



**3º LUGAR - REGULAÇÃO ECONÔMICA**

**AUTOR: MARCELO LAUAR LEITE**

**NATAL – RN**

**FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO DE  
BLOCOS EXPLORATÓRIOS DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL**

## RESUMO

Criada pela Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo), a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) possui, entre outras funções, a de elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção de Petróleo e Gás Natural, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução. Esse procedimento, no entanto, possui forte cunho regulatório em relação às clássicas disposições da Lei 8.666/93 — o Estatuto Geral das Licitações —, dadas as especificidades atinentes à Indústria do Petróleo e Gás Natural (IPGN). Objetivando investigar essas particularidades, procedeu-se à análise do conteúdo dos recentes instrumentos convocatórios elaborados pela ANP, comentando-se os aspectos mais relevantes acerca da habilitação dos concorrentes e da apresentação de ofertas — envolta sob o sistema das participações governamentais, compostas pelo Bônus de Assinatura, pelo Programa Exploratório Mínimo e pelo Conteúdo Local. Posteriormente, investigou-se aspectos regulatórios de forte polêmica e atualidade, como a limitação da apresentação de ofertas por parte dos concorrentes; a preferência ao licitante nacional em casos de empate; as prerrogativas das microempresas e das empresas de pequeno porte; e, derradeiramente, a inevitável discussão sobre os prováveis modelos de regulação dos campos de pré-sal. A fim de cumprir os objetivos propostos, calcou-se, eminentemente, no estudo da experiência prática da Indústria do Petróleo e Gás Natural (IPGN), através da análise dos próprios editais de licitação de blocos de exploração, desenvolvimento e produção de Petróleo e Gás Natural. Esse estudo prático foi conciliado com a axiologia constitucional e com as teorias das doutrinas

administrativista e regulatória de vanguarda, bem como com a moderna jurisprudência dos tribunais superiores. Percebeu-se que é possível restringir a participação de concorrentes na disputa por determinados blocos, tendo em vista a implementação de uma livre concorrência material que evite a dominação do mercado por um pequeno número de agentes econômicos. Quanto à preferência ao licitante nacional em casos de empate, essa se justifica validamente em um sistema constitucional calcado no valor soberania. Por sua vez, as microempresas e as empresas de pequeno porte passaram a se inserir na IPGN com o advento de licitações em áreas de acumulação marginal pautadas em instrumentos limitadores semelhantes aos aplicados com sucesso nas áreas de risco. Por fim, notou-se que o modelo regulatório de concessões, precedido por licitações, é o mais adequado aos campos de pré-sal, tendo em vista o atendimento a interesses públicos primários e secundários.

**Palavras-Chave:** Regulação. Licitação. Blocos Exploratórios. Petróleo. Gás Natural.

## ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>ADI</b>	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>Agl</b>	– Agravo de Instrumento
<b>AgR</b>	– Agravo Regimental
<b>ANATEL</b>	– Agência Nacional de Telecomunicações
<b>ANP</b>	– Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
<b>Art</b>	– Artigo
<b>CADE</b>	– Conselho Administrativo de Defesa Econômica
<b>CF</b>	– Constituição Federal
<b>CNP</b>	– Conselho Nacional de Petróleo
<b>CNPE</b>	– Conselho Nacional de Política Energética
<b>DJ</b>	– Diário da Justiça
<b>DOU</b>	– Diário Oficial da União
<b>EC</b>	– Emenda Constitucional
<b>IPGN</b>	– Indústria do Petróleo e Gás Natural
<b>LC</b>	– Lei Complementar
<b>Min</b>	– Ministro
<b>OPEP</b>	– Organização dos Países Exportadores de Petróleo
<b>PEM</b>	– Programa Exploratório Mínimo
<b>PEN</b>	– Política Energética Nacional
<b>PL</b>	– Projeto de Lei
<b>RE</b>	– Recurso Extraordinário
<b>Rel</b>	– Relator
<b>REsp</b>	– Recurso Especial
<b>RMS</b>	– Recurso em Mandado de Segurança
<b>SDB</b>	– Superintendência de Definição de Blocos
<b>STF</b>	– Supremo Tribunal Federal
<b>STJ</b>	– Superior Tribunal de Justiça
<b>TCU</b>	– Tribunal de Contas da União
<b>UT</b>	– Unidade de Trabalho

