

SÉRIE BARÃO DE RAMALHO

DIREITO EMPRESARIAL

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO
PROFESSOR HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

AUTORES:

AFONSO DE PAULA PINHEIRO ROCHA
ALBERTO CAMELIER
ALEXANDRE BUENO CATEB
ALEXANDRE DEMETRIUS PEREIRA
ÁLVARO A. C. MARIANO
ANDRÉ ANTUNES SOARES DE CAMARGO
BALMES VEGA GARCIA
CLÁUDIO FINKELSTEIN
DULCE NASCIMENTO
EDUARDO GREBLER
EMANUELLE URBANO MAFFIOLETI
ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA
FRANCISCO FLORENCE
FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR
FREDERICO JOSÉ STRAUBE
GILBERTO GIUSTI
GUY HORSMANS
IVO WAISBERG
JAIR SADDI
JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES
JULIANA KRUEGER PELA
LEANDRO RENNÓ
LUCAS PETRI BERNARDES
LUCIANO BENETTI TIMM
MARCELO VIEIRA VON ADAMEK
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES
MÁRIO SÉRGIO DUARTE GARCIA
MARISTELA BASSO
MILTON BAROSSO-FILHO
MODESTO CARVALHOSA
NELSON NERY JUNIOR
OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA
PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO
RACHEL SZTAJN
RENATO M. BURANELLO
SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA
TARCÍSIO TEIXEIRA
THIAGO SPERCEL
UNIE CAMINHA
VERA HELENA DE MELLO FRANCO

COORDENAÇÃO:

RACHEL SZTAJN
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES E
TARCÍSIO TEIXEIRA



EDITORA
IASP

PARTE IV

CONCORRENCIAL

EFEITOS DA REFORMA DO ESTADO NO CONTROLE DO MERCADO BRASILEIRO DE PETRÓLEO (ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL)

SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA

Professor de Direito Empresarial da Faculdade de Direito da UFMG; Professor Convidado do Departamento de Dret Mercantil da Universidad de Valencia – Espanha (2009/2010); Professor da pós-graduação em Direito Societário e Mercado de Capitais da FGV – Fundação Getúlio Vargas – Rio; Doutor em Direito pela UFMG; Pós-Doutor pela Universidad de Alcalá de Henares – Espanha; Indicado pelo Governo Brasileiro para a primeira lista de Experts no Mecanismo de Solução de Controvérsias do Mercosul; Fundador da disciplina Análise Jurídica da Economia (www.analisejuridicaeconomia.com).

Com colaboração de **MATHEUS SIMÕES NUNES**.

Mestrando em Direito Constitucional pela UFRN – Universidade Federal do Rio Grande do Norte; Pesquisador do Programa de Recursos Humanos em Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (PRH 37).

1. INTRODUÇÃO

"Assistimos em todo o mundo a um debate acalorado, ainda longe de ser concluído, sobre o papel que o Estado deve desempenhar na vida contemporânea e o grau de intervenção que deve ter na economia. No Brasil, o tema adquire relevância particular, tendo em vista que o Estado, em razão do modelo de desenvolvimento adotado, desviou-se de suas funções precípuas para atuar com grande ênfase na esfera produtiva."¹

Tornou-se, conseqüentemente, indispensável a reestruturação do Estado que "já não consegue atender com eficiência a sobrecarga de demandas a ele dirigidas, sobretudo na área social". "A reforma do Estado não é, assim, um tema abstrato: ao contrário, é algo cobrado e iniciado pela sociedade, que vê frustradas suas demandas e expectativas."²

Não obstante, o modelo estatal proposto no Brasil não deve e não pode avançar sem uma análise crítica. A interdisciplinariedade mostra-se indispensável, inclusive com exame do histórico internacional e interno, bem como do contexto atual.

No campo do Direito, a questão envolve aspectos atrelados, ao menos, às áreas internacional, constitucional, administrativa, econômica e tributária; e requer o estudo da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, que serve de baliza e traça os contornos do Estado.

2. CONTEXTO INTERNACIONAL NO PÓS-GUERRA

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, depois de 1945 e em especial a partir da década de 1960, se produziram nas relações internacionais mudanças substanciais³. É que os países sentiram extrema necessidade de se aproximarem de maneira significativa, em função do contexto político da época.

1. _____. Organizações Sociais. Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 07.

2. _____. Organizações Sociais. Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998, p. 08.

3. "Recién después de 1945 y en especial a partir de la década de 1960 es que se producirán en las relaciones internacionales cambios sustanciales que en algunos campos harán variar la ecuación de poder hasta entonces existente" (VIGNALI, Heber Arbuét. In ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. Derecho Internacional Público, tomo I. Montevideo, fcu, 1996, p. 64)

É incontestável que os Estados Unidos da América saíram política e economicamente fortalecidos do período marcado pelas duas grandes Guerras Mundiais. Diferentemente, o continente europeu encontrava-se completamente destruído. Ainda os países europeus vencedores da guerra, politicamente fortalecidos, apresentavam situação econômica lastimável.

De um lado, a indústria americana produzia a todo vapor, gerando um volume enorme de riqueza. Uma queda no ritmo de produção seria desastroso para os Estados Unidos da América. O desemprego e a recessão seriam certamente os primeiros sintomas.

Por outro lado, com o território europeu completamente destruído, as atividades agropecuária e industrial na Europa encontravam-se praticamente paralizadas. Para a reconstrução europeia não se prescindia de produtos importados, uma vez que os nacionais praticamente inexistiam em decorrência dos efeitos das guerras. Para adquirí-los e importá-los, os países europeus certamente necessitariam de ajuda financeira externa.

"As necessidades encontraram como resposta comum, o Plano Marshall, idealizado e levado a efeito pelo governo norte americano. Uma grande quantidade de capital foi transferida para o continente europeu a título de empréstimos, como forma de conferir recursos que viabilizassem a reconstrução da Europa. Estes recursos certamente voltariam para os Estados Unidos da América, aplicados na compra de produtos americanos".⁴ Entretanto, a possibilidade de seus produtos serem submetidos a restrições quanto à entrada em território europeu não agradava aos norte-americanos.

Conseqüentemente, os Estados Unidos da América lideraram um processo de globalização comercial, cujo objetivo é a gradativa eliminação das barreiras ao comércio internacional. Essa tentativa de implementação do processo de globalização comercial expressou-se através do tratado internacional denominado GATT - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio^{5, 6}

4. Conforme CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo, LTr, 1998, p.124.

5. G.A.T.T. significa General Agreement on Trade and Tarifs.

6. CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo, LTr, 1998, p.

Este e vários outros tratados internacionais foram o meio pelo qual os países assumiram obrigações uns para com os outros.⁷

Houve, inclusive, a celebração dos primeiros tratados internacionais societários e a consequente "entrada em cena das organizações internacionais, no primeiro pós-guerra"⁸. É que os Estados criaram as sociedades entre países, denominadas Organizações Internacionais, das quais são exemplos a ONU - Organização das Nações Unidas e as Comunidades Europeias.

A primeira, de cunho eminentemente político, veio atribuir nova configuração à cooperação entre países. A criação das Comunidades Europeias, por sua vez, resulta da constatação de que a integração era a única opção viável aos Estados europeus.⁹

Do contexto fático do pós-guerra, decorreram os dois fenômenos característicos da nova ordem mundial: a Globalização¹⁰ e a Regionalização¹¹.

A tentativa dos Estados Unidos da América de implementação do processo de globalização comercial, que inicialmente se expressou através do GATT - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio¹², seguiu através da OMC - Organização Mundial do Comércio.

O processo de integração regional europeu, por sua vez, desenvolveu-se até a fase

7. CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. Quadro Comparativo - Mercosul x União Europeia. In Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p.213/214.

