

**O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E GÁS
NATURAL: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE
DO ARTIGO 42 DA LEI 9.478/1997**

Marjory Pilar Melo de Azevedo

Aluna bolsista do Programa de Recursos Humanos em Direito do petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (PRH-ANP/MCT Nº 36).

1. INTRODUÇÃO

Os estudos sobre a possibilidade de existência do petróleo em território brasileiro têm registros desde meados da metade do século XIX. No ano de 1858, o Imperador D. Pedro II já outorgara concessões para a exploração de carvão, turfa e folheto betuminoso em regiões no sul da Bahia. Alguns anos depois, o mesmo Imperador conferiu a concessão para a exploração, pela primeira vez, do chamado petróleo.

Conforme estabelecia a primeira Constituição Republicana brasileira (1891), o regime adotado era o da propriedade plena, no qual o dono do solo também detinha o direito sobre as reservas minerais do subsolo¹. Assim, esta primeira fase da história do petróleo no Brasil caracterizou-se pela liberdade na exploração pela iniciativa privada. Neste período, a participação estatal veio se estreitando com a criação do Serviço Geológico e Mineralógico Brasileiro (SGMB) em 1907 e do Departamento Nacional de Proteção Mineral (DNPM) já em 1933.

Devido o reflexo de todos os movimentos nacionalistas que aconteceram em muitos países da América Latina na época, a nova Constituição de 1934 refletiu uma mudança no regime de propriedade do solo e subsolo, ficando determinada uma distinção na propriedade de ambos, dependendo a exploração de recursos minerais de autorização federal². Nesta segunda fase ocorreu a criação do Conselho Nacional de Petróleo (CNP) em 1938, que passou a controlar indústria do petróleo, e a primeira legislação federal da indústria do petróleo (Decreto-lei nº 395/38), que passou a disciplinar todas as etapas desta indústria existentes àquela época. Foi neste período que

¹ Art. 72, §17, da Constituição Federal de 1891.

² Arts. 118 e 119 da Constituição Federal de 1934.

ocorreu fato marcante na perfuração de petróleo no Brasil: em 1939, em Lobato/BA, jorrou, pela primeira vez, petróleo de um poço no país.

A Constituição de 1934 previu que para a prática de atividades vinculadas a indústria petrolífera bastava que a empresa fosse constituída sob as leis brasileiras. Entretanto, a Constituição de 1937 exigiu também que os seus acionistas fossem brasileiros, o que impediu estrangeiros de desenvolverem atividades deste ramo no país.

Ainda tendo em vista anseios nacionalistas, em 1941 foi editado o Decreto-lei nº 3.236 que declarava que as jazidas de petróleo e gases naturais existentes no território nacional pertenciam à União.

Com a instauração de um Poder Constituinte Originário, que findou com a promulgação da Constituição Federal de 1946, foi possibilitado aos estrangeiros a exploração do subsolo para a produção de petróleo, desde que suas empresas fossem constituídas conforme as leis brasileiras. Tal determinação revelou-se mais liberal neste aspecto que a Constituição anterior.

Entretanto, neste mesmo período os debates acerca da política brasileira de petróleo se acaloravam com a participação em especial dos militares. A maior parte deles, defensores do monopólio total do Estado em relação à indústria do petróleo alegando motivos de segurança nacional e pelo desejo de conservar a soberania nacional sobre os recursos minerais, demonstrou-se insatisfeita com a nova orientação traçada pelo CNP que favorecia a participação de capitais estrangeiros nesta indústria.

Foi a partir deste crescente movimento nacionalista, liderado pelo General Horta Barbosa, que se passou a defender o total monopólio estatal do petróleo com o uso do famoso slogan “o petróleo é nosso”.

Após muitos debates no seio da sociedade foi aprovada a Lei Federal nº 2.004/53 que definiu como monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, a refinação do petróleo nacional e estrangeiro, o transporte marítimo do petróleo bruto e seus derivados produzidos no país, bem como o transporte por meio de dutos de petróleo bruto e seus derivados e gases raros de qualquer origem³. Posteriormente, acrescentou-se também o monopólio

³ Art. 1º da revogada Lei nº 2.004/53.

da União sobre as atividades de importação e exportação. Foi também criada a Petróleo Brasileiro Sociedade Anônima – PETROBRAS. Por meio desta Lei estabeleceu-se que o CNP exerceria as funções de orientação e fiscalização e a PETROBRAS seria a executora do monopólio federal.