# SUMÁRIO

## RESUMO

## ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>1 INTRODUÇÃO.</b>	07
<b>2 REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA</b>	11
<b>2.1 Regulação Não Concorrencial.</b>	13
<b>2.2 Regulação Pró-Concorrencial.</b>	16
<b>3 O EDITAL DE LICITAÇÃO.</b>	19
<b>3.1 Definição do Objeto</b>	20
<b>3.2 Requisitos Exigidos para a Habilitação dos Concorrentes</b>	22
3.2.1 Qualificação Técnica	22
3.2.2 Qualificação Financeira	26
3.2.3 Qualificação Jurídica	28
<b>3.3 A Apresentação de Ofertas</b>	29
3.3.1 Bônus de Assinatura	30
3.3.2 Programa Exploratório Mínimo (PEM).	31
3.3.3 Conteúdo Local	33
3.3.4 Considerações acerca da Vedação à Competição Consigo Mesmo	34
<b>4. LIMITAÇÕES À APRESENTAÇÃO DE OFERTAS</b>	37
<b>4.1 Histórico da Cláusula Restritiva</b>	38
<b>4.2 A Posição do STF na Suspensão de Liminar 176/DF</b>	40
<b>4.3 Legalidade e Sentido</b>	43
<b>4.4 Benefícios</b>	48

4.5 Restrições em Licitações fora da IPGN . . . . .	50
5 PREFERÊNCIA AO LICITANTE NACIONAL EM CASO DE EMPATE . . .	53
6 REGULAÇÃO EM FAVOR DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. . . . .	57
6.1 Atuação nas Rodadas de Licitação Promovidas pela ANP . . . . .	59
7 MUDANÇAS À VISTA: AS ÁREAS DE PRÉ-SAL . . . . .	63
7.1 Os Modelos Majoritariamente Propostos . . . . .	64
7.2 Compleição Regulatória dos Modelos . . . . .	66
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS . . . . .	69
REFERÊNCIAS . . . . .	72
GLOSSÁRIO . . . . .	78

## 1 INTRODUÇÃO

No decorrer da década de noventa, tornou-se difícil para o Estado suportar o déficit financeiro provocado pela ineficiência de suas gestões. Os custos previdenciários, a instabilidade política, as crises econômicas provocadas pela dúvida quanto ao abastecimento de petróleo e derivados, o alto custo da máquina administrativa, e a simples manutenção da infra-estrutura criada, elevaram o déficit público para patamares colossais<sup>1</sup>.

O modelo prévio à Constituição de 1988 contribuiu para solidificar a inaptidão empresarial do Estado, permitindo que funcionários ingressassem no Poder Público através de requisitos demeritórios, corroborando para o aperfeiçoamento de uma crise que cooperou para a liquidação das finanças do país, bem como para a deterioração do serviço público. Era o delineamento da “falência” de uma estrutura que se julgava capaz de ser, concomitantemente, prestadora de serviços públicos, empresária e investidora.

Percebendo que a manutenção da administração de atividades de natureza tão distintas levaria o Brasil à ruína, optou-se por uma nova forma de atuação: o Estado se afastaria, pouco a pouco, do exercício direto de sua face empresarial, passando, então, a regulá-la, isto é, a controlar, influenciar e disciplinar a atuação a participação dos agentes econômicos.

Nesse íterim, revelava-se cogente a adoção de um modelo operacional apto a proporcionar confiança, transparência e segurança para os investidores

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 19.

nacionais e estrangeiros, eis que necessária a alocação de vultosos investimentos para manutenção e de melhorias nas áreas então submetidas à ingerência estatal<sup>2</sup>.

