ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=78252>, acessado 2 de maio de 2010.

¹⁹⁴ LEFF, Henrique. *Epistemologia ambiental*. São Paulo. Cortez, 2001, p. 191-192

¹⁹⁵ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=78252>, acessado 2 de maio de 2010.

dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; criando o Fundo Social – FS e dispendo sobre sua estrutura e fontes de recursos; além outras providências.¹⁹⁶

Percebe-se na votação da segunda casa, a consolidação do regime de contrato de produção e partilha, a Petrobras como operadora única, a criação do Fundo Social, inclusive a vinculação das *royalties* o setor da educação. Até o momento, duas das propostas já foram votadas e sancionadas pelo Presidente da República, são elas: a Lei Federal 12.276 de 30/06/2010¹⁹⁷ e a Lei 12.304¹⁹⁸ de 02/08/2010.

No dia 30 de junho de 2010, foi sancionado pelo Presidente da República a Lei 12.276, que autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências, verifica-se o privilégio concedido a empresa estatal, indo de encontro a ordem constitucional.

A Lei Federal 12.304 autorizou o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) além de outras providências. A finalidade da empresa é a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União. Verifica-se uma necessidade da União em acompanhar de perto a produção do petróleo extraído do pré-sal.

Estamos diante da situação de que as novas reservas petrolíferas só poderão ser revertidas em benefícios à nação, se forem inicialmente exploradas e em um segundo

¹⁹⁶ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=79332>, acessado 2 de maio de 2010.

¹⁹⁷ Brasil. Lei 12.276 de 30 de junho de 2010. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/2010/lei-12276-30-junho-2010-607010-publicacao-127820-pl.html>, acessado em 20 de agosto de 2010.

¹⁹⁸ Brasil. Lei 12.304 de 02 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/2010/lei-12304-2-agosto-2010-607595-publicacao-128607-pl.html>, acessado em 20 de agosto de 2010.

momento comercializadas. Todavia, a permissão da primeira fase está relacionada a vigência do novo marco regulatório que se seguirá de grandes investimentos na estrutura exigida do pré-sal.

4.2.1 Exploração do Pré-sal e a Petrobras

A Petrobras foi responsável pela descoberta das áreas denominadas pré-sal que se encontram nos limites dos seus blocos licitados. Além da Petrobras, existem outras empresas que possuem blocos licitados nas áreas do pré-sal, como a Exxon Mobil e a Anadarko. Em virtude do grande potencial da camada pré-sal, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) publicou a Resolução nº 6, de 8 de novembro de 2007, retirando 41 blocos da 9ª Rodada de licitações, até que um novo marco regulatório seja estabelecido.

A estatal Petrobras perfurou 31 poços na região do Pré-sal, compreendidos nas bacias de Campos e Santos, alcançando uma taxa de sucesso de 87% (oitenta e sete por cento) na comprovação de presença de hidrocarbonetos.¹⁹⁹ O sucesso já faz parte das metas da Petrobras que divulgou a contratação de mão de obra, navios-sondas, plataformas de perfuração, dentre outros equipamentos para a exploração.²⁰⁰

Assim, os Projetos de Lei apresentados no Congresso Nacional se estruturam de forma a permitir que a Petrobras atue como operadora única nos contratos de produção e partilha, detendo nos blocos em que não tiver êxito nas licitações o percentual de 30% (trinta por cento). Além da União poder contratar a Petrobras diretamente para fins de pesquisa

¹⁹⁹ Palestra Petrobras. Modelo Regulatório de Exploração e Produção Pré-sal e áreas estratégicas. Disponível em: http://www2.petrobras.com.br/ri/port/ApresentacoesEventos/ConfTelefonicas/pdf/Marco_Regulatorio_Port.pdf, acessado em 05 de junho 2010.

²⁰⁰ Palestra Petrobras. Modelo Regulatório de Exploração e Produção Pré-sal e áreas estratégicas. Disponível em: http://www2.petrobras.com.br/ri/port/ApresentacoesEventos/ConfTelefonicas/pdf/Marco_Regulatorio_Port.pdf, acessado em 05 de junho 2010.

através de cessão onerosa, fomentando assim a capitalização da Petrobras. Diante dessa vontade expressa pelo Executivo nos projetos de lei apresentados ao Congresso Nacional é necessário tecer algumas considerações.

A criação da Petrobras em 1953, sempre manteve a empresa como centro de pesquisa para o desenvolvimento do setor energético petrolífero brasileiro, bem como desenvolvimento de tecnologias para as atividades petrolíferas. A política energética nacional era depositada na estatal, que acabou viabilizando a exploração e produção de petróleo na modalidade *offshore*. Não se trata da exploração da modalidade águas profundas, mas no desenvolvimento de tecnologia nacional para exploração em águas territoriais brasileiras. Cumpriu a Petrobras a função de responsável pelo monopólio do refino, exploração, produção, além de administrar as reservas petrolíferas do país.

A Lei Federal 9.478 de 1997 inovou quanto ao tratamento dado a Petrobras, quando regulamentou a forma como a União poderia contratar para as atividades de monopólio público. Um novo marco regulatório foi estabelecido, conferindo a Petrobras o tratamento igualitário as empresas privadas, criando-se a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para regular o setor petrolífero. Perdia, assim, a Petrobras atribuições da Lei 2.004 de 1953.

Desde 1997 a Petrobras assumiu uma nova postura, mas não descompromissada com o desenvolvimento nacional. Desenvolveu tecnologia própria, tornando-se especialista em exploração de petróleo *offshore*, além de conhecimento preciso do subsolo marinho brasileiro e que lhe proporciona enormes vantagens para a exploração das jazidas da região²⁰¹.