8. REZEK, J. Francisco. Direito Internacional Público. São Paulo, Saraiva, 1995, p.12/13.

9. Tratado da Comunidade Europeia:

"Art. 2º

A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma União Econômica e Monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os artigos 3º e 3º-A, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso e equilibrado das atividades econômicas, um crescimento sustentável e não inflacionista que respeite o ambiente, um alto grau de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível e da qualidade de vida, a coesão econômica e a solidariedade entre os Estados-membros."

10. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1967, p. 604.

11. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Minidicionário. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1977, p.1036.

12. G.A.T.T. significa General Agreement on Trade and Tarifs.

da integração monetária. Outras iniciativas, com propósitos comerciais ou econômicos aconteceram, como é o caso do Mercosul.

Como efeito seja da intensificação na celebração de tratados internacionais, seja do surgimento das Organizações Internacionais entre países, seja da globalização, seja da regionalização, constata-se a aproximação das mais diversas nações, principalmente no âmbito do comércio internacional, elevando-o a níveis jamais vivenciados.

Não resta dúvida de que este intercâmbio comercial repercute de forma preponderante nos mercados internos de todos os países, influenciando suas estruturas econômicas.¹³

A estrutura do Estado deve se adequar ao novo contexto internacional, através de modificações que lhe viabilizem uma atuação mais eficiente, visando "preservar tanto quanto possível um ambiente competitivo, favorável à prática de preços não monopolistas e à qualidade dos serviços prestados, bem como à incorporação e difusão de novas tecnologias e serviços mais modernos, tendo em vista favorecer a eficiência econômica e o bem-estar social."¹⁴

A estrutura e a atuação do Estado não independem de seu envolvimento no contexto internacional. A participação dos países nos diversos tratados e Organizações Internacionais podem implicar, inclusive, o comprometimento em ver "uma união cada

13. Assim, "o objeto do Direito" Econômico "é a relação humana" que traz consigo conotação econômica. João Bosco Leopoldino da Fonseca conclui, portanto, que "uma regra é de Direito Econômico, quando rege relações humanas propriamente econômicas".

Karl Marx explica que "os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, quais sejam as relações de produção que respondem a um certo estágio do desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto das relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade".

Assim, conclui-se que as relações humanas econômicas, que constituem o objeto de estudo do Direito Econômico, correspondem ao conjunto das relações de produção, ou seja, aquelas relações que se desenvolvem em torno dos fatores produtivos. "Estes são os recursos naturais ou matéria prima, o trabalho, o capital".

CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo, LTr, 1998, p. 97.

14. Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. *Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 03, inédito.

vez mais estreita de seus povos"¹⁵ refletida, inclusive na forma de exteriorização de suas vontades no âmbito internacional:

- a negociação em blocos regionais; ou
- a negociação multilateral, tendo como partes os Estados individualmente.

No âmbito da União Europeia, por exemplo, a estrutura e a atuação estatal nos âmbitos comercial, econômico e monetário, bem como a exteriorização das vontades nestas esferas, devem seguir os parâmetros comuns do bloco.

Pode-se concluir, portanto, que qualquer estruturação ou reestruturação do Estado está nitidamente vinculada ao contexto internacional.

3. CONTEXTO NACIONAL NO PÓS-GUERRA

Durante o período das duas grandes Guerras Mundiais, constatou-se que a indústria brasileira não prescindia de fortalecimento. A demanda interna, acrescida das necessidades de suprimento das guerras, apontava para a aceleração do processo de industrialização.

Entre 1940 e 1978, constatou-se uma forte expansão da atuação do Estado brasileiro no setor produtivo, uma vez que a iniciativa privada brasileira não estava em condições de arcar com investimentos vultosos nos setores que mais os requeriam.

É que os empresários brasileiros não demonstravam, à época, deter capital e *know-how* para estruturar indústrias de grande porte, como aquelas que atuariam nos setores de petróleo e gás natural; de geração de energia; siderúrgico e de telefonia.

Assim, durante este período, o Estado cuidou de fundar e estruturar empresas estatais e de economia mista, voltadas a estes setores, como a Petrobrás – Petróleo Brasileiro S/A, a CSN – Companhia Siderúrgica Nacional e a Embratel – Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A.

15. Conforme preâmbulo do Tratado de Assunção – para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai.

Em 1979, com o fortalecimento do setor privado nacional, o panorama apresentou sinais de transformação. Houve modesto processo de privatização que se estendeu até 1990.

Ocorreu, então, a criação do Programa Nacional de Desestatização - PND, cujos objetivos, em linhas gerais, eram: (a) voltar a capacidade gerencial do Estado para as áreas de saúde, educação, habitação e segurança pública; (b) reduzir o endividamento do setor público; e (c) fortalecer o setor produtivo e o mercado de capitais brasileiro.

No intuito de implementar as desestatizações, quatro foram os principais modelos utilizados:

- (1) a venda de controle acionário em algumas empresas;
- (2) a venda de participações minoritárias relevantes em outras empresas;
- (3) a delegação a particulares da exploração de atividades, que vinham sendo desenvolvidas, em monopólio ou não, por empresas públicas ou sociedades de economia mista;
- (4) o arrendamento de ativos no caso de algumas empresas.¹⁶

A "limitada experiência no campo da desestatização, com multiplicidade de formatos institucionais, ao lado da complexidade intrínseca à regulação"¹⁷ dos mercados, ampliaram o desafio da reestruturação do Estado brasileiro, cuja importância para o bem estar de sua população é indiscutível.¹⁸

4. O MODELO ESTATAL

Hans Kelsen define o Estado soberano como o poder "exercido por um governo sobre população residente dentro do território"¹⁹. Note-se que esse poder, dito de

16. Conforme Castelar, Armando. Defesa da Concorrência. Brasília, Fundação Getúlio Vargas, p. 04.

17. Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual, p. 03, inédito.

18. Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual, p. 03, inédito.

19. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra, Armênio Amado, 1974, p.389.

império, conjuga funções executivas, legislativas e jurisdicionais:

- “a ‘legislação’, atividade do poder legislativo, consiste na produção de normas gerais, ou seja, as leis;
- a ‘administração’, atividade do poder executivo, consiste na aplicação das leis mediante a produção de normas regulamentares, ou seja, de atos administrativos; e
- a ‘jurisdição’²⁰, atividade do poder judiciário, consiste na interpretação das leis gerais através de normas individuais, ou seja, das decisões”.²¹

Não obstante, os Estados haviam extrapolado em muito suas funções primordiais, passando a atuar, não apenas no exercício do poder de império (funções executivas, legislativas e jurisdicionais), mas também na prestação de serviços públicos (que lhe foram constitucionalmente atribuídos) e no desenvolvimento de atividades econômicas.

5. O NOVO MODELO ESTATAL BRASILEIRO

Neste contexto, foi proposto o novo modelo do Estado brasileiro, inspirado no formato de alguns dos países da União Europeia, como a Alemanha²², mediante modificações estruturais nos três campos da atuação estatal:

- exercício do poder público (poder de império);
- prestação dos serviços públicos; e
- desenvolvimento de atividades econômicas.

20. Conforme ensinamentos do Prof. Aroldo Plínio Gonçalves, a legislação, a administração e a jurisdição são as três atividades que competem ao Estado – aula proferida no dia 10 de março de 1998, para os alunos do Doutorado, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

21. CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. *Tratados Internacionais no Brasil e Integração*. São Paulo, LTr, 1998, p. 48.

22. “Os modelos da reforma apresentados pelo Governo Federal são semelhantes àqueles implementados pelos países da Comunidade Econômica Europeia (CEE), notadamente o da Alemanha, apesar de possuímos um contexto político, econômico e social diverso.”

Dias, Maria Tereza Fonseca. *Os Novos Entes Estatais: A Reforma do Estado Mediante a Criação de Organizações Sociais*. Belo Horizonte, inédita.