Sob esse contexto, criaram-se as agências reguladoras independentes, com três objetivos principais: planejar, fiscalizar e incentivar a atuação de empresas das mais diversas áreas econômicas. Dessa forma, contribuir-se-ia com a realocação do Estado na economia, transferindo à esfera privada o exercício de funções próprias a ela. Consequentemente, facilitar-se-ia a reestruturação econômica do setor público através da redução de sua dívida líquida, bem como se permitiria a concentração de esforços em atividades consideradas fundamentais à consecução das prioridades nacionais, consoante objetivava o Programa Nacional de Desestatização<sup>3</sup>.

A fim de adequar o país a esse novo contexto político-econômico, surgiram inúmeras alterações constitucionais<sup>4</sup>. Entre elas, a Emenda Constitucional (EC) 9/95, que (acrescentar vírgula e complemento) permitiu inovações nas nuances jurídicas referentes às atividades que envolviam petróleo e gás natural, permitindo à União contratar tanto empresas estatais quanto privadas para a realização das atividades monopolizadas.

Essa *flexibilização* do monopólio engendrou a edição da Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo), que dispôs, entre outros assuntos, sobre a Política Energética Nacional,

---

<sup>2</sup> BORGES, Ilia Freire Fernandes. **O Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo**. 2004. 84 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2004, p. 27.

<sup>3</sup> Lei 8.031/90, Art. 1º.

<sup>4</sup> A EC 6/95, por exemplo, permitiu que empresas com capital estrangeiro, pudessem desempenhar a pesquisa e a lavra de recursos minerais e aproveitar dos potenciais brasileiros de energia hidráulica; a EC 7/95 assentiu que a lei poderia dispor sobre condições, na ordenação do transporte aquático, para que a condução de mercadorias na cabotagem e a navegação interior pudessem ser laboradas por embarcações estrangeiras; a EC 8/95 previu a autorização, concessão ou permissão, a empresas privadas, para que estas explorassem serviços de telecomunicações, alterando o Art. 21, XI da Constituição Federal.



as atividades relativas ao monopólio do Petróleo, a criação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis<sup>5</sup> (ANP) e suas atribuições.

As atribuições da ANP são destinadas à promoção da regulação em sua área técnica. O cumprimento delas passa, necessariamente, pela implementação de uma política nacional para o petróleo e gás natural, tendo sua ênfase na preservação do interesse nacional, na promoção do desenvolvimento e da livre concorrência, na garantia do fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional<sup>6</sup>, na atração de investimentos para a produção de energia e na ampliação da competitividade brasileira no mercado internacional<sup>7</sup>, entre outros princípios e objetivos determinados pela Política Energética Nacional (PEN).

É sob esse contexto propedêutico que se estudará a função regulatória decorrente de uma das atribuições específicas da ANP: a elaboração de editais e a promoção das licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural<sup>8</sup>.

Afinal, o que há de especial nesse procedimento? O que o faz merecedor de existência autônoma? Quais são os reflexos de sua observância para o mercado? Como pode afetar o conceito de *livre concorrência*? Como essa regulação pode colaborar para a redução das desigualdades? Em que termos sua aplicação afeta ou afetará a sociedade brasileira?

---

<sup>5</sup> Nomenclatura dada pela Lei 11.097/05.

<sup>6</sup> Conforme exige o § 2º do Art. 177 da Constituição Federal.

<sup>7</sup> Lei do Petróleo, Art. 1º.

<sup>8</sup> Resta pacificado que, no exercício das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, a ANP deve adotar as regras especiais de licitação contidas na Lei do Petróleo e em suas portarias e resoluções, tendo em vista o seu poder normativo, conforme a doutrina de BORGES, Ilia Freire Fernandes. **O Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo**. 2004. 84 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2004, p. 27 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), ADI 1.668-DF, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, DJ de 16.04.2004.