A perspectiva de lucratividade e sustentabilidade empreendida pela Lei Federal 9.478 de 1997, estabelecida pela abertura do capital para a iniciativa privada, resguardando a União

²⁰¹ Petrobras. *Technology: Petrobras Research Center – The Birth of Cenpes*. Disponível em: http://www2.petrobras.com.br/portal/frame.asp?pagina=/tecnologia/ing/centro_pesquisasdapetrobraslinhatempo.asp?en&area=tecnologia Acesso em 21 junho de 2009.

o poder decisório das ações, permitiu a captação de recursos alavancando seus investimentos²⁰². Com isso, a Petrobras aumentou seus lucros de US\$ 1,373 bilhão em 1997 para mais de US\$ 13 bilhões em 2007.²⁰³

O crescimento da Petrobras é confirmando pelo alcance da nona posição mundial de maior empresa petrolífera.²⁰⁴

Os Projetos de Lei e a recente Lei Federal 12.2146 de 2010 conferem tratamento diferenciado a Petrobras S.A, a partir do momento em que prevê a Petrobras como operadora da atividade e contratação direta, respectivamente.

É notório o interesse nacional quanto a todas as atividades que ensejam o desenvolvimento científico, pesquisa e capacitação tecnológica, conforme menciona o art. 218 da Constituição Federal. O § 4º do mencionado artigo, aduz que lei apoiará e estimulará as empresas que investirem em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao país.

Todavia, mesmo diante do interesse nacional do petróleo e derivados, a concessão de privilégio à Petrobras é um ato contrário ao princípio da isonomia presente do direito administrativo, bem como um ferimento a livre concorrência e iniciativa privada. Não há como afastar a aplicação constitucional do art. 173, pois a disposição é clara “Art. 173. § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”.

O princípio da eficiência administrativa não fundamenta o privilégio à sociedade de economia mista. Posto que, a eficiência do Estado na busca pelo interesse nacional do petróleo não pode violar princípios de igualdade, livre iniciativa e concorrência. A Petrobras

²⁰² Petrobras. *Conheça a Petrobras: Estatuto Social*. Disponível em: [http://www2.petrobras.com.br/portal/frame_ri.asp?pagina=/ri/port/index.asp\(=pt&area=ri](http://www2.petrobras.com.br/portal/frame_ri.asp?pagina=/ri/port/index.asp(=pt&area=ri), acessado em: 28 jun. 2009.

²⁰³ Petrobras. *Conheça a Petrobras: Introdução*. Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/ri/port/ConhecaPetrobras/ConhecaPetrobras.asp>, Acessado em: 28 jun. 2009.

²⁰⁴ Petrobras. *Relatório Anual 2008*. Disponível em: http://www2.petrobras.com.br/ri/port/ConhecaPetrobras/RelatorioAnual/pdf/RelatorioAnual_2008.pdf, acessado em 5 de agosto de 2009.

como operadora não é a única estratégia para que o Estado obtenha êxito na exploração dessas novas reservas petrolíferas.

A contratação direta da Petrobras pela União deve seguir o preceito constitucional de que a União poderá contratar desde que observe os procedimentos licitatórios previstos constitucionalmente art. 37 XXI, vejamos:

art. 37 - XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Não há, portanto, como garantir a Petrobras a operação da atividade, bem como sua contratação direta, além de outros benefícios pelo fato da mesma ter notória competência mundial no desenvolvimento das atividades de exploração e produção, além de deter tecnologia própria e inédita quando se trata de exploração de atividade *off shore*. Existe uma previsão legal que deve ser obedecida em virtude de grau de hierarquia de leis, no presente caso, a previsão constitucional.

Lembramos que a flexibilização do monopólio permitiu o crescimento da atividade econômica nos países, em virtude da concorrência entre as empresas que repercutiam em atração de investimento para a nação, como: ampliação de mão de obras e desenvolvimento tecnológico.

Com base nisso, a própria Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal apresentou um entendimento de que a Petrobras como operadora da atividade é inconstitucional, além da sua contratação direta, cessão onerosa, para fins de avaliação do potencial das áreas, avaliação das jazidas do pré-sal, bem como comercialização dos bens.²⁰⁵

²⁰⁵ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/getPDF.asp?t=78252>, acessado em 2 de maio de 2010.

Outro ponto destacado pela Comissão foi o possível desequilíbrio econômico financeiro da Petrobras se a esta for imposta, através de lei, a exploração de todos os campos do pré-sal. Segundo informações nos jornais de grande circulação a Petrobras busca empréstimo de US\$ 10 bilhões do Banco Chinês de Desenvolvimento para financiar novos investimentos na área do pré-sal.²⁰⁶ Com bases nessas informações percebe-se o elevado nível de investimento do setor.

A competição entre as operadoras das atividades nos blocos licitados atrai mais investimentos para União. Todavia, a vinculação da Petrobras como operadora da atividade desestimulará a continuidade da exploração de novas áreas, já que a ausência de competição permite à Petrobras escolher o que irá explorar, inviabilizando a definição estabelecida como operadora do pré-sal.

A política energética brasileira desde a década de 1970 foi voltada para o incentivo da produção interna de petróleo e gás. A Emenda Constitucional nº 9 de 1995 confirmou a política de incentivo quando se permitiu a abertura para empresas privadas flexibilizando-se o monopólio.

Todavia, permitir que a legislação atual se aplique as áreas não licitadas do pré-sal vai de encontro ao interesse público primário²⁰⁷, vez que se trata de um bem da União, conforme aduz art. 20, IX, que permite o cumprimento dos objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil, além dos princípios da Ordem Econômica e Social, evidenciados na Carta Magna.

A atividade de pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos, sofreu o permissivo constitucional de objeto de contratação da União com empresas estatais ou privadas, observada as condições prevista por lei. Diante da

²⁰⁶ Disponível em: http://www.blogspetrobras.com.br/fatosedados/?page_id=20244, acessado 2009.

²⁰⁷ O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. BARROSO, Luis Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel. (org) *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, p. xiii

preexistência de lei, a operacionalização dessa contratação pela União deve estar de acordo com a lei que regulamenta o dispositivo, Lei Federal 9.478 de 1997, Lei do Petróleo.