Sob o comando da PETROBRAS no exercício do monopólio da União sobre todas essas atividades, cada vez mais se desenvolveu alta tecnologia no setor, tornando-se uma das empresas mais hábeis na exploração e produção de petróleo, com especial ênfase para a exploração em alto mar. A indústria do petróleo brasileiro alavancou-se, passando a figurar entre as maiores indústrias petrolíferas do mundo.

Esta terceira fase, caracterizada pelo monopólio da União, perdurou até a promulgação da Emenda Constitucional nº 9/95, que findou por flexibilizar este monopólio, se materializando com a edição da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), assuntos que passarão a ser analisados mais especificamente no decorrer deste trabalho.

2. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 09 E A FLEXIBILIZAÇÃO DO MONOPÓLIO

O regime de monopólio da União, por meio da PETROBRAS, sobre as mais diversas atividades petrolíferas brasileiras perdurou por mais de quarenta anos, abarcando um período em que a presença do Estado brasileiro era concentradora, atuando em diversos segmentos de nossa economia. Neste período, empresas estatais de energia, telecomunicações, bancárias, de transportes, entre tantas outras, que desempenhavam atividades econômicas e também prestavam serviços públicos, eram uma realidade no país.

Este modelo visava e acabou por concretizar grandes melhorias sociais, albergadas inclusive pela nossa Constituição Federal de 1988, trazendo grandes avanços para o país na educação, saneamento básico e previdência social, principalmente nas últimas décadas do século XX.

Desta forma, para Justen Filho (2002, p. 19 *apud* LEITE, 2008, p.15) “tornou-se difícil para o Estado, mormente ao longo das últimas três décadas, suportar o déficit financeiro provocado pelas suas próprias conquistas” e pela ineficiência de suas gestões.

No âmbito internacional, com a intensificação da globalização, levando a um estreitamento dos mercados mundiais e crescimento do fluxo de bens e serviços por todos os países, ficou demonstrado que a mão invisível que regulava o mercado previsto pelo liberalismo de Adam Smith tinha sido superada, da mesma forma que a presença concentradora do Estado em todos os setores da sociedade já não era mais compatível com os anseios e necessidades da sociedade mundial. Tais reflexos, então, começaram a surtir efeito no Brasil.

Diante de tal contexto, havia a necessidade de modificação do modelo de Estado concentrador, iniciando-se uma mudança de paradigma no país: “a substituição do Estado provedor, para, então, conceber-se um modelo político em que se privilegia a eficiência e a racionalidade como fundamentos para esta nova estrutura de Estado regulador de mercados.” (CASTRO, 2004, p. 9).

Com a necessidade de substituição do modelo estatal concentrador até então vigente, deu-se início a privatização das empresas estatais e a criação de agências reguladoras, tendo como finalidade disciplinar e controlar certas atividades. A atuação das agências reguladoras caracterizou-se por uma forma da Administração Pública intervir no domínio econômico através do poder regulamentar que lhes é atribuído, possuindo um caráter de independência e autonomia administrativa, financeira, funcional e patrimonial e estabilidade no cargo de seus dirigentes.

As mudanças ocorridas no seio da sociedade mundial e brasileira trouxeram também algumas modificações constitucionais com o intuito de adequar o país àquele cenário. A Emenda Constitucional n° 6/95 acrescentou no parágrafo primeiro do artigo 176 da Constituição Federal a possibilidade de empresas estrangeiras realizarem a pesquisa e a lavra dos recursos minerais e aproveitarem os potenciais de energia hidráulica, desde que constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país, na forma da lei brasileira.

Outro exemplo foi a Emenda Constitucional n° 7/95, que alterou o artigo 178 da Constituição Federal, permitindo, quando se trata de transporte aquático, o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior por embarcações estrangeiras.