A fim de responder tais questões, calcou-se, eminentemente, no estudo da experiência prática da Indústria do Petróleo e Gás Natural (IPGN), conciliando-o com os valores teóricos e com a moderna posição dos tribunais superiores sobre os temas abordados.

Nessa esteira metodológica, discutir-se-ão os fundamentos existentes no sistema constitucional brasileiro aptos a basearem os posicionamentos em prol da regulação, seja na análise genérica dos editais de licitação, na limitação à apresentação de ofertas, na preferência ao licitante nacional em casos de empate ou nas facilitações outorgadas às microempresas e empresas de pequeno porte. Por último, far-se-á comentários sobre as expectativas regulatórias em torno das áreas de pré-sal, cujo potencial econômico vem causando verdadeiro *frisson* na IPGN.

Sempre que necessário, expor-se-ão casos de regulação através da licitação fora da IPGN, de modo a comprovar a abrangência do tema.

Em tempo, sugere-se a consulta à lista de abreviaturas e siglas e ao glossário, dada a repetição de termos técnicos no decorrer dos tópicos.

## 2 REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

Propedeuticamente, mostrou-se que a *flexibilização* do monopólio diminuiu a área de atuação do Estado como agente econômico da IPGN, passando o Poder Público a exercer uma *função regulatória*, através da ANP.

É preciso, ainda, diferenciar os sentidos de *regulamentação* e *regulação*.

*Regulamentação* diz respeito à normatividade, sendo um ato estatal geral e abstrato de caráter materialmente legislativo, havendo duas subespécies principais: os regulamentos de execução (atos normativos secundários, tendo sua validade fundamentada em leis infraconstitucionais em sentido amplo) e os independentes (atos normativos primários, cuja validade é fundamentada diretamente na Constituição). O regulamento é, pois, um conteúdo<sup>9</sup>.

O termo *regulação*, por sua vez, surgiu nos Estados Unidos em um contexto no qual as indústrias detinham uma situação monopolista, sendo demandada a fixação de preços pelo Estado. Com o decorrer das circunstâncias históricas, houve o desejo de se abrir determinados setores à iniciativa privada, começando-se a se falar em *desregulação*.

Quando os termos jurídicos que protegiam os monopólios foram *suprimidos*, percebeu-se que eles não haviam sido substancialmente *superados*. Por isso, o Estado continuou a definir preceitos a fim de que o desmantelamento da proteção jurídica anterior tivesse uma real concretização. Era necessário, dessarte, a definição de mais regras que no passado<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 75-79, out. / dez. 2005.

<sup>10</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Concorrência e Regulação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da (Org).

A evolução do entendimento de regulação, nos moldes praticados pelo Brasil, trouxe uma visão singularizada do instituto. Hoje, compreende-se essa função regulatória como sendo o conjunto de medidas legislativas, administrativas ou convencionais que, restringindo a liberdade privada, determinam, controlam ou influenciam o comportamento dos agentes econômicos, perquirindo-se a conformação de suas atividades aos princípios constitucionais, mormente os da ordem econômica e social<sup>11</sup>.

Prescinde-se, assim, de um viés exclusivamente normativo, malgrado possa existir a *regulação* através da *regulamentação*. É exatamente essa a idéia do Art. 174 da Constituição Federal, que trata ambas as condutas complementarmente, registrando ser o Estado um agente *normativo* e *regulador* da atividade econômica.

De fato, enquanto o Estado irrompia-se na economia de forma direta, a elaboração dessas medidas era prescindível e, até certo ponto, desinteressante. Contudo, a partir do momento em que a execução da atividade passou a ser também desempenhada por particulares, fez-se inescusável a densificação de um aparato regulatório apto a garantir o interesse público tutelado<sup>12</sup>.

Essa é, porém, apenas uma das facetas do mecanismo norteador da economia. Hoje, pode-se dizer que o Estado exerce atividade econômica regulatória tanto quando faz concessões aos particulares para o desempenho de atividades

---

**Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 223; GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a nova hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 243, set./dez. 2006, p. 178.

