

5º CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM PETRÓLEO E GÁS



TÍTULO DO TRABALHO:

Intervenção Estatal na Indústria do Petróleo: regulação e segurança jurídica

AUTORES:

Camila Rocha Cunha Viana¹

INSTITUIÇÃO:

Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Este Trabalho foi preparado para apresentação no 5º Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás- 5º PDPETRO, realizado pela a Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás-ABPG, no período de 15 a 22 de outubro de 2009, em Fortaleza-CE. Esse Trabalho foi selecionado pelo Comitê Científico do evento para apresentação, seguindo as informações contidas no documento submetido pelo(s) autor(es). O conteúdo do Trabalho, como apresentado, não foi revisado pela ABPG. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões da Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás. O(s) autor(es) tem conhecimento e aprovação de que este Trabalho seja publicado nos Anais do 5ºPDPETRO.

¹ E-mail: camilarcviana@yahoo.com.br

Intervenção Estatal na Indústria do Petróleo: regulação e segurança jurídica

Abstract

The operation of the new system brought by the Constitutional Amendment n. 9 of 1995 led to a diversification in the forms of State intervention on the oil exploitation. After the Amendment, according to express prevision of subsection III, 2nd paragraph of article 177, the Brazilian State assumed a regulatory position and also one of a surveyor of the oil market participants. Within this moment of change countless questions, both economical and political, emerged in respect to the public intervention mechanisms and the preservation of constitutional principles, such as free concurrence and free initiative in the oil business. Even more insecure inquiries arise when it comes to uncertain matters such as the juridical security of the oil companies. Thus, the objective of this paper is to analyze the different ways of performance of State intervention on the oil sector in order to minimize the impacts of the contemporary scenery by providing more information about the State performance in this particular branch of activity.

Introdução

A EC n. 9/95 promoveu alterações à redação original do artigo 177 da Constituição de 1988. Nesse sentido, a emenda operou a relativização do monopólio estatal do petróleo. Uma vez extirpada do enunciado do parágrafo 1º do dispositivo em tela a proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração petrolífera, a emenda permitiu que a União transferisse ao concessionário a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural (GRAU, 2008). A emenda dispõe sobre a *propriedade* das jazidas, mantendo intocado o monopólio da exploração da *atividade*, e é dessa forma que o regime monopolístico se tornou relativo em relação ao anterior a 1995. A atividade permanece como monopólio da União, mas é possível que ela conceda o privilégio de exploração e produção para outra companhia, através de um contrato de concessão.

A operacionalização desse novo sistema levou à diversificação das formas de intervenção do Estado na atividade de exploração e lavra das jazidas petrolíferas. Após o advento da EC n.9/95, segundo previsão expressa do inciso III do parágrafo 2º do artigo 177, o Estado brasileiro assumiu uma postura regulatória e fiscalizadora dos integrantes do mercado (ROSADO,2003).

Após a exposição breve do panorama atual do setor petrolífero no Brasil, podemos afirmar que o Estado brasileiro intervém nesse domínio de forma diretiva. A intervenção por direção possui três ramificações, que consistem no objeto deste estudo. São elas: a regulação setorial, a defesa do consumidor e a defesa da concorrência.

De acordo com a classificação apresentada por Eros Grau, podemos afirmar que o Estado intervém na atividade petrolífera por direção. Quando o Estado realiza a intervenção por direção, ele exerce pressão sobre a atividade econômica em questão, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos dessa atividade (GRAU, 2008). A intervenção por direção possui três dimensões distintas: os regulamentos estatais setoriais, a defesa do consumidor e a defesa da concorrência, todas aferíveis de plano no sistema de regulação pós-EC n.9/95.

A regulação setorial tem por objetivo corrigir as falhas do mercado, seja através da regulação de entrada e saída do setor, seja pelo controle de preços e da qualidade e quantidade dos produtos e serviços oferecidos pelos entes privados. Os regulamentos setoriais constituem disciplinas internas de cada atividade econômica regulada, considerando as suas especificidades e minúcias. O braço

regulador da Administração Pública no setor petrolífero é a Agência Nacional do Petróleo. A ANP é uma autarquia sob regime especial, criada pela Lei 9478/97 (Lei do Petróleo). Cabe a ela, por expressa previsão constitucional (artigo 177, parágrafo 2º, III, Constituição), a função de órgão regulador e fiscalizador do monopólio da União.