As mudanças sociais e econômicas ocorridas no Brasil e no mundo atingiram também a indústria do petróleo brasileira que há anos vinha sendo desenvolvida exclusivamente pela PETROBRAS devido ao monopólio do Estado também neste setor. Percebeu-se que, abrindo também a economia petrolífera para outros agentes econômicos, mais capitais seriam atraídos para o país, e o Brasil teria mais condições de construir uma sociedade livre, justa e solidária e lutar mais eficazmente pelo o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução das desigualdades regionais e pela promoção do bem de todos (LEITE, 2008, p. 19). A abertura da economia petrolífera brasileira seria mais um passo para o alcance do respeito aos princípios da ordem econômica nacional previstos no artigo 170 da nossa Magna Carta de 1988.

Neste sentido, foi promulgada a Emenda Constitucional n° 9/95 que passou a permitir a contratação pela União de empresas estatais ou privadas (nacionais ou estrangeiras, observadas as condições estabelecidas em lei) para a realização das atividades relacionadas à indústria do petróleo e gás natural, antes exclusivas da PETROBRAS⁴. Assim, ocorreria a chamada flexibilização do monopólio da União em relação a esse setor econômico.

No ano de 1997, foi editada a Lei n° 9.478, a chamada Lei do Petróleo, que veio por materializar a EC n° 9/95, dispondo sobre a política energética nacional, estabelecendo regras e limites para a indústria petrolífera e gasífera do país. A Lei do Petróleo também veio a instituir o Conselho Nacional de Política Energética⁵ e uma agência reguladora para o setor, a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

⁴ Atividades estas previstas nos incisos I a IV do artigo 177 da Constituição Federal.

⁵ O Conselho Nacional de Política Energética é um órgão de assessoramento do Presidente da República, possuindo funções de formular políticas e diretrizes de energia conforme diretrizes previstas no artigo 2° da Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo).

3. O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA LEI 9.478/1997

Na Lei do Petróleo foram estabelecidas as novas regras que passaram a reger as atividades relacionadas a todas as etapas da indústria petrolífera e gasífera no país.

No que concerne às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, o artigo 23 da Lei do Petróleo estabelece que estas atividades serão sempre exercidas por meio de contratos de concessão, precedidos de licitação. De acordo com Maria D'Assunção Costa (2009, p. 183), “o contrato de concessão pressupõe certame licitatório para que a União, por meio da ANP, possa selecionar a melhor proposta entre todas as ofertantes, sejam empresas de controle público ou privado”, nacionais ou estrangeiras.

Desde que obedecidas as normas estabelecidas no edital da licitação, na Lei do Petróleo e nas regulamentações expedidas pela ANP, é garantido a qualquer um participar do certame, inclusive a PETROBRAS. Dessa forma, utiliza-se a licitação como meio legal para o alcance imparcial e igualitário da escolha da melhor proposta.

O procedimento licitatório inicia-se quando a União, através da ANP, após realizar pesquisas e estudos, define quais os blocos que serão objetos de contratos de concessão. Ou seja, a ANP, por meio de estudos e de forma motivada e justificada, decide qual a delimitação das áreas que tenham sua estrutura geológica formada por bacias sedimentares⁶ que serão licitadas durante os certames.

Ao definir os blocos é anunciada a rodada de licitação na qual futuramente se realizarão os leilões dos blocos definidos. Para isto, é publicado pela ANP o pré-edital e a minuta do contrato de concessão daquela licitação. Posteriormente, é realizada audiência pública para que seja dada publicidade a todos os requisitos que envolverão a futura licitação, inclusive com possibilidade de serem transmitidas via internet e em diversos idiomas, permitindo-se, também, a participação de qualquer interessado para realizar indagações e exigir qualquer esclarecimento sobre os blocos escolhidos.

Passada esta etapa, são recolhidas as taxas de participação e as garantias de oferta, é disponibilizado o pacote de dados, são realizados os seminários técnico-

⁶ Apenas as regiões em que a sua estrutura geológica seja formada por bacias sedimentares é que pode ocorrer a formação de hidrocarbonetos, como o petróleo e o gás natural, por exemplo.

ambiental e jurídico-fiscal, é feita a publicação oficial do edital e do contrato de concessão e, por fim, é aberto o prazo para a habilitação das empresas concorrentes.