<sup>11</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 162, out. 2004.

<sup>12</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos.** São Paulo: Malheiros, 2002, p. 167.

econômicas e serviços públicos, como quando planeja regramentos que intentem tutelar o meio ambiente ou defender o consumidor<sup>13</sup>.

É nesse sentido que o Estado pode promover a regulação de três modos distintos: o anticoncorrencial, o não concorrencial e o pró-concorrencial<sup>14</sup>.

A primeira forma dispensa maiores comentários, configurando-se como a intervenção que cessa a existência de concorrência. Trata-se da prática de um monopólio cujo exercício compete a uma operadora estatal de forma exclusiva, cabendo a esta tanto regular quanto exercer a atividade econômica. Era o que ocorria com a IPGN antes da EC 9/95 e o que ocorre, ainda, no serviço postal.

As duas outras facetas regulatórias merecem, entretanto, uma análise destacada.

## 2.1 Regulação Não Concorrencial

Nesta forma regulatória, do mesmo modo que não há a vedação à instituição de concorrência, também inexistente o estímulo. O Estado se mantém em uma posição neutra, focando sua regulação em pautas distintas da concorrencial, tais como a universalização dos serviços, a integração regional, o meio ambiente, a qualidade da prestação, entre outras<sup>15</sup>.

No campo das licitações públicas, a dispensa foi uma das principais formas encontradas pelo Estado para se regular de forma não concorrencial. Exemplo disso

---

<sup>13</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

<sup>14</sup> As observações que envolvem esta subdivisão têm procedência na enriquecedora doutrina de MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo. A Articulação entre Regulação Setorial e Regulação Antitruste. **Revista Regulação Brasil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.69-88, jan./dez. 2005.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 139-140.

é a intervenção da União no domínio econômico<sup>16</sup>, possibilitada sempre que o ente federativo necessite regular preços ou normalizar o abastecimento.

Perceba-se que, nessas hipóteses, o objetivo primário do Estado é a influência no reequilíbrio do mercado, assumindo-se o risco da intervenção com a oferta ou aquisição de bens ou serviços no Brasil ou no exterior<sup>17</sup>.

Outra característica marcante da regulação estatal não concorrencial é o fomento a grupos sociais marginalizados, como apenados, deficientes físicos e a população de baixa renda.

Quanto aos primeiros, tem-se que sua ressocialização é um dever do Estado frente aos ditames da dignidade da pessoa humana consolidados na Lei Maior, já que as condições a eles impostas mostram-se dignas do mais profundo rechaço social: estabelecimentos prisionais superlotados, insalubridade, truculência funcional, aglomeração de detentos condenados por crimes diametralmente opostos, entre outras. Por isso, ciente da falência do seu sistema prisional, o Estado promove regulação não concorrencial na medida em que estimula a recuperação social do preso através da dispensa da licitação para a contratação de instituições com esse propósito.

Quanto aos segundos, dispensa-se a contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado<sup>18</sup>. Para este grupo social, a carência de investimento em transporte público, acessibilidade, e a mitigação de incentivos governamentais à sua contratação no meio privado, findam por vigorizar uma situação de marginalização e desigualdade, sendo

---

<sup>16</sup> Lei 8.666/93, Art. 24, VI.

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 245.

<sup>18</sup> Lei 8.666/93, Art. 24, inciso XX.

indispensável que o braço regulador estatal intervenha a fim de corrigir suas próprias negligências.