Dentre as competências da ANP, encontramos as três dimensões supramencionadas da intervenção diretiva: a regulação setorial propriamente dita, a defesa do consumidor e, por último, a da concorrência.

i) Regulação Setorial

De acordo com o artigo 8º da Lei 9.478, “*a ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo (...)*”. Compete à ANP realizar os processos de licitação e contratação com os particulares, representando a União nos contratos de concessões, sendo esses últimos os meios para a outorga de direitos de exploração da atividade pelo particular. Além disso, ela possui poder normativo para editar atos que objetivem o condicionamento do comportamento dos agentes econômicos na indústria petrolífera. No que tange a esse último aspecto, é importante ressaltar a importância da regulamentação setorial. A ANP edita normas e aplica sanções aos particulares que as desrespeitarem. Essas normas visam a estabelecer parâmetros de comportamento aos atores da indústria do petróleo. Essas atribuições estão dispostas nos incisos VII e IX do artigo 8º supramencionado.

ii) Defesa do Consumidor

A dimensão protetiva do consumidor na intervenção por direção busca minimizar a situação de hipossuficiência do consumidor diante do poderio econômico dos fornecedores, causada principalmente pela assimetria de informações entre os dois pólos da relação consumerista. A Lei do Petróleo também determina a proteção dos interesses do consumidor quanto ao preço, à qualidade e à oferta dos produtos. Cumprindo essa determinação, a ANP monitora o comportamento dos preços praticados pelas distribuidoras e postos revendedores de combustíveis, com a realização de uma pesquisa semanal de preços. Os resultados das pesquisas são disponibilizados à sociedade, de forma a permitir que o consumidor tome conhecimento dos preços praticados no mercado e faça a melhor opção de compra. Essas pesquisas destinam-se também a identificar indícios de infrações à ordem econômica, como alinhamento de preços e formação de cartéis, que são comunicadas à SDE – Secretaria de Direito Econômico e ao Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

iii) Defesa da Concorrência

No que tange à última dimensão da intervenção por direção, podemos afirmar que a defesa da concorrência visa a corrigir as falhas de mercado que possam provocar níveis de concentração indesejáveis no mercado regulado. A promoção da livre-concorrência está prevista no artigo 1º, inciso IX, da Lei 9.478, como um dos objetivos das políticas energéticas nacionais. O legislador, atendendo ao princípio constitucional da livre-concorrência (artigo 170, IV, Constituição), vincula a disciplina normativa da indústria do petróleo à observância desse preceito. Nesse sentido, a promoção da livre-concorrência é uma finalidade a ser alcançada pelo Conselho Nacional de Política Energética e pela ANP.

A defesa da concorrência no setor petrolífero é realizada a partir de uma cooperação entre a ANP e os órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Dispõe o artigo 10 da Lei 9478 acerca das regras de cooperação entre a ANP, o Cade e a SDE. Nesse sentido, disciplina o texto legal: “Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-la 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”. O papel da ANP é subsidiário em relação aos demais órgãos do SBDC. A ANP não pode aplicar sanções relativas a práticas anticoncorrenciais, ou seja, ela não pode impor as penalidades previstas na Lei 8.884/94. Cumpre novamente ressaltar novamente que a verificação da formação de cartéis deve ser comunicada imediatamente à SDE e ao Cade para que seja dado início às investigações no âmbito da SDE.

Ademais, é importante mencionar a realização de ações complementares entre a ANP e aos órgãos integrantes do SBDC, como o Acordo de Cooperação Técnica, firmado entre a ANP e o SDE.

Metodologia

A pesquisa tem por base a utilização dos elementos tradicionais da hermenêutica jurídico-constitucional, tais como o da efetividade das normas jurídicas e o da unidade da Constituição. Ademais, dentre os métodos interpretativos clássicos, far-se-á uso neste trabalho da interpretação histórica e dos ditames irradiados pelo princípio da supremacia constitucional.

No constitucionalismo contemporâneo, o princípio da efetividade das normas constitucionais ocupa lugar de destaque dentre os novos elementos da hermenêutica constitucional. Consoante o novo entendimento difundido na doutrina jurídica moderna, o conceito da efetividade preconiza que todas as normas constitucionais possuem eficácia normativa e aplicabilidade, não obstante serem princípios ou regras. Com base nesse enunciado, buscou-se o sopesamento e harmonização dos princípios incidentes *in casu*, sem a escusa de que um ou dois deles não incidiriam na situação concreta por um possível argumento de não auto-aplicabilidade ou de omissão legislativa (BARROSO, 2009).

O princípio da unidade constitucional impõe ao intérprete “o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas” (BARROSO, 2009). Este trabalho se baseia no estudo específico das tensões travadas dentro do próprio texto constitucional. Isso porque a Constituição é um documento dialético, que abarca em seu corpo interesses distintos. Assim, como exemplo, buscou-se conciliar, dentre os princípios norteadores da ordem econômica, o da livre-concorrência com a defesa do consumidor.