Passadas estas etapas, realiza-se o leilão para apresentação das ofertas feitas pelas empresas habilitadas, e aquela que, no conjunto, apresentar a melhor proposta, conforme as normas previstas no edital da licitação, na Lei do Petróleo e nas regulamentações expedidas pela ANP, será a vencedora, estando hábil para assinar o contrato de concessão⁷.

O contrato de concessão que outorga direitos ao concessionário para a exploração, desenvolvimento e produção do petróleo e gás natural possui algumas características peculiares.

Ao realizar as atividades de exploração, o concessionário assume o risco exclusivo. Isto quer dizer que, em caso de não êxito na exploração do petróleo ou gás natural, seja pelo fato de não encontrar hidrocarbonetos na área que lhe foi concedida, seja por tê-los encontrado, mas não o suficiente para lhe garantir um retorno satisfatório em relação aos investimentos realizados, o concessionário sempre arcará com todas as despesas e obrigações previstas no contrato e na lei. Em caso de êxito na fase de exploração, deve o concessionário produzir petróleo ou gás natural, sendo garantido a ele a propriedade exclusiva de todos esses bens após extraídos, desde que pague suas obrigações legais e contratuais⁸.

Dessa forma, o contrato de concessão caracteriza-se principalmente por impor o risco exclusivo ao concessionário na exploração do petróleo ou gás natural e por garantir a ele a propriedade exclusiva dos recursos minerais extraídos. Segundo Haroldo Lima (2008, p. 61), “o contrato de concessão é um dos três tipos de instrumentos jurídicos mais usados na indústria de petróleo no mundo”, e no Brasil o modelo foi escolhido por decisão política.

⁷ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Rodadas de Licitações**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?pg=15397&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&cachebust=1280451854083>>. Acesso em 23 jul. 2010.

⁸ Art. 26 da Lei 9.478/97.

4. O ARTIGO 42 DA LEI 9.478/1997 E A DISCUSSÃO ACERCA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE

Embora o artigo 40 da Lei do Petróleo estabeleça que na determinação da proposta mais vantajosa no julgamento da licitação devam ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade entre os concorrentes, o artigo 42 do mesmo regramento legal traz uma redação que leva a muitos estudiosos e profissionais da área dúvidas sobre a sua constitucionalidade.

O citado artigo versa no seguinte sentido: “em caso de empate, a licitação será decidida em favor da PETROBRÁS, quando esta concorrer não consorciada com outras empresas”.⁹

Por um lado, alguns consideram que o artigo acima transcrito estaria eivado de inconstitucionalidade, uma vez que atribui uma condição privilegiada à PETROBRAS em detrimento dos demais concorrentes do certame.

Para José Alberto Bucheb (2007, p.83) tal dispositivo é inconstitucional pois vai de encontro ao princípio da igualdade de tratamento das sociedades de economia mista que exploram atividade econômica e das empresas privadas, albergados nos §§ 1º, II e 2º do artigo 173 da Constituição Federal de 1988¹⁰, assim como ao princípio da livre

⁹ Art. 42 da Lei 9.478/1997.

¹⁰ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

[...]

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

concorrência previsto no artigo 170, IV da nossa Carta Magna¹¹ e reafirmado no artigo 1º, IX, da Lei do Petróleo¹². Neste mesmo sentido, Maria D`Assunção Costa (2009, p. 209) defende que não existe fundamentos que justifiquem a outorga de um privilégio a uma empresa que tem todas as possibilidades de competir em condições de igualdade com qualquer outra concorrente, nas licitações promovidas pela ANP.

Embora a possibilidade de empate no procedimento licitatório realizado pela ANP seja de difícil ocorrência, a discussão acerca da constitucionalidade do artigo 42 da Lei do Petróleo não toma proporções diminutas. Defendendo a inconstitucionalidade deste artigo, Maria D`Assunção Costa (2009, p. 209) reforça, ainda, que “percebe-se aqui uma grande ausência de equidade e justiça por parte do legislador pátrio. A Emenda Constitucional nº 9/95 previu a contratação de empresas públicas e privadas sem fazer referência a qualquer privilégio que a lei ordinária devesse conter”. Complementando este posicionamento, “onde o constituinte não distinguiu, não pode, sem autorizativo, fazê-lo o legislador ordinário, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.” (CASTRO, 2004, p. 37/38).