Portanto, a previsão constitucional empreendida pela Emenda Constitucional nº 9 se comporta de forma a permitir que a legislação infraconstitucional permita sua eficácia plena. O Estabelecimento de nova regulamentação para o âmbito da exploração das jazidas de petróleo e derivados da camada pré-sal é a forma de permitir o cumprimento do monopólio do petróleo e sua flexibilização, desde que não vá de encontro aos princípios constitucionais.

A Petrobras, portanto, de acordo com a Lei Federal 9.478/1997 pode vir a operar os blocos das áreas do pré-sal, desde que se submeta às formas legais de contratação incumbidas ao Poder Público, garantindo assim, a segurança jurídica no setor petrolífero.

4.3 PROPOSTAS DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO PRÉ-SAL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

O questionamento atual sobre a temática cinge em torno da viabilidade constitucional do novo marco regulatório presente nas propostas que tramitam no Congresso Nacional e na legislação recente em vigor. A propriedade sobre as reservas petrolíferas mesmo após a retirada do subsolo é o que motiva a mudança do regime de contrato de exploração e produção atual para o modelo de produção e partilha. A quantidade de petróleo e gás advindos dessas reservas permite ao Estado brasileiro o desenvolvimento nacional, a busca por redução de desigualdades regionais, além de manutenção pela auto-suficiência desse recurso mineral.

Destaca-se a importância desse recurso atualmente, pois as reservas do pré-sal representam muito mais do que as produções nos últimos anos. Apesar da busca pelas fontes de energias renováveis, o quadro de busca por petróleo e gás não se alterará de forma

significativa nos próximos trinta anos, o que requer atenção do Estado brasileiro quanto ao controle do pré-sal.²⁰⁸

A previsão constitucional, art. 20, inclui entre os bens da União os recursos naturais do subsolo e a plataforma continental, é nesse sentido de retomar de fato a propriedade dos recursos advindos da exploração, que a mudança do novo marco para o pré-sal deve se pautar.

A mudança do regime contratual é uma ação de soberania nacional, posto que o Estado vislumbra, desde já, a necessidade de controle sobre esse bem tão disputado aos longos dos anos no âmbito internacional.

Ressalva-se também, o aspecto histórico da atividade de exploração e produção de petróleo e gás, tendo em vista que o desconhecimento da atividade permitia o regime de livre iniciativa no início década de trinta. A sondagem realizada pela iniciativa privada repercutiu no regime de propriedade do subsolo pela União, vindo a Petrobras na década de cinquenta ser operadora do monopólio estatal desses recursos²⁰⁹. A flexibilização surgiu da necessidade de novamente se expandir a atividade de exploração e produção, vez que o Estado não tinha condições de assumir o risco dessa atividade, outras responsabilidades do Estado priorizavam seu orçamento.

A flexibilização não rompeu com o monopólio, posto que o art. 177, I da Constituição permaneceu aduzindo quais atividades eram abrangidas pelo monopólio estatal, conforme o dispositivo que traz em um de seus incisos “ jazidas e lavras das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos”. A abertura do mercado a época foi pautada conforme já mencionado ao longo do trabalho por motivos de atração de investimentos, cumulado como alto risco exploratório. Diante do novo cenário do pré-sal e crescente

²⁰⁸ FEROLLA, Sérgio Xavier et METRI, Paulo. *Nem todo o Petróleo é nosso*. São Paulo, Paz e Terra, 2006, p.

125

²⁰⁹ Lei 2.004 de 1953.

produção nacional petrolífera, questiona-se a soberania nacional a fim de prevalecer o interesse público.

Os projetos de lei que se encontram tramitando sobre novo marco regulatório necessitam ser avaliados sobre a ótica constitucional e infraconstitucional do ordenamento jurídico brasileiro, para que não permita uma legislação vulnerável, contribuindo para o desestímulo de investimentos da iniciativa privada. Ressalva-se que as legislações acerca da cessão onerosa é passível ainda do crivo da constitucionalidade, pelo controle repressivo previsto constitucionalmente.

A necessidade de estabilidade transcende o cenário macroeconômico pela história evidenciada a partir de 1997, quando da abertura do mercado a iniciativa privada. A Emenda Constitucional nº 9, permitiu a União contratar com empresas estatais ou privadas para exploração e produção do petróleo, na tentativa de se estabelecer um ambiente concorrencial.

Partindo de uma interpretação sistemática da legislação constitucional e infraconstitucional, temos a previsão do art. 177 § 1º, que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização de atividades prevista nos inciso de I a IV, incluindo pesquisa de lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, observando as condições estabelecidas na Lei do Petróleo.

A Lei do petróleo, infraconstitucional, dispõe sobre a forma de contratação em seu art. 5º “As atividades econômicas de que trata o artigo anterior serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no país”.

Quanto à proposta de lei para o novo marco regulatório, destacando como operador do campo a Petrobras, essa esbarra na problemática de inconstitucionalidade, além de ir de encontro ao ambiente concorrencial evidenciado na Emenda Constitucional nº 9, já que a abertura do mercado ensejou um ambiente concorrencial fluído.

A legislação infraconstitucional, regulamentadora do art. 177, parágrafo primeiro, revogou a Lei. 2.004/53, retirando a função operadora única da Petrobras S.A, conforme prevê o art. 61 § 1º :

As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRAS em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei.

A abertura do mercado concorrente de exploração e produção de um bem da União, ensejou a necessidade do Estado assumir a regulação desse mercado. Portanto, se Petrobras for operadora do campo pré-sal estaremos diante de uma incoerência quanto à essência da agência reguladora, além de princípios constitucionais administrativos, já evidenciados.

O impedimento legal da Petrobras S/A como operadora única no novo marco regulatória encontra-se a nível constitucional e infraconstitucional, posto que apesar da Constituição em seu art. 177, § 1, aduzir que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas, percebe-se que o modelo de contratação deverá ser especificado em lei. A leitura do artigo mencionado não pode ser realizada de forma isolada, devendo-se interpretar em conjunto com o art. 173 § 2º e art. 23 da Lei 9.478/97.