6. PODER PÚBLICO: ATIVIDADES EXCLUSIVAS E ESTRATÉGICAS DO ESTADO E O NÚCLEO

O núcleo, que geralmente exerce o poder de império do Estado, é composto basicamente pelos órgãos que exercem as funções legislativas e jurisdicionais, além das executivas de condução da política pública, social, econômica, monetária e financeira:

- o Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal;
- os diversos órgãos do Judiciário; e
- a Presidência da República, a cúpula dos Ministérios e outros poucos órgãos e autarquias, como o Banco Central do Brasil.

Além dos órgãos estatais legislativos e jurisdicionais, somente os órgãos de cúpula do executivo, incumbidos da condução da política pública, integram o núcleo. É que os demais órgãos da administração não estão incumbidos de traçar as estratégias do Estado, mas apenas se encarregam de executá-las.

7. PODER PÚBLICO: ATIVIDADES EXCLUSIVAS E NÃO ESTRATÉGICAS DO ESTADO (QUE NÃO PODEM SER DELEGADAS A PARTICULARES)

Algumas atividades são próprias do poder público (poder de império), mas não se enquadram entre as atividades exclusivas estratégicas exercidas pelo núcleo estatal. A segurança pública, a seguridade social básica e a fiscalização²³ tributária e ambiental são exemplos dessas atividades.

De acordo com o modelo proposto para o Estado brasileiro, essas atividades, que não comportam a atuação de entidades privadas, seriam desenvolvidas diretamente ou por fundações e autarquias públicas, com funções executivas.

23. Conforme Dias, Maria Tereza Fonseca. Reforma Administrativa do Estado. Belo Horizonte, inédita.

8. SERVIÇOS PÚBLICOS: ATIVIDADES EXCLUSIVAS DO ESTADO (QUE PODEM SER DELEGADAS A PARTICULARES) E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Algumas outras atividades não são próprias do poder público (poder de império), mas apresentam-se como exclusivas do Estado, por determinação constitucional. São aquelas relacionadas à infra-estrutura, como as pertinentes aos setores de petróleo e gás natural; e de geração de energia.

Apesar de caracterizarem-se como exclusivas do Estado, o exercício dessas atividades pode ser delegado a particulares. É o que estabelece o texto constitucional:

"Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

§1º 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

§2º A lei a que se refere o §1º disporá sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

II - as condições de contratação; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

(...)"

De acordo com o modelo proposto para o Estado brasileiro, as atividades públicas relacionadas à infra-estrutura devem integrar o programa de desestatização, mediante a delegação da execução dos serviços a particulares,²⁴ devido "às peculiaridades técnicas, de um lado, e históricas, de outro"²⁵.

O exercício destas atividades de infra-estrutura requer recursos financeiros de grande monta, fazendo com que poucos sejam os particulares que dispõem de condições para tanto.

Não há dúvidas, portanto, de que a execução destas atividades por particulares deve ser monitorada de forma a assegurar "tanto quanto possível um ambiente competitivo, favorável à prática de preços não monopolistas e à qualidade dos serviços prestados, bem como à incorporação e difusão de novas tecnologias e serviços mais modernos, tendo em vista favorecer a eficiência econômica e o bem-estar social."²⁶

É importante, pois, quanto a essas atividades exclusivas do Estado, cujo exercício é delegado a particulares: (a) implementar efetiva fiscalização sobre aqueles que venham a explorá-las; (b) monitorar os setores de infraestrutura do mercado, evitando distorções, inclusive quanto aos preços dos serviços e bens; e (c) viabilizar a satisfação do cidadão quanto à qualidade.

Estas funções cabem à SDE – Secretaria de Direito Econômico, ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e às agências reguladoras de setores específicos.

24. No intuito de implementar as desestatizações, quatro são os principais modelos utilizados:

- a venda de controle acionário das empresas;
- a venda de participações minoritárias relevantes nas empresas;
- a delegação de exploração de serviços e atividades públicas a particulares; e o arrendamento de ativos das empresas.

Conforme Castelar, Armando. *Defesa da Concorrência*. Brasília, Fundação Getúlio Vargas, p. 04.

25. Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. *Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 03, inédito.

26. Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. *Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual*, p. 03, inédito.

Paralelamente ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, responsável pela “política de defesa da concorrência, (...) voltada à prevenção e repressão de condutas anticompetitivas, incluindo o controle prévio de fusões e incorporações que possam conduzir a estruturas de mercado fortemente concentradas”²⁷, estão as agências incumbidas da regulação e fiscalização de setores específicos da atividade econômica, precipuamente os de infraestrutura, como a ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

9. ATIVIDADES NÃO - EXCLUSIVAS DO ESTADO.

Algumas atividades, atribuídas ao Estado pela Constituição da República, são exercidas sem exclusividade. Aquelas ligadas à saúde, à educação²⁸, à pesquisa científica e tecnológica, à cultura, à preservação do meio ambiente são exemplos.

Estas atividades vinham, muitas vezes, sendo desempenhadas e custeadas pelo Estado, em benefício da coletividade, através basicamente de autarquias. É o caso das universidades federais.

10. ATIVIDADES NÃO - ESTATAIS, O CADE E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

Além das atividades atribuídas ao Estado, com ou sem exclusividade (atividades estatais exclusivas e não exclusivas), existem aquelas que não lhe foram imputados pelo texto constitucional. São as demais atividades industriais, comerciais e de prestação de serviço.

Algumas destas atividades requerem investimento de muito vulto, como o setor

27. Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual, p. 03, inédito.

28. “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado (...).”

“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado (...).”

“Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;

II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.”

siderúrgico, tido como indústria de base, na medida em que produz aço, matéria-prima de várias outras indústrias.

Como na época em que foram constituídas as indústrias de base do Brasil, a iniciativa privada não detinha recursos suficientes à sua estruturação, o Estado passou a atuar diretamente nestes setores através de empresas públicas como a Usiminas – Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais e a CSN – Companhia Siderúrgica Nacional.

Principalmente através do Programa Nacional de Desestatização – PND, a partir de 1990, o Estado vem se afastando destas atividades.

É evidente que a privatização de empresas estatais implica necessidade ainda maior de regulação da concorrência em sentido genérico, realizada pelos órgãos de defesa da concorrência, tais como o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a SDE - Secretaria de Direito Econômico, órgão de investigação e instrução processual²⁹.

Se a monitoração do mercado em geral é indispensável, a privatização de indústrias de base, com efeito nos demais setores do mercado, exige dos órgãos de fiscalização atuação ainda mais efetiva.

A "monitoração 'ad hoc', realizada por estas entidades de controle de mercado se implementa através de dois mecanismos: a repressão de condutas anticompetitivas previstas em lei e o controle dos 'atos de concentração' (fusões, aquisições), também previstos em lei, capazes de aumentar substancialmente o poder de mercado das empresas envolvidas e com isso o risco de futuras condutas prejudiciais à concorrência."³⁰

A atuação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da SDE – Secretaria de Direito Econômico soma-se à monitoração atribuída às agências reguladoras.

Além daquelas criadas para atuar nos setores relativos às atividades exclusivas do Estado, como a ANP – Agência Nacional do Petróleo, do Gás Natural e dos

29. Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual, p. 03 e 04, inédito.

30. Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual, p. 07, inédito.

Biocombustíveis, outras podem ser criadas para agir em setores de interesse público que não tenham sido reservados ao Estado pela Constituição.

É o caso da ANS – Agência Nacional da Saúde Suplementar. Não há dispositivo constitucional reservando a produção de medicamentos ao Estado, seja diretamente, seja indiretamente (através de delegação).