Percebe-se, portanto, que constitucionalmente não há previsão para que seja dado um tratamento diferenciado pelo legislador ordinário à PETROBRAS no caso de empate nas licitações realizadas pela ANP, e uma vez que isto acontece através do disposto no artigo 42 da Lei do Petróleo, configura-se uma afronta aos princípios da legalidade, igualdade e livre concorrência.

Outras legislações ordinárias também oferecem privilégios a empresas brasileiras em algumas situações, como, por exemplo, quando a Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93) prevê que como critério de desempate será dada preferência primeiramente a bens e serviços produzidos no país e, por conseguinte, àqueles produzidos ou prestados por empresas brasileiras¹³.

¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência.

¹² Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: [...] IX - promover a livre concorrência.

¹³ Art. 3º, § 2º da Lei 8.666/93.

Ocorre que quando se trata da Lei do Petróleo, o texto trazido pelo artigo 42 não vem a dar preferência, no caso de empate de ofertas, a todos licitantes nacionais, mas única e exclusivamente a PETROBRAS. Está aí mais um fato questionador a respeito do artigo.

Embora ainda sejam poucas as empresas nacionais que participem das licitações realizadas pela ANP e explorem petróleo e gás natural no Brasil, é notável o crescente número dessas empresas adentrando na indústria petrolífera e gasífera do país. Segundo Haroldo Lima, Diretor-Geral da ANP, um novo formato tem surgindo e alterando substancialmente o setor: em 1998 o cenário era o da presença de uma grande e única empresa explorando e produzindo petróleo em todo o Brasil, a Petrobrás, já em 2005, 39 empresas estavam presentes, dentre elas dez brasileiras, incluindo a Petrobrás e 29 estrangeiras, em diferentes graus associadas à estatal brasileira, e este número só tende a crescer¹⁴. Já ao fim de 2008, após a 10ª Rodada de Licitações da ANP, o número de concessionárias em operação no setor brasileiro de petróleo e gás natural passou de 72 para 77 grupos, sendo 40 deles de origem brasileira¹⁵. Mesmo tendo surgido a cada dia empresas nacionais de petróleo, apenas a PETROBRAS é contemplada pelo privilégio trazido pelo artigo 42 da Lei do Petróleo, sendo a única passível de sair vencedora de uma licitação em caso de empate, quando não atuar sob forma de consórcio.

Por outro lado, há quem defenda a constitucionalidade do artigo ora debatido tendo em vista os princípios de soberania e desenvolvimento nacional, respectivamente, fundamento e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Sendo o primeiro, também, um dos princípios da ordem econômica nacional.

“Não se pode negar que, historicamente, a indústria do petróleo e gás natural baliza os passos econômicos e políticos de um sem-número de Estados e Nações, engendrando não apenas poder e dividendos, mas também opressão e guerra.” (LEITE, 2008, p. 79). Desta forma, enfatiza Leite que o petróleo e seus derivados mostram-se

¹⁴ LIMA, Haroldo. **Caminhos do petróleo no Brasil - VII Rodada**. Mundo do Petróleo, fev. 2008. Disponível em: <<http://mundopetroleo.wordpress.com/2008/02/28/caminhos-do-petroleo-no-brasil-%E2%80%93-vii-rodada/>> Acesso em: 20 jul. 2010.

¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Informações sobre a 10ª rodada de licitações de blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?pg=13175&m=origem%20brasileira&t1=&t2=origem%20brasileira&t3=&t4=&ar=0&ps=1&cachebust=1280526267458>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

como grandes fontes de energia da atualidade, e o Estado que possui o controle sobre essa matriz energética, podendo supri-la sem dependência externa, reforça a sua soberania. Por estes motivos, defende que a “previsão de existência de uma cláusula favorável à empresa estatal não é uma afronta à Constituição, mas sim um reforço de seus preceitos”. (LEITE, 2008, p. 79).