A previsão do legislador ordinário e derivado, quanto à previsão de que as empresas públicas e sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais, se esses não forem extensivos às do setor privado²¹⁰, impedem a definição da Petrobras como operadora do campo. Os privilégios fiscais não se atem apenas aos direitos e obrigações tributárias, englobam a todos os atos do Estado na consecução de seus objetivos. Salienta-se ainda, que a Constituição Federal enaltece a ordem econômica conforme art. 170, não havendo possibilidade de afastar o princípio da ordem econômica que valoriza a livre iniciativa e concorrência.

²¹⁰ Art. 173, § 2º, da CF

A inclusão da Petrobras como operadora única fere diretamente a Carta Magna, não havendo como torná-la operadora única, a não ser pelo fechamento do mercado e nacionalização da Petrobras, ou seja, voltar à idéia contida na lei 2.004 de 1953.

Interessante ainda observar que não há como desconsiderar, diante do cenário de viabilidade do pré-sal para o Estado, o procedimento licitatório posto que é a forma de se aferir a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, prevalecendo o interesse público. Todavia admite-se exceções a essa regra, quando é impossível ou inviável a concorrência, não sendo o caso de concessão de privilégio a Petrobras.²¹¹ A licitação prevê uma gama de princípios que justificam a forma em que o Poder Público deve contratar sem ferimento dos interesses públicos e privados, são eles: princípios constitucionais de isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Toda modalidade concorrencial necessariamente exige condições céleres para implantação de seus objetivos. Atualmente, estamos diante do conflito direto de obrigações de ordem civil e administrativa, posto que a Petrobras, por ter capital privado e interesse lucrativo, exige um ambiente dinâmico para que tenha possibilidade de competição célere, além de soluções rápidas, a fim de haja previsão de retorno financeiro, vez que trata-se de uma atividade de custo elevado. Tornar a Petrobras como operadora do campo será mais um conflito neste setor, pois o ordenamento jurídico, dita a sujeição da verba pública aos ditames do direito administrativo, e a exigência do mercado, capital privado, necessita de simplificação de procedimentos para garantir a finalidade da empresa que é a atividade econômica.

Para garantir juridicamente uma regulamentação sobre o pré-sal deve-se permitir um ambiente concorrencial, com vistas a dar continuidade aos investimentos privados no setor.

²¹¹ Art. 37, XXI, da CF.

Todavia o modelo de contratação pode resguardar o controle estatal sobre esses recursos naturais.

Assim, o modelo de contrato de produção e partilha não define maior ou menor arrecadação, comparados a outros modelos, mas sim o controle dos recursos por parte do Poder Público, tratando-se de uma questão de Soberania Nacional.

O atual regime jurídico dispõe sobre as seguintes arrecadações referente à atividade: bônus de assinatura; *royalties*; participação especial; e pagamento pela ocupação ou retenção de área²¹². A escolha quanto à qualificação para atuar como operadora é prevista pela ANP nos editais de licitações dos blocos, sendo obrigatória a apresentação individual da oferta. Nessa escolha, as exigências são a liquidação do patrimônio mínimo exigido, além da experiência operacional prévia da empresa.

No regime jurídico de produção e partilha as formas de arrecadações podem ocorrer de forma a garantir maiores lucros ao Estado. Para isso deve-se implantar um sistema de arrecadação que seja rentável e justo para as partes contratantes, evitar especulações que instabilizem os investimento na atividade, bem como a criação de um mercado concorrencial saudável.²¹³ Nesse sentido, a arrecadação pode ocorrer através de bônus de assinatura, *royalties*, participações especiais, pagamento pela ocupação ou retenção de área, variando os percentuais. Com relação ao custo da exploração, esses são de responsabilidade do agente contratante que debita da produção averiguada, permanecendo conforme o contrato de concessão o mesmo nível de risco zero para o governo.

Portanto, a mudança do regime de contratação não é uma afronta a Constituição Federal, nem a Lei 9.478/97, uma vez que se tratam de fatos jurídicos diferenciados, o que

²¹² O art. 50 da Lei Nº 9.478/97 determina o pagamento pela ocupação e retenção da área no Brasil. Normalmente denominado *rental fee*, esse pagamento é comum em regimes fiscais de diversos países produtores de petróleo.

²¹³ “*Fiscal Terms for Upstream Projects – An Overview*” – Artigo publicado pelo “Center for Energy Economics” (CEE) da Universidade do Texas em Austin. Disponível em www.utexas.edu e acessado em 17 de novembro de 2008.

requer tratamento distinto, não há que prevalecer um modelo em detrimento do outro, mas a forma como essa nova regulamentação vai se comportar diante do novo cenário petrolífero.

Diante dessa análise, percebe-se que o modelo de contrato de produção e partilha é possível com o ingresso do novo marco regulatório no ordenamento jurídico brasileiro, adequando-se a realidade e necessidade do Estado. Quanto à definição da operadora do campo, isto fere claramente a ordenamento jurídico máximo, além dos ditames da democracia.

Quanto à criação do Fundo Social e sua redistribuição, não há qualquer impedimento constitucional. A previsão de sua criação, bem como a forma de distribuição dos *royalties* são política pública a fim de garantir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, art. 3º.²¹⁴ Essa matéria necessita de um estudo aprofundado, uma vez que a temática aborda questões como federalismo e distribuição de recursos financeiros.

Quanto à criação da empresa estatal, para gerenciar os contratos de exploração e produção, tem-se a previsão constitucional do art. 37, XIX, que aduz que somente por lei específica poderá ser criada uma autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação. A estatal, segundo o projeto de Lei 309/ 2010, tem por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União. Interessante que a mesma, não será responsável pela execução, direta ou indireta, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos. Diante das

²¹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

atribuições da estatal não há que se ater a previsão do art. 173 da Constituição federal, posto que a Carta Magna prevê que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente está autorizada se associada a necessidade de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, não havendo afronta na presente proposta, posto que não se trata de exploração direta pelo Estado.