No caso das atividades não estatais, a monitoração do mercado pode dar-se de forma ativa ou reativa:

“(1) a regulação dos serviços públicos de infraestrutura (*utilities*), que por seu caráter mais diretamente interventivo poderíamos denominar regulação ativa; e

(2) a regulação de mercados em geral destinada à prevenção e repressão de condutas anticompetitivas, que por seu acionamento mais eventual, segundo motivações previstas em lei, poderíamos denominar regulação reativa.”³¹

Para tanto, parece conveniente que o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a SDE – Secretaria de Direito Econômico e as diversas agências reguladoras, diante das muitas conexões, de natureza técnica e institucional, implementem não apenas maior integração entre suas atividades, como principalmente um esforço deliberado e sistemático de troca de experiências e de aprendizado recíproco.

“No caso brasileiro, especificamente, a experiência já acumulada pelo CADE (assim como a secular experiência internacional em defesa da concorrência e em política antitruste), ainda que modesta, sugere como medida sensata considerá-la atentamente na montagem e operação dos órgãos reguladores”.³²

31. Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual, p. 07, inédito.

32. Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual, p. 40, inédito.

11. ATIVIDADES BANCÁRIAS

O movimento de desestatização das atividades que não foram atribuídas ao Estado pelo texto constitucional é excepcionado pelas atividades bancárias.

11.1 Ao invés de restringir, o Estado brasileiro tem alargado sua atuação bancária, através do BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento, da CEF – Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil S.A. e de outras instituições financeiras, inclusive mediante a aquisição de participações acionárias em bancos privados.

11.2 Três circunstâncias provocam extrema preocupação com a ampliação das atividades bancárias perpetrada pelo Estado brasileiro.

11.2.1 Primeiro: Nos processos de privatização que ocorreram no Brasil, o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento financiou a aquisição das empresas públicas e de participações nas sociedades de economia mista pela iniciativa privada. A escolha de a quem conceder os empréstimos ocorreu de forma discricionária.

11.2.2 Segundo. Em 2009 e 2010, a CAIXAPAR, subsidiária da CEF – Caixa Econômica Federal, adquiriu 35,54% das ações do Banco Panamericano S.A. por R\$ 739,272 milhões³³; e o Banco do Brasil S.A. comprou 49,99% das ações do Banco Votorantim S.A. por R\$4,2 bilhões³⁴.

33. "Em 01 de dezembro de 2009, foi celebrado entre a CAIXA PARTICIPAÇÕES S/A e o Grupo Silvio Santos Participações Ltda. contrato de compra e venda de ações para aquisição de 35,54% do total do capital social do Banco Panamericano S.A., por intermédio da aquisição de 64.621.700 ações ordinárias, equivalentes a 49% do capital social votante e 24.712.286 ações preferenciais equivalentes 21,97% das ações preferenciais do referido banco. O processo de aquisição encontra-se em fase aprovação pelo Banco Central do Brasil." (Notas Explicativas de Dezembro de 2009, disponível em http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/caixa/caixa_demfinanc/Notas_Explicativas_Dezembro_de_2009_oficial2.pdf, acessado em 12.06.2011.

34. BANCO DO BRASIL COMPRA PARTE DO VOTORANTIM POR R\$4,2 BILHÕES

"O Banco do Brasil fechou compra de parte do Banco Votorantim nesta sexta-feira (9). Pelo acordo, o BB terá 49,99% do capital votante da instituição e 50% do capital social. (...)

Em nota, o Banco do Brasil aponta que a operação tem como objetivo "fortalecer sua atuação no financiamento a veículos, mercado em que o Banco Votorantim atua com destacada especialização e rápido crescimento".

http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL949226-9356,00-BANCO+DO+BRASIL+COMPRA+PARTE+DO+BANCO+VOTORANTIM+POR+R+BILHOES.html, consultado em 25.02.2012.

As aquisições ocorreram após a promulgação, em 03 de março de 2009, da Lei 11.908, de iniciativa da Presidência da República, que autorizou o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias e a adquirirem “participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil”³⁵.

Destaque-se que as escolhas do Banco Panamericano S.A. e do Banco Votorantim S.A. foram discricionárias; e o artigo 8o da Lei 11.908/2009, vetado pelo Presidente da República, estabelecia a criação de comissão para “o monitoramento e a fiscalização” da aplicação dos recursos públicos aportados, através da CEF – Caixa Econômica Federal e do Banco do Brasil S.A., em instituições financeiras privadas.³⁶

Terceiro. A sucessiva concessão de empréstimos à iniciativa privada (principalmente às empreiteiras e àqueles do setor de telecomunicações), por vezes bilionários, com taxas de juros reduzidas, pelos bancos com participação integral ou parcial do Estado, tem sido pautada pela discricionariedade.³⁷

35. Lei 11908/2009:

“Art. 1o O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal ficam autorizados a constituir subsidiárias integrais ou controladas, com vistas no cumprimento de atividades de seu objeto social.

Art. 2o O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei. (Vide Decreto nº 7.509, de 2011)

(...) Art. 8o (VETADO)”

36. “Art. 8o Fica criada, no Congresso Nacional, a Comissão Mista de Acompanhamento da Crise Financeira – CMACF, a quem caberá o monitoramento e a fiscalização das operações realizadas com base no mencionado art. 2o desta Lei, na forma a ser estabelecida em ato do Poder Legislativo.”

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Msg/VEP-126-09.htm, acessado em 25.02.2012

37. “Además, veremos cómo, en otras circunstancias, las autoridades no sólo han concedido privilegios a los banqueros para que actuaran impunemente a cambio de favores explícitos, sino que incluso han creado bancos de titularidad pública para aprovecharse directamente de los correspondientes beneficios.” SOTO, Jesús Huerta de. *Dinero, Crédito Bancário y Ciclos Económicos*. Madrid: Unión Editorial, 2009, p. 37.

12. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

O objetivo deste estudo é identificar como as Cortes suprema e superior têm conduzido a jurisprudência brasileira em matéria de regulação e fiscalização, principalmente no setor do petróleo.

No julgamento da Medida Cautelar na ADI1.949-0, no Supremo Tribunal Federal, o voto do Ministro Nelson Jobim, inspirado em trabalho de Gaspar Ariño, desenha a evolução do modelo estatal até implementação das agências reguladoras:

“O Estado Brasileiro, nestes anos 90, passou a conhecer, como se passou na Europa, outro modelo de Estado.

Informa GASPAR ARIÑO, que, ‘do ponto de vista organizacional e institucional’, houve, no mundo, uma substituição, sem exclusividade, do ‘velho modelo do Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto’ de prestações e serviços ao cidadão.

Esse modelo ‘administrativo-burocrático’ deu origem a um sem número de empresas públicas e sociedades geridas pelo Estado e a ele dependentes. O entendimento era de que o Estado deveria, diretamente, prover os serviços públicos.

O Estado, ‘desde a metade do Século XIX assumiu a tarefa de produzir ou promover as infraestruturas de obras e serviços impostas pelo desenvolvimento industrial’:

1. obras de transporte ferroviário, rodoviário, hidroviário (portos) e aéreo (aeroportos);
2. comunicações telegráficas e telefônicas;
3. produções relacionadas com energia (mineração do carvão, eletricidade, petróleo, gás, etc.).

A estas acrescentou, nas comunidades locais, o abastecimento de água, o saneamento básico, recolhimento de lixo, transporte urbano, etc. O instrumento inicial foi a concessão. O Estado dirigia, mas não geria os serviços.

Já no início deste século XX, o Estado começou a assumir, diretamente, várias dessas atividades. A atividade econômica passou a ser, também, uma atividade do Estado. É o momento do Estado-produtor.

O Estado entra no mercado de fornecimento de bens e serviços, ao lado e em concorrência com o setor privado. Em alguns casos, inclusive, excluiu o setor privado. Assumiu, com exclusividade, algumas atividades. Era o monopólio estatal. (...) O instrumento foi e é a empresa pública, no sentido lato. Tudo isso repercutiu no gasto, com progressivo aumento do déficit público. O modelo (...) esgotou-se.