Com a flexibilização do monopólio da União sobre a exploração e produção de petróleo e gás natural, foi permitida a participação de outras empresas, públicas ou privadas, e não apenas da PETROBRAS, neste setor e isto não significou abalo algum a soberania e desenvolvimento do país. Na verdade viu-se a construção de uma realidade totalmente diferente daquela prevista e temida pelos incansáveis defensores da manutenção do monopólio da União sobre a indústria do petróleo e gás no Brasil.

É notável o crescimento e aperfeiçoamento desta indústria e do próprio País, inclusive da PETROBRAS, a partir da promulgação da EC n°9/95 e da edição da Lei do Petróleo e, inclusive, atraindo cada vez mais empresas de capital privado nacional ao setor, que antes só contava com a participação da Estatal PETROBRAS. Sobre o tema corrobora o já citado, Haroldo Lima, Diretor-Geral da ANP:

O tempo que esse novo modelo do setor do petróleo e gás tem no Brasil é ainda muito pequeno para um balanço mais consistente, são sete anos apenas. Entretanto, se nesse período a Petrobrás estivesse perdendo força, absoluta ou relativa, se o capital nacional estivesse sendo alijado do setor de petróleo, se a própria indústria do petróleo estivesse definhando, ou por outra, se os pressupostos de nossa soberania no setor do petróleo estivessem se deteriorando e se o desenvolvimento do país não estivesse se beneficiando da atividade desse setor dinâmico, então, já seria oportuno suspeitar desse modelo e contestá-lo. Na realidade, os que batalharam desde o início, dentro e fora do Parlamento, contra as mudanças empreendidas no setor do petróleo, partiam principalmente da expectativa de que, com as mudanças, a Petrobrás seria enfraquecida, e em perspectiva até privatizada, no todo ou em partes. A soberania brasileira e o desenvolvimento do país seriam prejudicados. Entretanto, o que se viu nos últimos anos foi diferente.¹⁶

Hoje a realidade da PETROBRAS é bastante diferente daquela quando exercia o monopólio há alguns anos atrás. Ela internacionalizou-se, tornado a maior empresa do Brasil e a oitava do mundo em valor de mercado, atuando em 28 países, nas mais

¹⁶ LIMA, Haroldo. **Caminhos do petróleo no Brasil - VII Rodada**. Mundo do Petróleo, fev. 2008. Disponível em: <<http://mundopetroleo.wordpress.com/2008/02/28/caminhos-do-petroleo-no-brasil-%E2%80%93-vii-rodada/>> Acesso em: 20 jul. 2010.

diversas etapas da indústria do petróleo, derivados, gás natural, biocombustíveis e energia elétrica.¹⁷

Diante da atual realidade da indústria do petróleo e gás natural do Brasil, percebe-se que a soberania e o desenvolvimento nacional vêm sendo cada vez mais reforçados como consequência, principalmente, das mudanças impostas pela EC n° 9/95 e pela Lei do Petróleo, na medida em que passou a permitir a contratação pela União de empresas estatais ou privadas para a realização das atividades relacionadas à indústria do petróleo e gás natural.

Tal mudança tão substancial não foi capaz de ameaçar a soberania nacional, já que a entrada de empresas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras para atuarem na indústria petrolífera e gasífera, surtiu efeito extremamente positivo para o país. Desta forma, ao se permitir a participação em condições de igualdade de todas essas empresas nos procedimentos licitatórios realizados pela ANP, concretizando-se ainda mais a soberania e desenvolvimento nacional, não parece razoável que outorgar um privilégio somente em favor da PETROBRAS no caso de empate, quando esta não concorrer consorciada com outras empresas, seria uma forma de resguardar nossa soberania. Não é um mero dispositivo legal, ainda mais eivado de ilegalidade, que vem a confirmar a soberania de um país. Isto se dá efetivamente por uma construção gradativa ocorrida no seio da sociedade, refletindo em um reconhecimento mundial, através de uma organização social, política e jurídica, práticas internas e externas, objetivos e características de determinada nação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações trazidas pela Emenda Constitucional n° 9/95 possibilitando a contratação pela União de empresas estatais ou privadas (nacionais ou estrangeiras, observadas as condições estabelecidas em lei) para a realização das atividades relacionadas à indústria do petróleo e gás natural apresentou-se como um grande passo para o impulsionamento da indústria petrolífera e gasífera no país. Tal modificação, atrelada aos princípios também constitucionais de livre concorrência e igualdade, foram