Quanto à cessão onerosa, a Lei 12.276 de junho de 2010 autoriza a União a ceder onerosamente à Petrobras, sem licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás e outros hidrocarbonetos fluidos, em áreas não concedidas no pré-sal. O pagamento pela cessão deverá ser efetivado, prioritariamente, em títulos da dívida pública mobiliária federal, correndo por conta e risco da cessionária. Fica a União autorizada a subscrever ações do capital da Petrobras e a integralizá-las com títulos da dívida mobiliária. Continua o questionamento acerca da dispensa de licitação para fins de cessão. A União passa a ceder diretamente a Petrobras, sociedade de econômica mista, o direito de exploração, concede-se a Petrobras privilégio fiscal. A legislação não especificou o regime jurídico de exploração quanto às formas de arrecadação do governo, mencionando-se apenas a existência dos *royalties*. A finalidade dos procedimentos licitatórios para fins interesses primários da Administração Pública são feridos diretamente pela concessão do privilégio.

Diante dos projetos de lei sobre as áreas do pré-sal verifica-se a constitucionalidade em alguns aspectos, conforme foi evidenciado nos parágrafos acima, como: a forma de contratação através do modelo de produção e partilha, a criação e redistribuição do fundo social. A legislação que trata da criação de empresa pública, Lei 12.304 de agosto de 2010 com fins de gerenciamento dos contratos, possui respaldo legal. Todavia, cabe análise aprofundada acerca da legislação e demais legislações em vigor. Resta, portanto, o ferimento a ordem constitucional qualquer privilégio a Petrobras.

6 CONCLUSÃO

Observa-se que o novo cenário petrolífero brasileiro apresenta-se de forma a surpreender os mercados econômicos, além de criar uma nova expectativa para o setor social, em virtude de uma nova estrutura regulatória que permite ao Estado um maior controle sobre esses recursos de interesse nacional.

Encara-se esta realidade como um desafio para a comunidade jurídica brasileira, tendo em vista que o marco regulatório vigente refere-se à atividade exploratória de alto risco, diferentemente da realidade das novas jazidas descobertas na camada pré-sal.

A proteção aos recursos do subsolo referente a petróleo e derivado, somente recebeu tratamento diferenciado após a Lei 2.004 de 1953, com a criação da Petrobras, detentora da titularidade do bem da União para pesquisa e lavra, iniciando-se o monopólio estatal do petróleo. Até aquele período, não existia uma regulamentação efetiva voltada para a intervenção estatal no setor petrolífero.

As dificuldades de ordem tecnológica, financeira e recursos humanos na indústria petrolífera impediram que a atividade avançasse, tanto que a primeira descoberta expressiva somente ocorreu após quase dez anos. É notório o crescimento na atividade de exploração de petróleo estabelecido após a alteração constitucional, que permitiu um mercado concorrencial.

A flexibilização do regime de monopólio do petróleo e gás, somente aconteceu com a Emenda Constitucional nº 9 de 1995 sendo reflexo direto da postura adotada pelo modelo de Estado, após a Constituição de 1988, quando previu a gerência do Estado apenas nas situações de segurança nacional e/ou interesse coletivo.

Os princípios constitucionais da Ordem Econômica e Social que se traduzem através da Valorização do Trabalho, Livre Iniciativa, Soberania Nacional, Propriedade Privada, Função Social da Propriedade, Livre Concorrência entre outros, fundamentou a necessidade

da União, posto que naquela momento a União passava por escassez de recursos financeiros para investimento no setor petrolífero e de mão de obra especializada, o que permitiu a abertura do mercado para a exploração de atividades indispensáveis ao país.

O constituinte derivado tratou de estabelecer a legislação infraconstitucional para regulamentação do setor. A escolha do modelo de contrato de exploração, denominado concessão, correspondeu ao conhecimento geológico á época, levando-se em consideração o elevado risco de investimento na fase exploratória.

A compensação do risco, através da concessão de maiores vantagens, como por exemplo, a titularidade do petróleo à concessionária, não se coaduna com as novas reservas petrolíferas denominadas pré-sal, pois a expressiva quantia, bem como a diminuição considerada do risco da fase de exploração, permite ao Estado brasileiro assumir uma postura diferenciada. Todavia, não se evidencia uma postura contrária ao ordenamento jurídico brasileiro, já que a flexibilização e a manutenção do monopólio pela União, permite que a legislação infraconstitucional regulamente este novo setor.

No entanto, o regime de produção e partilha cumulado com a isenção do Estado quanto ao risco oriundo da atividade, permite arrecadação de acordo com o interesse e necessidade do mesmo. Trata-se de um modelo distinto da definição original do modelo de produção e partilha, vez que no modelo clássico o risco é partilhado entre o governo e a concessionária.

O modelo idealizado pela base governista garante desta forma a soberania nacional, vez que o Estado passa a deter o controle da atividade relacionada às grandes reservas estratégicas de petróleo no território nacional, por deter a propriedade do óleo extraído, sem com isso arcar com risco da atividade que se atém apenas a contratada.

A identificação da Petrobras como operadora das áreas do pré-sal fere de pronto a ordem constitucional, conforme já elucidado, por não se permitir concessão de privilégios. A

lei infraconstitucional aduz que o regime de concessão precede de licitação. Portanto, a contratação direta da Petrobras pela União deve também seguir o preceito constitucional de que a União poderá contratar desde que sejam observados os procedimentos licitatórios.

Os princípios da Ordem Econômica e Social fundamentou o processo de flexibilização do monopólio e avanço no setor petrolífero. A vinculação da Petrobras ao regime de produção e partilha representa, assim, um retrocesso a todas as discussões oriundas das transformações legislativas, podendo ser interpretado no mercado internacional como uma forma de protecionismo do regime brasileiro.