Surge, então, um novo modelo. Por esse novo modelo, organizações não governamentais e empresas privadas passaram a 'assumir a gestão de serviços com autoridade delegada do Estado'.

Isso não é, observa ARIÑO, 'ningún invento, es sencillamente la vuelta al viejo sistema de la 'concesión', el 'concierto' o la 'empresa mixta' como forma e gestionar privadamente actividades públicas (...) Es también la vuelta al viejo principio de subsidiariedade que hoy recibe nuevas formulaciones.' (...)

Aparece o processo de privatização das empresas e das atividades desenvolvidas pelo Estado. Cresce a função reguladora do Estado, sem excluir sua intervenção direta nas áreas que cada sociedade entenda de ser por ele exercida.

'El Estado productor debe ser sustituido por el Estado regulador. Y la regulación debe orientarse no a substituir el mercado y la competencia, sino a promoverlos. Si una de las razones de la privatización es evitar los monopolios del Gobierno, (...), es preciso asegurarse de que no son substituidos por monopolios (oligopolios) privados. De ahí que todos los procesos de privatizaciones importantes (agua, gas, electricidad, teléfonos, etc.), vaya acompañado de la aprobación de un marco regulador de la actividad privatizada'.

A entrega ou devolução ao setor privado impõe, desde logo, a regulação. (...) Dois aspectos orientam essa regulamentação: '(a) garantizar el suministro del servicio, presente y futuro, y (b) establecer los niveles adecuados en la relación calidad-precio, según el grado de desarrollo y las prioridades que cada sociedade quiera establecer.'

(...)

'Condición sine qua non para asegurar ésto es: (a) separar la autoridade reguladora de las unidades operadoras del sistema y, al mismo tempo; (b) independizar aquella de toda posible manipulación del poder político.

Este puede facilmente incurrir en la tentación de utilizar los sectores reguladores para el logro de otros fines ajenos a estos: por ejemplo, se puede intentar canalizar ayudas financieras hacia el sector empresarial público'. Afora, digo eu, o uso político partidário do sistema.

(...)

Por tudo isso e em razão de novas funções do Estado, a opção por autarquias com autonomia."

O voto do Ministro Nelson Jobim também pontua que as funções das agências reguladoras são, em geral, a "regulação" e a "fiscalização", "com a aplicação de sanções". Enfim, trata-se de um ente para "*enforcement of law*, na linguagem do direito administrativo norte-americano".

Por fim, o voto conclui que:

"Não há, na CF de 1988, impedimento à criação de autarquias em regime especial que, no interesse público, exerçam com a autonomia definida em lei, função de regulação e fiscalização de serviços públicos para a preservação de interesses dos usuários.

Lembro, inclusive, que a própria Constituição, quanto à energia e petróleo, faz menção expressa a órgão regulador (art. 21, XI e 177, §2º, III)."

Quanto à autonomia dos entes reguladores, houve divergência pontual e parcial em relação ao voto do Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, que preferia atribuir menor autonomia às agências reguladoras, submetendo-as, em certa medida, aos desmandos "da administração do ente estatal":

"As agências reguladoras são autarquias, dotadas como tal, do grau de autonomia que lhes outorgue a lei criadora.

Por mais, no entanto, que a lei lhes haja traçado âmbito largo de autonomia, não as poderá subtrair das diretrizes gerais da administração do ente estatal de que é instrumento, cuja fixação é de responsabilidade política do Chefe do Poder Executivo.

Não cabe discutir aqui (...) se a autonomia das agências reguladoras pode (...) ir a ponto de excluir os seus dirigentes da demissibilidade *ad nutum* típica dos cargos em comissão, para subordiná-la à existência de motivo legal e até ao processo administrativo."

A divergência circunscreve-se ao grau de autonomia das agências reguladoras em relação ao poder executivo, tendo prevalecido, na Medida Cautelar na ADI1.949-0, o entendimento de que a demissão daqueles que têm assento nas agências reguladoras deve seguir o disposto na legislação pela qual cada uma foi criada.

Também discute-se, nos Tribunais Superiores brasileiros, o âmbito da competência normativa das agências reguladoras, na medida em que três situações diversas se apresentam:

- normas ditadas pela agência reguladora para regulamentar tema disciplinado em lei;
- normas ditadas pela agência reguladora em tema sobre o qual a lei nada dispõe (lacuna); e
- normas ditadas pela agência reguladora em contraposição ao disposto em lei.

O Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 636.883, de Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, reconheceu o caráter obrigatório das normas ditadas pelas agências reguladoras. Contudo, não fez distinção entre as três diferentes situações:

"A jurisprudência deste Supremo Tribunal firmou-se no sentido de que o princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor."

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.113.926, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, não admitiu a equiparação à

Lei das normas produzidas pelas agências reguladoras:

“O conceito de lei federal para efeito de admissibilidade do recurso especial, à luz da hodierna jurisprudência do STJ, compreende regras de caráter geral e abstrato, produzidas por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (...). Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, tais como resoluções, circulares e portarias (...), instruções normativas (...).

In casu, a controvérsia posta nos autos funda-se no descumprimento de ditames insertos na Portaria 310/01 da Agência Nacional do Petróleo – ANP, que, consoante cediço, não se enquadra no conceito de lei federal, para fins de interposição de Recurso Especial.”

De forma ainda mais enfática, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial no 1.048.317, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, entendeu que a ANP – Agência Nacional do Petróleo, do Gás Natural e dos Biocombustíveis tem competência regulamentar, de modo a traçar as disposições necessárias à operação da Lei, não podendo extrapolá-la:

“Todavia, a partir da leitura do art. 238 da Carta Magna, acerca do mercado de combustíveis, percebe-se que a ANP recebeu, em substituição ao DNC, delegação que não poderia ter sido dada, porquanto o sujeito eleito constitucionalmente para tratar do assunto era o legislador ordinário, não a autoridade administrativa.

Dessa forma, ao editar a Portaria no 201/99, a ANP foi além da sua competência, assumindo função legiferante, desvirtuando-se, por consequência, da atribuição regulamentar que lhe é típica. Considerando-se que a função do regulamento é traçar as disposições necessárias à operação da lei, não pode o mesmo atribuir ou restringir direitos se assim a lei não dispôs, sob pena de incidir em inconstitucionalidade.”

Ainda nesta linha, a Corte superior, no Recurso Especial no 1.101.040, de relatoria da Ministra Denise Arruda, pautando-se pela doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, entendeu que o legislador ordinário somente “conferiu poderes à ANP para baixar

normas destinadas à regulamentação das atividades do setor” do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis:

“(…) o legislador ordinário conferiu poderes à ANP para baixar normas destinadas à regulamentação das atividades do setor pelo qual é responsável, no que estão contidas as operações de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural.

No tocante ao poder normativo conferido às agências reguladoras, José dos Santos Carvalho Filho (*in* O Poder Normativo das Agências Reguladoras / Alexandre Santos de Aragão, coordenador – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, págs. 81-85) leciona o seguinte:

‘A grande discussão em torno do denominado poder normativo das agências reguladoras teve origem nas atribuições conferidas a essas novas autarquias de controle, entre as quais despontava a de editar normas gerais sobre o setor sob seu controle.

(…)

A Lei no 9.478, de 06.08.1997, a seu turno, regulando a política energética nacional, criou a Agência Nacional do Petróleo – ANP e, como já se fizera anteriormente, também conferiu à entidade poder regulatório, como se observa no art. 8º, segundo o qual a ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.

(…)

Por conseguinte, não nos parece ocorrer qualquer desvio de constitucionalidade no que toca ao poder normativo conferido às agências. Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais – fato que os especialistas têm denominado de deslegalização, como fundamento no direito francês (*domaine de l’ordonnance*, diverso do clássico *domaine de la loi*).