Quanto aos últimos, os serviços de coleta, processamento e comercialização de resíduos urbanos efetuados por associações formadas por pessoas físicas de baixa renda, reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, também são passíveis de serem dispensados de licitação<sup>19</sup>. Mantém-se posicionamento análogo ao até aqui estudado. É uma realidade o fato de os grandes centros urbanos brasileiros apresentarem percalços administrativos no que tange à destinação dos resíduos residenciais e urbanos. A cidade de Natal/RN, por exemplo, fez uso, em 2004, de um acordo com a prefeitura de Ceará-Mirim, município de sua região metropolitana, a fim de construir um aterro sanitário neste, dada a carência de locais apropriados na capital potiguar. A realização de pactos semelhantes é mais árdua em regiões densas e populosas e o despejo do material em local inapropriado e a incineração também podem causar danos ambientais de complexa reversibilidade. Desta feita, vislumbra-se que o incentivo à reciclagem de materiais, além de ser uma forma de manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>20</sup>, também é um importante incentivo à absorção de considerável mão-de-obra tecnicamente desqualificada, gerando emprego, renda e contribuindo para a consecução da paz social, regulando-se, destarte, duas pautas de forma una.

Em todos os casos ora trazidos, o Estado se revela presente na medida em que dispensa empresas que exerçam atividades de relevância social ontologicamente diferentes da participação em certames licitatórios. Calca-se, para tanto, em um objeto maior: a função regulatória não concorrencial.

---

<sup>19</sup> Lei 8.666/93, Art. 24, inciso XXVII.

<sup>20</sup> Dever do Poder Público e da sociedade (Constituição Federal, Art. 225).

Por questões didáticas, a aplicação da regulação não concorrencial à IPGN será tecida no decorrer do capítulo 3.

## 2.2 Regulação Pró-Concorrencial

Por último, o modelo pró-concorrencial possui maior afinidade com a moderna tendência regulatória, configurando-se como uma intervenção estatal que perquiri a introdução e a promoção da competição como o seu principal vetor. A concorrência passa a ser vista como o canal apto à consecução dos interesses públicos perseguidos pelo ente regulador. É a principal forma hodierna de regulação da IPGN, dos serviços de energia elétrica e o de telecomunicações<sup>21</sup>.

Há de se perceber que, independentemente do modelo adotado, todo agrupamento social que pretenda ter uma base sustentável de sua estrutura econômica, independentemente de organização ou tamanho, carece da adoção de um marco regulatório mínimo a fim de garantir o seu melhor funcionamento<sup>22</sup>.

Nesse ínterim, qual seria a relação entre a regulação *concorrencial* e a *livre concorrência*?

A livre concorrência foi elevada ao *status* de princípio da ordem econômica nacional pela Carta Magna de 1988, se revelando como uma manifestação da liberdade de iniciativa de uma pluralidade autônoma de agentes econômicos no seio de um mercado competitivo<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Articulação entre Regulação Setorial e Regulação Antitruste. **Revista Regulação Brasil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 69-88, jan./dez. 2005.

<sup>22</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19.

<sup>23</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Livre Iniciativa e Direito Concorrencial. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). **Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p.73



A fim de garantir a sua plenitude, substituindo as falhas naturais dos mecanismos de mercado, criou-se a figura da regulação estatal pró-concorrencial<sup>24</sup>. Esta se caracteriza por um caráter mais amplo, porquanto dinamiza a própria estrutura jurídica sob a qual estão inseridas as empresas atuantes em um sistema ideal de liberdade. É nesse sentido que a defesa da livre concorrência se revela como um dos aspectos do moderno modelo de regulação estatal.

Não é difícil perceber que, por vezes, o funcionamento do mercado pode gerar a concentração das atividades econômicas em um ou poucos agentes, acabando estes por influenciar preços e engendrar a dependência do consumidor em relação aos seus bens ou serviços.

Uma regulação ideal seria aquela que adaptasse da melhor maneira possível o mercado competitivo da livre concorrência, prevenindo a superveniência de condutas indesejáveis, coordenando os agentes econômicos. Há, assim, grande proximidade nos fundamentos da regulação e da livre concorrência.

Nos casos dos ilícitos concorrenciais, percebe-se que a mera repressão por parte dos órgãos de defesa da concorrência pode se mostrar insuficiente, demandando-se a regulação como forma de imposição dos comportamentos desejados aos agentes econômicos<sup>25</sup>. Deriva desse entendimento a posição do Estado brasileiro como agente normativo e regulador da atividade econômica, corporificada pelo Art. 174 da Constituição Federal.