Nesse sentido, deve-se manter a competição no mercado, mesmo com o modelo contratual diferente. Não havendo impedimento legal para a existência concomitante de modelos de exploração de petróleo.

Deve-se preservar as condições de competição: livre concorrência e iniciativa, de forma a disseminar a tecnologia e inovação e conseqüentemente ganhos para o Estado. Trata-se de ações estratégicas entre governo e iniciativa privada de forma a cumprir as disposições constitucionais do ordenamento máximo.

Assim, a necessidade de mudança do regime contratual, que foi evidenciada ao longo do trabalho, cinge na regulamentação infraconstitucional de instauração de um modelo de contrato de produção e partilha em que a União passa a ser proprietária de parte do petróleo extraído. Nesse modelo, verifica-se que não há obrigatoriedade de existência de empresa pública para exploração da atividade, representante do Estado, pois o contratado pode pagar, em dinheiro, ao Estado, o valor do petróleo. No caso do pagamento em petróleo é que pode surgir a necessidade de representação do Estado para armazenar e gerenciar o produto. Todavia, ainda assim, entende-se que pode a União através de licitação contratar empresas privadas para realização do armazenamento e distribuição desse óleo.

Qualquer privilégio concedido a empresa estatal deve passar pelo crivo da constitucionalidade, não estando de acordo com a finalidade da própria da atividade que é a expansão, posto que a insegurança jurídica ocasiona prejuízos quanto a injeção de investimentos no país.

Assim, a criação de empresa pública para exploração das jazidas, representando os interesses da União, num primeiro momento adequa-se ao ordenamento jurídico nacional vigente. No entanto, ressalta-se que as empresas públicas são influenciadas por diversos fatores, tais como, a necessidade de consolidação estrutural, financeira, tecnológica, de recursos humanos, o que requer destas empresas a necessidade de um tempo mínimo razoável para se estabelecerem no mercado, configurando uma desvantagem na celeridade em relação aos avanços das atividades de exploração e produção, indo de encontro ao princípio da eficiência da Administração Pública.

Por fim, vislumbra-se que o foco mais importante deste trabalho é a necessidade de definição urgente do novo marco regulatório mesmo com características diferenciada do modelo original, tendo sempre aos interesses e proveitos do povo brasileiro, conforme determina os princípios constitucionais já focados elucidados.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS ANP. Áreas sob concessão, blocos e setores oferecidos na nona rodada de licitações. Agosto de 2007

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS ANP *Desafios imediatos para a exploração de petróleo no Brasil*. IV Seminário de Petróleo e Gás no Brasil, promovido pela FGV no Rio de Janeiro, Palestrante: Haroldo Lima - Diretor-geral da ANP, disponível em <<http://www.anp.gov.br/conheca/palestras.asp>>, acessado 25 de abril 2008

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS ANP. *Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural*. Rio de Janeiro: Agência Nacional do Petróleo; 2001.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GAS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/conheca/10_anos_regulacao.asp>, acessado 2008.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Edit. Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Edmar. RODRIGUES, Felipe R. *Desenvolvimento das companhias de petróleo independentes no Brasil: oportunidades e obstáculos*. Boletim Infopet ro. Rio de Janeiro: ano 7, n.1, jan-fev 2006.

ALMEIDA. Paulo Roberto de. *Monteiro Lobato e a emergência da política do petróleo no Brasil*. Porto Alegre: Laser Press Comunicação, 2008, 144 p. Disponível em: <<http://www.pralmeida.org/05DocsPRA/1925MonteiroLobatoPetroleoBr.pdf>>, acessado 04 de novembro de 2009.

ALVEAL CONTRERAS , Carmem e PINTO JUNIOR, Helder. *A cooperação Inter-firmas na Industria Petrolífera Mundial*. Texto para discussão nº 382. Rio de Janeiro, IE/UFRJ/1996.

ALVES, Victor Rafael Fernandes, ARAÚJO NETO, Henrique Batista, XAVIER, Yanko Marcil de Alencar, SANTOS NETO, Otacílio dos. *A Pec 410/05 e suas implicações no marco regulatório do setor petrolífero brasileiro*. 4o PDPETRO, Campinas, SP. Disponível em: http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_1_0127-1.pdf, acessado 2 de maio de 2009.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A Plataforma Continental Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ARAUJO, Fernand. *Introdução à economia*. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 1ª Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARBOSA, Alfredo Ruy. *A natureza jurídica da concessão para exploração do petróleo e gás natural*. In: Temas de Direitos do Petróleo e Gás Natural II (Org. Paulo Valois). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel. (org) *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Econômica, in Constituição e Desenvolvimento*. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Edit. Malheiro, 2005.

_____. *Soberania e Constituição- Para uma crítica do Constitucionalismo*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Edit. EDUNB: Brasília, 2003.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha . *A política jurídica em Kelsen*. Revista Sequência, Florianópolis/SC, v. III, 1981.

Boletim SBGf. Especial: *Os desafios do pré-sal: O que as empresas de serviço e pesquisadores que atuam no Brasil enxergam de oportunidades com as recentes descobertas de petróleo offshore nas regiões abaixo do sal*. Publicação da Sociedade Brasileira de Geofísica, nº.. 1, 2008. Disponível em: <http://www.sbgf.org.br/publicacoes/boletins/boletim1_2008.pdf>, acessado 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União 1988, 5 out Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>, acessado 2008.

_____. Constituição de 1934. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>, acessado em 4 de novembro de 2008

_____. Decreto Lei 2.642/1934, disponível em:

<<http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/decretos/1934/dec%2024.642%20-%201934.xml>>, acessado 2009.

_____. Decreto Lei 366/1938, disponível em:

<http://nxt.anp.gov.br/nxt/gateway.dll/leg/decretos_leis/1938/declei%20538%20-%201938.xml>, acessado em 2009.