(…)

A nosso ver, portanto, as agências reguladoras exercem mesmo função regulamentadora, ou seja, estabelecem disciplina, de caráter complementar, com observância dos parâmetros existentes na lei que lhes transferiu aquela função.

Para mostrar essa indissociável relação entre a lei e os atos oriundos das agências, consignamos: O poder normativo técnico indica que essas autarquias recebem das respectivas leis delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (*ius novum*).”

A jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros não parece consolidada acerca do âmbito da competência normativa das agências reguladoras; todavia, a tendência é:

- reconhecer obrigatoriedade às regras que regulamentam tema disciplinado em Lei;
- não haver consenso quanto às normas que regulam matéria sobre a qual a Lei nada dispõe (lacuna); e
- negar eficácia às normas ditadas em contraposição ao texto legal.

13. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DO MERCADO DO PETRÓLEO, DO GÁS NATURAL E DOS BIOCOMBUSTÍVEIS, NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

A jurisprudência também tem servido de baliza e traçado os contornos do Estado, no setor do petróleo.

O voto do Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial no 1.159.941, traça o contexto fático em que instituída a regulação e a fiscalização do setor de petróleo no Brasil:

“Remonta à década de 50 a estrutura normativa de mercado acolhida, em essência, pela Carta de 1988, cujo diploma inaugurador, sobretudo da atividade desenvolvida pela Petrobrás, foi a Lei n. 2.004/53, que dispunha sobre a Política Nacional do Petróleo, definia as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo e instituiu a ‘Sociedade Anônima’ que viria a ser chamada PETROBRAS.

Já de saída, em seus dois primeiros artigos, a mencionada Lei definia o monopólio

da União nessa atividade e a forma pela qual esse monopólio seria exercido (...).

Seguindo a tendência até então adotada, a Constituição Federal de 1988 manteve o monopólio da União nessa atividade e, de forma incisiva, vedou a cessão ou concessão de participação de qualquer espécie na exploração de jazidas de petróleo e gás natural, ressalvados os royalties devidos aos Estados e Municípios, nos termos da redação original do art. 177 da Carta (...)

Há também exceção à exploração exclusiva da União - prevista no art. 45 do ADCT -, que afirma ficarem 'excluídas do monopólio estabelecido pelo art. 177, II, da Constituição as refinarias em funcionamento no País amparadas pelo art. 43 e nas condições do art. 45 da Lei no 2.004, de 3 de outubro de 1953.

Porém, a concentração mercadológica em matéria de exploração petrolífera não mais se coadunava com os ventos do comércio internacional e com o fomento à atividade privada (...), razão pela qual, na esteira de uma extensa reforma estatal que abrangeu setores como o de telefonia e energia elétrica, promoveu-se a relativa abertura desse nicho de mercado, de exploração até então exclusiva da Petrobrás S/A.

A abertura do mercado de exploração do petróleo iniciou-se, efetivamente, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 9/95 (...).

Anexo ao texto da proposta de emenda, o Poder Executivo enviou ao Congresso Nacional a Exposição de Motivos n. 39, da qual se extrai o propósito do governo de 'flexibilizar' o monopólio da exploração petrolífera (...).

Somente a partir dessa abertura nasceu a necessidade de regulação de um setor antes monopolizado. Isso porque, na medida em que se abre a possibilidade de ingresso da atividade privada nesse nicho, como igualmente ocorreu com a telefonia e a energia elétrica, torna-se necessária a fixação de objetivos e limitações bem claros nesse estratégico setor de desenvolvimento do País.

E é nesse cenário de abertura do mercado e de necessidade regulatória que vem a lume a chamada 'Lei do Petróleo' (Lei n.9.478/97), que define objetivos macroeconômicos para o setor, institui a Agência Nacional do Petróleo e, de

forma inovadora, redesenha o papel que será exercido pela Petrobrás S/A, como competidora privada do setor (...), ficando claro tratar-se não de uma prestadora de serviço público, mas de um agente – entre vários outros – na exploração de atividade econômica em sentido estrito.

(...) previu a Lei do Petróleo que ‘as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação (...)’

O Superior Tribunal de Justiça, em voto da Ministra Eliana Calmon no Recurso Especial no 1.119.643, pontuou que a ANP – Agência Nacional do Petróleo, do Gás Natural e dos Biocombustíveis é “uma autarquia”, com “personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios”, “competente para regular as atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo (...) e estabelecer critérios para o pagamento de royalties (...)”. No Recurso Especial no 1.101.040, a Corte superior entendeu que “também constitui atribuição da ANP (...) baixar normas sobre a habilitação dos interessados em efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural.”

No Recurso Especial no 1.142.377, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a fiscalização de competência da ANP – Agência Nacional do Petróleo, do Gás Natural e dos Biocombustíveis atinge também a proteção do meio ambiente:

“Um dos objetivos da Política Nacional de Energia é ‘proteger o meio ambiente (art. 1o, IV), cabendo à Agência Nacional do Petróleo – ANP, entre outras competências legais, a ‘fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis’, sobretudo quanto a ‘fazer cumprir as boas práticas de (...) preservação do meio ambiente’ (art. 8o, IX, da Lei 9.478/1997).

(...)

Assim, por força de disposição legal, a proteção do meio ambiente encontra-se imbricada no poder de polícia da ANP, sem que tal provoque ingerência indevida nas atribuições específicas dos órgãos ambientais, que mantêm sua natural competência à medida que a exploração e comercialização de petróleo, gás natural e biocombustíveis caracterizam atividade potencialmente poluidora, nos termos do art. 3o, II e III, da Lei 6.938/81.

No ordenamento jurídico brasileiro, o poder de polícia ambiental é prerrogativa inafastável dos órgãos de proteção do meio ambiente. Isso, porém, não quer dizer que o legislador esteja impedido de, em adição, atribuí-lo também a outras entidades públicas, postura que, antes de significar *bis in idem*, representa em verdade o reconhecimento de que o dano ambiental e as atividades capazes de causá-lo exigem, pela sua complexidade e múltiplas facetas, a conjugação do expertise de toda Administração Pública, no sentido de assegurar máxima efetividade nos esforços de prevenção, reparação e repressão."

14. MONOPÓLIO E PROPRIEDADE NO MERCADO BRASILEIRO DE PETRÓLEO, NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

Questão bastante relevante, à qual a suprema Corte se dedicou, é a amplitude do monopólio da União no setor do petróleo, do gás natural e de outros biocombustíveis.

No julgamento da ADI 3.273-9, por um lado, o Ministro Carlos Ayres Britto sustentou que a União detém a propriedade exclusiva não apenas "das jazidas de petróleo, gás e de outros hidrocarbonetos fluidos", mas também do produto da lavra, o que implica maior ingerência estatal na venda destes produtos:

"(...) O monopólio que entendo emergir da inteligência do art. 177 da Constituição Federal, combinado com os arts. 176 e 20, consiste na unititularidade seja de atividade, seja de domínio. Vale dizer, a União é proprietária exclusiva das jazidas de petróleo, gás e de outros hidrocarbonetos fluidos, como também é a única titular daquelas atividades arroladas pelos diversos incisos do art. 177, a começar pela pesquisa e passando, naturalmente, pela lavra. Disso decorre que a propriedade do produto da lavra do petróleo e do gás permanece em mãos da União."