Nesta ótica, um dos principais instrumentos de iniciação do Estado na regulação de determinado mercado será a licitação, que nos dá exemplos marcantes de regulação pró-concorrencial, ainda que fora da IPGN.

---

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 137.

<sup>25</sup> MARTINS, Daniela Couto. **A Regulação da Indústria do Petróleo segundo o Modelo Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 91.

Este é o caso, por exemplo, da equiparação do licitante nacional ao estrangeiro. A Lei 8.666/93 (Estatuto Geral de Licitações Públicas) prevê, em seu Art. 42, que, nas concorrências de âmbito internacional, o licitante brasileiro também poderá cotar preços em moeda estrangeira, se esta medida for facultada ao concorrente alienígena. De igual modo, as garantias de pagamento aos licitantes não de ser proporcionais, entre outras disposições que visam à equivalência entre os licitantes.

Destaque-se que as medidas vêm de forma a não permitir que os concorrentes pátrios sejam prejudicados em favor dos estrangeiros. O Poder Público deve selecionar, sempre, a proposta mais vantajosa, devendo, para isso, haver critérios de uniformização. Aqui, o Estado prevê o acréscimo às propostas estrangeiras de gravames conseqüentes de tributos que onerem exclusivamente os licitantes brasileiros quando da operação final de venda.

Sobre a referida equiparação, o TCU<sup>26</sup> já teve a oportunidade de decidir não no sentido não do gravame ao estrangeiro, mas da redução em favor dos licitantes nacionais dos valores do Programa de Integração Nacional (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (CONFINS), de maneira a equiparar os candidatos.

Trata-se, pois, de *medida regulatória pró-concorrencial* visando à consecução de uma isonomia *material* entre os licitantes.

Ditas essas linhas iniciais, os próximos tópicos trarão uma análise estrita da função regulatória da licitação de blocos exploratórios de petróleo e gás natural promovida pela ANP nos seus aspectos não concorrenciais e, principalmente, pró-concorrenciais.

---

<sup>26</sup> TCU, decisão 638/94, DOU 07.11.1994.

### 3 O EDITAL DE LICITAÇÃO

A Lei do Petróleo prevê que as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão formalizadas mediante contratos de concessão precedidos de licitação<sup>27</sup>, consoante às suas disposições e ao conteúdo do edital. Deve-se ter em vista, ainda, as regras dispostas na Portaria Técnica 174/99 da ANP<sup>28</sup>.

Cada Rodada de Licitação é precedida pelo seu respectivo edital devidamente autorizado pelo CNPE. A divulgação de novas rodadas representa a continuidade das atividades exploratórias e das pesquisas que visam ao aperfeiçoamento do conhecimento geológico das bacias brasileiras, além da recomposição das reservas nacionais e da redução da dependência externa.

Perceba-se que a elaboração do edital de licitações se apresenta como o marco inicial da regulação, exercendo a Administração Pública verdadeiro poder técnico de contratação, interferindo nas estruturas do mercado de acordo com as disposições editalícias<sup>29</sup>.

Deter-se-á, a partir de agora, na análise do conteúdo obrigatório do instrumento convocatório, tendo-se por base as disposições legais e os editais da 8ª e da 9ª Rodada de Licitações, as mais recentes promovidas pela ANP.

---

<sup>27</sup> "**Os princípios constitucionais que regem a administração pública exigem que a concessão de serviços públicos seja precedida de licitação pública.** Contraria os arts. 37 e 175 da Constituição Federal decisão judicial que, fundada em conceito genérico de interesse público, sequer fundamentada em fatos e a pretexto de suprir omissão do órgão administrativo competente, reconhece ao particular o direito de exploração de serviço público sem a observância do procedimento de licitação" (STF, RE 264.621, Rel. Joaquim Barbosa, julgamento em 01.02.2005, DJ de 08.04.05, grifo nosso).