_____. Lei Federal 8.031/1990, disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18031.htm>, acessado 04 de novembro de 2009.

_____. Lei 9.478/1997, disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9478.htm>, acessado 4 de maio de 2008.

_____. Lei 8.031/1990, disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18031.htm>, acessado 3 de maio de 2009.

_____. Resolução Nº. 6 de 8 de novembro de 2007. Estabelece diretrizes específicas para a realização da Nona Rodada de Licitações de blocos exploratórios da ANP, e dá outras providências. Disponível em:
<http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg/folder_resolucoes/resolucoes_cnpe/2007/rcnpe%206%20-%202007.xml#art2>, acessado em 2 de julho de 2008.

BREGMAN, Daniel. *A Petrobras e as atividades de exploração e produção no Brasil: um breve histórico*. I Conferência Internacional de História Econômica e III Encontro Nacional de Pós-Graduação em História Econômica. Campinas, 2006.

BUCHÉB, José Alberto. *DIREITO DO PETRÓLEO A regulação das atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMPOS, Adriana Fiorotti. *Indústria do Petróleo*. Brasília: Ed. Interciência, 2007.

CAMPOS, Carlos Walter Marinho. *Sumário da história da exploração de petróleo no Brasil*. Boletim da ABGP. Rio de Janeiro: n.1, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra editora. 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2001.

CATTAN, Henry. *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*. New York, Dobbs Ferry, 1967.

CONGRESSO NACIONAL. *Os Desafios do Pré-Sal*. Caderno de Altos Estudos, n. 5, Brasília: Edições Câmara. Disponível em:
<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/1925/desafios_pre_sal_conselho.pdf?sequence=1>, acessão 04 de maio de 2010.

COSTA, Maria D'Assunção. *Comentários a lei do petróleo*. 2ª Ed, São Paulo: Atlas, 2009.

CRETELLA JUNIOR, Jose. *Tratado de Direito Administrativo: contratos administrativos*. V.3, Rio de Janeiro: Edit. Forense, 1996.

DAVID, Olavo B.. *Fundamentos de Geopolítica do Petróleo para Compreensão do Direito Petrolífero*. Direito do Petróleo em Revista, v. 1, n. 1, p. 9-32, out. 2003.

DRAIBE, Sônia. *Rumos e metamorfoses: Estado e industrialização no Brasil: 1930 a 1960*. Paz e Terra. São Paulo. 1985, p. 161. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/viewFile/1063/1386>>, acessado 05 de agosto de 2008.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de e FERNANDEZ, Thomas Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol, I, 10 ed. Madrid: Civitas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969. 2ª. Ed, São Paulo. Revista dos Tribunais, 1972.

FERREIRA, Pinto. *Comentários a Constituição brasileira*. Volume 4, Edit. Saraiva, São Paulo 1994.

FERREIRA, Sergio de Andréa. *A regulação como expressão do poder normativo governamental*. In Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo da Cunha (coord): Malheiros, São Paulo, 2003.

FEROLLA, Sérgio Xavier et METRI, Paulo. *Nem todo o Petróleo é nosso*. São Paulo, Paz e Terra, 2006.

Fiscal Terms for Upstream Projects – An Overview” – Artigo publicado pelo “Center for Energy Economics” (CEE) da Universidade do Texas em Austin. Disponível em <www.utexas.edu> acessado em 17 de novembro de 2008.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Contratos Administrativos*. Edit. Saraiva: São Paulo, 1981

FRIEDE, Reis. *Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FONTES, G. A. ; FONTES, k. A. ; Guimarães. P. B. V. ; Xavier, Y. M. A. *A Flexibilização do Monopólio do Petróleo e Gás e a Constituição Federal sob a ótica de Kelsen e Lourival Vilanova*. Anais do Seminário de Pesquisa do CCSA, v. XV, p. 46, 2009.

.O Contrato de produção e partilha e as novas reservas petrolífera. In: 62 Reunião Anual da SBPC, 2010, Natal. 62 Reunião Anual da SBPC, 2010

FONTES, G. A. ; Guimarães. P. B. V. ; Xavier, Y. M. A. . *Desafios jurídicos acerca do marco regulatório para as novas fronteiras petrolíferas, pré-sal*. In: 61ª Reunião Anual da SBPC, 2009, MANAUS. 61ª Reunião Anual da SBPC, 2009.

GOMES, Jorge Salgado; ALVES, Fernando Barata. *O universo da indústria petrolífera da pesquisa a refinação*. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10^a ed, Edit Malheiros: São Paulo, 2005,

_____. *Direito Posto e o Direito Pressuposto*. Malheiros, São Paulo, 2000.

Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP) declara “a manutenção, com alguns ajustes, do modelo de concessão atual - competitivo, transparente e estável”. Disponível em: <<http://www.tnpetroleo.com.br/noticia/20600/ibp-defende-a-manutencao-do-modelo-de-concessao-atual->>, acessado 2009.

Jornal da Ciência JC e-mail 3491, de 15 de Abril de 2008. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/Detail.jsp?id=55478>, acessado em 2008

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5 ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Lei do Petróleo com Soberania Nacional. Informativo Oficial da Associação Dos Engenheiros Da Petrobras. Rio de Janeiro, ano XXXIX no. 344, Janeiro/fevereiro/2008.

LEFF, Henrique. *Epistemologia ambiental*. São Paulo. Cortez, 2001.

LEITE, Antonio Dias. *A energia no Brasil*. 2^a. Ed ver e atual Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LIMA, Haroldo. *Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual*. Rio de Janeiro: Synergia, 2008.

LIMA, Paulo Cesar Ribeiro. Os desafios, os impactos e gestão da exploração do Pré-sal. Estudos e Pesquisa. Cadernos ASLEGIS | 35(setembro/dezembro)2008.

LOBATO, Monteiro. *O escândalo do petróleo e do ferro*. Edit. Brasiliense: São Paulo, 1936.