Finalmente, em que pese a essencialidade dos princípios interpretativos já mencionados, faz-se mister ressaltar a fundamental importância da aliança entre a visão econômica e o conhecimento jurídico para a compreensão das minúcias que o ambiente regulatório apresenta. Noções e conceitos da Microeconomia, Macroeconomia, Teoria dos Jogos e Economia Industrial aparam as arestas deixadas pelas normas abstratas, e muitas vezes, atécnicas, editadas pelo legislador e pelo administrador.

Resultados e Discussão

A pesquisa encontra-se em fase de coleta de dados bibliográficos e estatísticos. Entretanto, algumas informações relativas ao programa de controle de preços realizados pela ANP corroboram as exposições ora feitas.

A ANP realiza o chamado Levantamento de Preços e de Margens de Comercialização de Combustíveis, que abrange a gasolina comum, o álcool etílico hidratado combustível, o óleo diesel não aditivado e o gás natural veicular. Essa pesquisa é realizada em 411 municípios. No que tange ao gás liquefeito de petróleo, o levantamento é realizado em 363 municípios.

A atuação da ANP no monitoramento de preços é um dos reflexos da atuação regulatória estatal, empreendida com o objetivo de assegurar a livre-concorrência e a defesa do consumidor.

Conclusões

Antes das reformas operadas na década de 90, o Estado brasileiro atuava de forma direta em diversas atividades econômicas. O critério balizador para a seleção dessas atividades era a grande relevância desses setores para o desenvolvimento social e para a realização do interesse público.

Atualmente, o Estado abandonou a exclusividade na execução de inúmeras dessas atividades, assumindo uma posição regulatória e fiscalizatória dos integrantes do mercado (ROSADO, 2003). O abandono da mentalidade estatista abre espaço para uma nova feição do ente estatal, de cunho eminentemente protetivo da livre-concorrência e da livre-iniciativa, dois grandes pilares da ordem econômica nacional. Nesse sentido, afirma-se que a concorrência assume papel central no fortalecimento do mercado de exploração e produção de petróleo, levando à redução de preços e ao aumento da qualidade e oferta de produtos. A concorrência é a modalidade de regulação por excelência, configurando-se como a melhor forma de atendimento ao interesse público (ARAGÃO, 2008). Com efeito, compete à ANP, como uma de suas finalidades precípuas, a defesa da concorrência, como forma de promoção da defesa do consumidor e de consecução do interesse público.

Além disso, como objetivo e *ratio* de sua criação, é também função da ANP criar um ambiente de segurança jurídica para os agentes econômicos da indústria do petróleo, de forma a garantir a continuidade dos investimentos no setor. A confiança na disciplina jurídica para o setor petrolífero pode ser alcançada através de procedimentos transparentes no âmbito interno da agência, do aprimoramento do sistema de audiências públicas e do detalhamento dos dispositivos normativos regulatórios, através da elaboração de cláusulas fechadas e da redução do número de conceitos indeterminados. Dessa maneira, afasta-se o risco da captura ao inverso, política, baseada em uma presunção, muitas vezes infundada, de má-fé do agente privado.

É essencial que o órgão regulador seja impermeável a pressões políticas, a fim de que possa tomar suas decisões de forma independente, baseadas em julgamentos autônomos acerca dos melhores políticas para o setor e seus agentes. Essa é a melhor forma de realização das finalidades da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, cujo substrato máximo de atuação é a persecução do interesse público do povo brasileiro.

Agradecimentos

Agradeço o suporte financeiro e institucional da ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, do Programa de Recursos Humanos – PRH – 33 e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Referências Bibliográficas

ANP/SDE. *A defesa da concorrência no mercado de combustíveis*. 2004. Disponível em: <http://www.anp.gov.br> ou <http://www.mj.gov.br>.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Concorrência na Prestação de Serviços Públicos e Agências Reguladoras*. Palestra proferida no dia 13/11/2008 no III Congresso Internacional de Direito Administrativo da Cidade do Rio de Janeiro, realizado pela Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARDOSO, Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho. *As joint ventures e o paradoxo antitruste*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 1990

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

PINTO Jr, Helder, **SILVEIRA,** Joyce Perin. *Elementos da Regulação Setorial e de Concorrência: uma agenda de questões para o setor de energia*. ANP. Nota Técnica nº 6/1999. Disponível em: http://www.anp.gov.br/doc/notas_tecnicas/Nota_Tecnica_ANP_006_1999.pfd.

POSSAS, Mario, **FAGUNDES,** Jorge, **PONDÉ,** João Luiz. *Defesa da Concorrência e Regulação de setores de infra-estrutura em transição*.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo – As joint ventures na Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.