Divergência grande coube ao Ministro Eros Roberto Grau, que sustentou ser "erro nefando o de confundir os recursos minerais --- inclusive os do subsolo, que são bens da União --- isto é, as jazidas, com o que se extrai delas":

"O monopólio (i) pode decorrer do lícito exercício de uma vantagem competitiva ou (ii) ser instituído mediante Lei. O agente econômico, no primeiro caso, valendo-se de

sua superioridade em relação aos competidores, logra eliminar seus concorrentes, transformando-se no único a atuar em determinado segmento da economia. Aqui, embora se dê a eliminação dos concorrentes, inexistente prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa. Já no segundo caso (instituição de monopólio mediante lei, monopólio legal), tem-se situação diversa: aí o Estado exerce uma opção política, em razão da qual o sistema jurídico atribui a determinado agente a faculdade do exercício, com exclusividade, de uma certa atividade econômica em sentido estrito. Estabelece-se artificialmente (=pela lei) um ambiente impermeável à livre iniciativa; a ausência de concorrência é total. Qualquer outro agente econômico que se disponha a explorar a atividade monopolizada estará impedido de fazê-lo --- a lei não admite essa exploração.

Os monopólios legais dividem-se, por sua vez, em duas espécies: (i) os que visam impelir o agente econômico ao investimento e (ii) os que instrumentam a atuação do Estado na economia.

Transitamos, quando diante daquele primeiro tipo de monopólio, pela seara da chamada propriedade industrial: da e na proteção dos patentes, marcas, know-how etc. emerge autêntico monopólio privado; ao detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração.

O segundo tipo de monopólio legal consubstancia atuação estatal no domínio econômico: o Estado assume o exercício de determinada atividade em regime de monopólio, em cumprimento a preceito contemplado no plano constitucional.

(...)

A Constituição do Brasil enumera, em seu art. 177, atividades que constituem monopólio da União [v.g., pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural, refinação de petróleo, importação e exportação de produtos derivados de petróleo, transporte marítimo de petróleo bruto, etc.] e, em seu art. 20, os bens que são de sua exclusiva propriedade [terras devolutas, ilhas fluviais, mar territorial, terrenos de marinha, recursos minerais, sítios arqueológicos etc.]³⁸. Atividades e bens, uma coisa distinta da outra.

(...)

Por isso a empresa (= atividade) não pode ser confundida com o complexo de bens

38. As constituições de 1946 e de 1967-69 facultavam aos Poderes Públicos, sob certas condições, "monopolizar determinada indústria ou atividade".

que possibilita seu desenvolvimento (= estabelecimento).

De outra parte, a propriedade do resultado da atividade --- vale dizer, propriedade dos produtos ou serviços da atividade --- também não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.

Do monopólio da atividade trata, no caso, o artigo 177 da Constituição; da propriedade detida pela União em relação a determinados bens, o artigo 20.

(...)

Concluo este momento de meu voto relembrando que o monopólio é de atividade, não de propriedade. Isso explica porque a propriedade do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos pode ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva do monopólio, contemplada no artigo 177 da Constituição.

Cabe como uma luva, neste ponto, a lição de FÁBIO KONDER COMPARATO³⁹: 'o titular do monopólio público não está obrigado a explorá-lo diretamente, podendo essa exploração ser exercida por outrem, pessoa jurídica de direito público ou privado'. E prossegue: 'o único ponto discutível, nessa matéria, é o modo de se instituir a delegação do monopólio: por meio de decreto do Poder Executivo, ou por lei. No meu entender, como todo monopólio público em nosso sistema constitucional decorre de norma expressa da Constituição, que excepciona o princípio da livre iniciativa empresarial, somente a lei pode autorizar o seu exercício por pessoa diversa do titular'. No caso --- digo eu --- precisamente a Lei nº 9.478/97.

A propriedade do produto da lavra das jazidas minerais atribuídas ao concessionário pelo artigo 176 da Constituição do Brasil é inerente ao modo de produção social capitalista. A concessão seria materialmente impossível sem que o proprietário se apropriasse do produto da exploração da jazida. O mesmo se dá quanto ao produto do exercício das atividades contratadas com empresas estatais ou privadas nos termos do §1º do artigo 177 da Constituição do Brasil. Essas contratações --- contratações, note-se bem; não concessões --- seriam materialmente impossíveis sem que os contratados da União se apropriassem, direta ou indiretamente, do produto da exploração das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros

39. Ob. cit., pág. 151; tb pág 152.

97 hidrocarbonetos fluidos.

(...)

A EC 9/95 tornou relativo o monopólio do petróleo.

98

O §1º do artigo 177 da CB, em sua redação originária, vedava à União 'ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvando o disposto no art. 20, §1º'

99

A redação do preceito passou a ser o seguinte: '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.'

100

Extirpada do preceito a proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração petrolífera, seja em espécie (petróleo) ou em valor (dinheiro), a EC 9/95 permite que a União transfira ao 'concessionário' a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. Aí um novo regime de monopólio, que é o que a EC nº 9/95 preconiza.

101

Note-se bem: o monopólio permanece íntegro; não foi extirpado da Constituição. Anteriormente, de modo bem amplo, projetava-se sobre o produto da exploração petrolífera. Ia para além da atividade monopolizada. A Constituição impedia que a União cedesse ou concedesse qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º --- isto é, a participação dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim dos órgãos da Administração Direta da União, no resultado da exploração de petróleo ou gás natural etc. Esse preceito do parágrafo fazia, como permanece a fazer, exceção ao regime de propriedade das jazidas, matéria da propriedade dos bens da União [inciso IX desse mesmo artigo 20].

(...)

A EC 9/95 permite que a União transfira ao 'concessionário' os riscos e resultados da atividade e a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais.

102

O artigo 176 --- ainda que o artigo 20, IX da CB estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo são bens da União --- garantiu ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração, sem estipular qualquer restrição a

ela, do que decorre a conclusão de que, existindo concessão de lavra regularmente outorgada, a propriedade sobre o produto da exploração é plena.

É erro nefando o de confundir os recursos minerais --- inclusive os do subsolo, que são bens da União --- isto é, as jazidas, com o que se extrai delas.

No caso do petróleo e do gás natural, no entanto, a propriedade de que se cuida não é plena, mas relativa, visto que a comercialização de ambos é administrada pela União, através de uma autarquia sua, a ANP.

Nos termos do artigo 2º, V, da Lei 9.478/97, compete ao CNPE 'estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender às necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, gás natural e condensado, e assegurar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques Estratégicos de Combustíveis, que trata o art. 4º da Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991'. O CNPE⁴⁰ é órgão de assessoramento da Presidência da República, integrado por Ministros de Estado, cujas propostas são submetidas à apreciação do Chefe do Poder Executivo, órgão ao qual incumbe prover a preservação do interesse nacional. Mais: as resoluções expedidas pelo colegiado passam pelo crivo do Presidente da República.

A propriedade decorrente do disposto no § 1º do artigo 177 da CB é exercida pelo seu titular no quadro dessas políticas, especialmente no que respeita à liberdade de exportar, pois quem decide a respeito dessa possibilidade é o CNPE, sujeitas suas decisões à aprovação do chefe do Executivo, sendo posteriormente autorizada, ou não, pela autarquia⁴¹.

Em suma: o contratado detém a propriedade do produto, mas não é titular de sua livre disponibilidade.

Há mais, porém, a distinguir a propriedade afirmada pelo artigo 176 da outra, que decorre do disposto no § 1º do artigo 177. É que as jazidas de petróleo ou de gás natural não são licitadas.

O objeto da licitação, no caso, é a pesquisa e a lavra inicialmente; apenas haverá

40. Decreto nº 3.520/00

41. Decreto nº 2.926/99

propriedade de um ou outro se a pesquisa resultar frutífera. Na hipótese do artigo 176 há concessão da exploração da jazida. Aqui não. Haverá exploração apenas se um ou outro --- petróleo ou gás natural; ou outro hidrocarboneto fluido --- vier a ser encontrado.