¹⁷ PETROBRAS. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/>>. Acesso em 21 jul. 2010.

fatores fundamentais para construir o novo aspecto desta indústria no país, proporcionando a participação das mais diversas empresas, e por consequência, expandindo o mercado, aumentando a concorrência, aperfeiçoando tecnologias do setor, proporcionando mais desenvolvimento social e econômico ao Brasil, garantindo a maior participação de empresas de capital nacional na indústria, entre tantos outros benefícios.

Dois anos após a Emenda Constitucional nº 9/95 foi editada a Lei 9.478/97, a conhecida Lei do Petróleo, confirmando em seus dispositivos os princípios albergados pela nossa Constituição Federal e fundamentais para nortear as vastas atividades abrangidas pela indústria do petróleo e gás natural.

Entretanto, o tão debatido artigo 42 desse texto infraconstitucional traz em seu texto a possibilidade de favorecimento à PETROBRAS no caso de empate no julgamento da licitação realizada pela ANP e quando esta concorrer de forma não consorciada com outras empresas.

Tendo em vista os dispositivos constitucionais, salvaguardando os direitos de igualdade de tratamento entre os concorrentes e a livre concorrência, não existem fundamentos que justifiquem a outorga deste tratamento favorecido a PETROBRAS em detrimento das demais empresas, sejam elas nacionais ou estrangeiras, públicas ou privadas. Se o constituinte possibilitou a participação de empresas privadas ou públicas nas atividades relacionadas à indústria do petróleo e gás natural, sem nenhuma distinção entre elas, o legislador ordinário não pode ir de encontro a isto.

Em contrapartida, os reflexos que as mudanças ocorridas na última década causaram na sociedade brasileira, por consequência das transformações constitucionais e da Lei do Petróleo, comprovaram que, a cada dia, a soberania nacional e o desenvolvimento nacional vêm se fortalecendo ainda mais. Desta forma, não há que se falar em respeito ao princípio da soberania nacional para justificar o tratamento privilegiado favorecido a PETROBRAS no caso previsto pelo artigo 42 da Lei do Petróleo, já que através da livre concorrência e da igualdade de tratamento entre as empresas participantes do certame é que estamos vendo efetivamente a concretização de nossa soberania.

Neste sentido, conclui-se pela inconstitucionalidade do artigo 42 da Lei 9.478/97 por malferir os princípios constitucionais da livre concorrência (Art. 170, IV, CF),

igualdade entre os concorrentes (Art. 173, §§ 1º, II e 2º, CF) e legalidade, uma vez que o legislador ordinário trouxe uma distinção não autorizada pelo o constituinte.

6 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Informações sobre a 10ª rodada de licitações de blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural.** Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/?pg=13175&m=origem%20brasileira&t1=&t2=origem%20brasileira&t3=&t4=&ar=0&ps=1&cachebust=1280526267458>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

_____. **Rodadas de Licitações.** Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/?pg=15397&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&cachebust=1280451854083>>. Acesso em 23 jul. 2010.

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.

CASTRO, Lydia Maria Cruz de. **Contratos de concessão: uma análise jurídica na indústria do petróleo e gás do Brasil.** 2004, 67 p. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

COSTA, Maria D'Assunção. **Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal nº 9.478, de 0-8-1997.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LEITE, Marcelo Lauar. **Função regulatória da licitação de blocos exploratórios de petróleo e gás natural.** 2008, 102 p. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2008.

LIMA, Haroldo. **Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual.** Rio de Janeiro: Synergia, 2008.

LIMA, Haroldo. **Caminhos do petróleo no Brasil - VII Rodada.** Mundo do Petróleo, fev. 2008. Disponível em: <<http://mundopetroleo.wordpress.com/2008/02/28/caminhos-do-petroleo-no-brasil-%E2%80%93-vii-rodada/>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

PETROBRAS. **Quem somos.** Disponível em: <<http://www.PETROBRAS.com.br/pt/quem-somos/>>. Acesso em 21 jul. 2010.