MACEDO E SILVA, Antonio Carlos. *Petrobras: a consolidação do monopólio estatal e a empresa privada (1953-1964)*. Campinas: UNICAMP, p.-2-3, Disponível em: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000053215>>, acessado 2009

MARINHO JR., Ilmar Penna. *Petróleo: Política e Poder*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

MATOS, Fernanda Laiz de. Aspectos jurídicos da inserção de pequenas e médias empresas na indústria do petróleo. 2007. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/site/extras/prh/docs/ANP_10anos/PRH_36.pdf>, acessado 03 de novembro de 2008.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20 ed, São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 13^a Ed. São Paulo: Edit. Malheiros, 2001.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

MELLO, Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed, Edit Malheiros: São Paulo: 2001.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal no. 9.478 de 06/08/1997*. São Paulo: Atlas, 2000.

MINADEO, Roberto. *Petróleo: a maior indústria do mundo?* Rio de Janeiro: Thex, Ed, 2002. 436 pg.

MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris: Librairie Garnier Frères, 1973. t.1. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. In Os clássicos da política. 13. ed. São Paulo: Editora Ática, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, Edit Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

_____. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Edit. Renovar, 2001.

_____. *Legitimidade e discricionariedade*. 4ª Ed, Rio de Janeiro: Edit. Renovar, 2001

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tendências da administração pública*. In TELLES, Antonio A. Queiroz e ARAUJO, Edmir Neto de, (Coord) *Direito Administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao prof. J. Cretella Junior*, São Paulo, RT, 1997, 366p.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica*. Revista Eletrônica Direito Administrativo Econômico, fevereiro/março/abril 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-EGON%20BOCKMANN.pdf>>, acessado 2009,

NEPOMUCENO, Francisco. *Experiências da Petrobras no caminho do pré-sal*. Rio Oil & Gas Conference, Rio de Janeiro. Setembro de 2008. Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/ri/pdf/RioOilGas_2008_Nepomuceno.pdf>, acessado em 04 maio de 2009.

NEVES, Rodrigo Santos. *Função normativa e Agências Reguladoras Uma contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Econômica*. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2009.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: uma introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PETROBRAS S.A. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/>>, acessado 4 de maio de 2008.

_____. Modelo Regulatório de Exploração e Produção Pré-sal e áreas estratégicas. Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/ri/port/ApresentacoesEventos/ConfTelefonicas/pdf/Marco_Regulatorio_Port.pdf>, acessado em 05 de junho 2010.

_____. *Relatório Anual 2008*. Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/ri/port/ConhecaPetrobras/RelatorioAnual/pdf/RelatorioAnual_2008.pdf>, acessado em 5 de agosto de 2009

_____. *Technology: Petrobras Research Center – The Birth of Cenpes*. Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/portal/frame.asp?pagina=/tecnologia/ing/centro_pesquisasda_petrobraslinhatempo.asp?en&area=tecnologia > Acessado em 21 junho de 2009.

_____. *Tecnologia: Área de Atuação - produção em águas profundas*. Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/tecnologia2/port/areadeatuacao_exploracaoaguas.asp#01> Acessado em 18 junho 2009.

_____. *Conheça a Petrobras: Estatuto Social*. Disponível em: <http://www2.petrobras.com.br/portal/frame_ri.asp?pagina=/ri/port/index.asp?pt&area=ri> Acessado em 20 junho 2009.

_____. *Conheça a Petrobras: Introdução*. Disponível em: <<http://www2.petrobras.com.br/ri/port/ConhecaPetrobras/ConhecaPetrobras.asp> > Acessado em 20 junho 2009.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIETRO, Maria Silvia de. *Direito Administrativo*. Atlas: São Paulo, 2008.

PIRES, Paulo Valois. *A evolução do Monopólio Estatal do Petróleo*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *A Proteção dos Direitos Humanos no Sistema Constitucional Brasileiro*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 45, p. 216/236. São Paulo: RT, out-dez/2000.

RAMOS, Elival da Silva. *O Estado na Ordem Econômica*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 43, p. 49/56. São Paulo: RT, abril-jun/2003.

RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. 1ª Edição, 2009. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado 2010

Revista Veja, Edição 2034, 14 de novembro de 2007. *Reportagem “O governo anuncia que a Petrobras achou muito petróleo à profundidade de quase um Everest abaixo da superfície.”* Disponível em: http://veja.abril.com.br/141107/p_080.shtml, acessado 2008.

RIBEIRO, Maria Rosado d Sá. *Direito do petróleo- As joint ventures na industria no petróleo*. 2ª. Ed, Edit. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e Desenvolvimento*. In SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.).*Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002

_____. *Função social do contrato: primeiras anotações*.Revista dos tribunais, ano 93, maio 2004, 823

Seminário de Petróleo e Gás no Brasil, promovido pela FGV no Rio de Janeiro, Palestrante: Haroldo Lima - Diretor-geral da ANP - Desafios imediatos para a exploração de petróleo no Brasil. Disponível em <http://www.anp.gov.br/conheca/palestras.asp>, acessado abril 2008.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 3.ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992.

SILVA, Jose Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3 ed. São Paulo:Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. 3ª ed., Edit Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000.

SOUZA, Roberto G de. *Petróleo: Historias das descobertas e o potencial brasileiro*. Niteroi/RJ: Ed. Muiraquitã, 1997.

SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1997.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª Ed. Método. 2006.

TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoietico, apud ARAGÃO, Alexandre Santos. Agências reguladoras independentes e a separação dos poderes: uma contribuição da teoria do ordenamento setorial. Revista Eletrônica Direito Administrativo do Estado numero 10 maio/junh/jul 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-ALEXANDRE%20ARAG%C3%83O.pdf>>, acessado 2009.

VALOIS, Paulo. *A Evolução do Monopólio Estatal do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

ZAMITH, Regina. *A indústria para-petróleo nacional*. São Paulo, Annablume, 2001.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)