Embora, na dicção do Ministro Carlos Britto, possa ser tida como 'expressão do setor público, e não do setor privado da Economia', explora atividade econômica em sentido estrito, estando sujeita, portanto, ao disposto no § 1º, II, do artigo 173 da Constituição do Brasil. Vale dizer: está sujeita ao 'regime jurídico próprio das empresas privadas'. Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatórios, as contratações previstas no § 1º do artigo 177 da Constituição⁴²."

O Ministro Carlos Ayres Britto retrucou, trazendo tom nacionalista ao debate:

"Quero dizer que o petróleo é um bem tão referido à identidade nacional, ao bem-estar do povo brasileiro, é tão funcionalmente ligado - e esse bem chamado 'petróleo' - à soberania nacional, condicionador do desenvolvimento nacional que não podemos entregá-lo à propriedade pura e simples da União."

Também nesta linha, a ponderação do Ministro Nelson Jobim:

"Esse tema - petróleo - está carregado de sentimentalidade nacional. Não se pode separar a Nação do Estado, nesse momento. Enquanto outros povos fazem guerra atrás do petróleo - e, recentemente, um país invadiu outro para se apropriar de jazidas de petróleo e gás -, estamos, por meio dessa Lei nº 9.478, convocando, em rigor, empresas estrangeiras para levar nosso petróleo e exportá-lo para suas matrizes geográficas, financeiras e jurídicas."

No debate, que circunscreve-se à propriedade sobre os recursos minerais que se extrai das jazidas, prevaleceu o entendimento do Ministro Eros Grau.

42. A lei referida no § 1º do art. 177 da Constituição do Brasil é especial em relação à Lei nº 8.666/93; ao caso não se aplica, portanto, o disposto no inciso VIII do artigo 24 desta última.

15. CONCLUSÕES

1. A reforma do Estado brasileiro tende a apresentar as seguintes consequências: (a) recuo significativo na atuação direta do Estado nas diversas áreas de atividade, exceto na bancária; (b) aumento da estrutura estatal destinada à regulação e à fiscalização; (c) fortalecimento e concentração de poder no executivo em detrimento da participação do legislativo, nos setores submetidos às agências reguladoras.

2. A ampliação da estrutura de regulação e fiscalização abarcou a criação e fortalecimento não apenas das agências reguladoras, mas também do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e da SDE – Secretaria de Direito Econômico.

3. O sucesso da experiência regulatória norte-americana, que influenciou fortemente o nosso modelo, deve-se à preocupação de que cada um dos consumidores sejam protegidos contra eventual abuso ou omissão das agências reguladoras.⁴³

Na sistemática norte americana, “a primeira característica é a separação desses órgãos do governo, traduzida na independência decisória e financeira das agências, mandatos com termo fixo para seus dirigentes e na proibição de ministros e órgãos do governo influírem na ação das agências. A segunda é o dever estrito de as agências agirem exclusivamente nos termos da Lei que lhes disciplina a ação, sendo seus dirigentes pessoal e penalmente responsáveis por seus atos. A terceira é a atenta fiscalização pelo Senado da atuação das agências e de seus dirigentes, desde a aprovação destes até o exame de relatórios regulares, sempre em audiência públicas. Essas características estruturais são aperfeiçoadas pela obediência aos princípios gerais da administração pública, a conformar a conduta das agências, como o dever de publicidade de seus atos, de moralidade de seus dirigentes, de impessoalidade de suas ações.”⁴⁴

É certo que não estamos obrigados a copiar a sistemática norte americana, bem como de qualquer outro Estado ou Organização Internacional. Não obstante, não notar suas experiências pode condenar o Estado brasileiro ao fracasso.

43. Dutra, Pedro. Agência de Vigilância Sanitária. In. Revista do IBRAC, volume 5, número 7, São Paulo, 1998, p. 03 e 04.

44. Dutra, Pedro. Agência de Vigilância Sanitária. In. Revista do IBRAC, volume 5, número 7, São Paulo, 1998, p. 03 e 04.

4. Quanto ao grau de autonomia das agências reguladoras em relação ao poder executivo, vem prevalecendo, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que o grau de autonomia das agências reguladoras segue o disposto na legislação pela qual cada uma foi criada.

5. A jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros não parece consolidada acerca do âmbito da competência normativa das agências reguladoras; todavia, a tendência é:

- reconhecer obrigatoriedade às regras que regulamentam tema disciplinado em Lei;
- não haver consenso quanto às normas que regulam matéria sobre a qual a Lei nada dispõe (lacuna); e
- negar eficácia às normas ditadas em contraposição ao texto legal.

6. Quanto à amplitude do monopólio da União no setor do petróleo, do gás natural e de outros biocombustíveis, a suprema Corte brasileira vem entendendo que “a distinção entre atividade e propriedade permite que o domínio do resultado da lavra das jazidas de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos possa ser atribuída a terceiros pela União, sem qualquer ofensa à reserva de monopólio (art. 177 da CB/88).

(...)

A propriedade sobre o produto da exploração é plena, desde que exista concessão de lavra regularmente outorgada.

Embora o art. 20, IX, da CB/88 estabeleça que os recursos minerais, inclusive os do subsolo, são bens da União, o art. 176 garante ao concessionário da lavra a propriedade do produto de sua exploração;

(...)

A propriedade que se cuida, no caso do petróleo e do gás natural, não é plena; mas relativa; sua comercialização é administrada pela União mediante a atuação de uma autarquia, a Agência Nacional do Petróleo – ANP.”

7. Conseqüentemente, também na ADI 3.273-9, o Supremo Tribunal Federal entendeu que "a Petrobrás não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas (§1º, II, do art. 173 da CB/88). Atua em regime de competição com empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito dos procedimentos licitatórios (art. 37, XXI, da CB/88), as contratações previstas no §1º do art. 177 da Constituição do Brasil."

16. BIBLIOGRAFIA

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. Privatização no Estado contemporâneo. São Paulo: Ícone, 1996.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAÚJO, Edmir Netto. *In* Agências reguladoras. MORAIS, Alexandre de (org.). São Paulo: Atlas, 2002.

BRUNETTO, Thiago Cechini. Reforma do Estado, Estado regulador. *In*: MOLL, Luiza Helena (org.) Agências de regulação no Mercado. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2002.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. As agências reguladoras no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Castelar, Armando. Defesa da Concorrência. Brasília, Fundação Getúlio Vargas, p. 04.

CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. Tratados Internacionais no Brasil e Integração. São Paulo, LTr, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. São Paulo, Saraiva, 1985, 11ª ed.

Dias, Maria Tereza Fonseca. Os Novos Entes Estatais: A Reforma do Estado Mediante a Criação de Organizações Sociais. Belo Horizonte, inédita.

Dias, Maria Tereza Fonseca. Reforma Administrativa do Estado. Belo Horizonte, inédita.

DUTRA, Pedro. Agência de Vigilância Sanitária. In. Revista do IBRAC, volume 5, número 7, São Paulo, 1998.

HANDLER, Milton; Pitofsky, Robert; Goldschmid, Harvey J.; Wood, Diane P. Trade Regulation – Case and Materials, New York, The Foundation Press Inc, 1997, p. 39 e 40.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra, Armênio Amado, 1974.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. Direito Econômico. Rio de Janeiro, Forense, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Agências reguladoras. São Paulo, Manole, 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Mutações no Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar.

Possas, Mário Luiz; Ponde, João Luiz; Fagundes, Jorge. Regulação da Concorrência nos Setores de Infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual, inédito.

REZEK, J. Francisco. Direito Internacional Público. São Paulo, Saraiva, 1995.

RIBEIRO, Maria Rosado de Sá. Direito do Petróleo: as *joint ventures* na indústria do petróleo. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIGNALI, Heber Arbuét. In ARÉCHAGA, Eduardo Jiménez de. Derecho Internacional Publico, tomo I. Montevideo, fcu, 1996.

____. Agências Executivas. Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998.

____. Organizações Sociais. Brasília, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1998.