<sup>28</sup> Lei do Petróleo, Art. 23, *caput* e Art. 36.

<sup>29</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 291-292.

### 3.1 Definição do Objeto

Os blocos a serem licitados consistirão no objeto do edital, sendo a pormenorização daqueles exigida pelo Art. 37, I, da Lei do Petróleo, bem como pelo Art. 23, *caput*, da Portaria 174/ANP. Além disso, devem ser estipulados o prazo para a duração da fase de exploração, os investimentos e os programas exploratórios mínimos (ponto 3.3.2).

Na prática, a ANP costuma dividir os blocos por setores, classificando-os como novas fronteiras, campos maduros ou áreas de elevado potencial.

Área de nova fronteira seria, basicamente, aquela em que há estudos geológicos indicativos de uma significativa probabilidade de se encontrarem jazidas petrolíferas, apesar de ainda serem insuficientes ou haver barreiras tecnológicas a serem vencidas, como, por exemplo, a existência de uma faixa de subsolo tão tenaz que demande a construção de uma broca com tecnologia mais avançada que a atualmente empregada.

Campos maduros são aquelas áreas de acumulação marginal, isto é, que já foram exploradas anteriormente por outras empresas, mas findaram por ser abandonadas devido às perspectivas econômicas com suas explorações estarem aquém daquelas almejadas pela concessionária de outrora, tendo perdido muito de sua comercialidade — produzem, no máximo, 500 barris de petróleo por dia.

Investir em um bloco situado em um campo maduro não acarreta, destarte, nenhum risco ao concessionário, dado que certamente encontrar-se-á o recurso mineral procurado. Se o fato de este não ser abundante, por um lado, for elemento de repulsa para as gigantes petrolíferas é, por outro, atrativo para as micro, pequenas e médias empresas, que não precisarão investir as milionárias cifras

comumente aplicadas à fase de exploração. Tal ilação é devidamente comprovada com a análise do edital B da 7ª Rodada<sup>30</sup>, que não prevê uma fase de “exploração” estritamente dita, mas sim de “avaliação” das atuais condições do bloco, por já ter sido explorado.

Área de alto potencial, por sua vez, é aquela em que há fortes indícios geológicos da existência de petróleo, seja por estudos minuciosos, seja pela proximidade com outras jazidas produtoras.

A duração das fases de exploração varia de acordo com o setor de blocos, sendo diversas as variáveis a serem levadas em consideração no momento de estipulá-la. Entre elas, têm-se os estudos já desenvolvidos, a localização do setor, a respectiva infra-estrutura e a maturidade do campo. No edital da 9ª Rodada, por exemplo, para os campos maduros situados nas bacias “Potiguar”, “Recôncavo” e “Espírito Santo”, por terem uma fase de mera avaliação — pois, quanto à existência, há certeza —, houve a estipulação de uma fase de exploração *lato sensu* de 3 (três) anos, enquanto a das novas fronteiras nas bacias Pernambuco/Paraíba e Santos chegou-se a 7 (sete) anos.

O período total estipulado é bifurcado. O do campo maduro da bacia “Potiguar”, por exemplo, é de três anos, dividido em um período de dois anos e outro de um ano. Ao final do primeiro período, o Concessionário deverá devolver a totalidade do Bloco ou prosseguir para o segundo período, assumindo a obrigação, neste, de perfurar pelo menos um poço exploratório. Ao final da Fase de Exploração, o Concessionário reterá somente as áreas em Etapa de Desenvolvimento ou Fase de Produção.

---

<sup>30</sup> Tratou-se de um instrumento utilizado em 2005, destinado exclusivamente à licitação de blocos situados em campos maduros. Mais informações sobre o tema serão abordadas no capítulo 6.

### 3.2 Requisitos exigidos para a Habilitação dos Concorrentes

Somente poderão obter concessão para a exploração e produção de petróleo ou gás natural as empresas que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP quando da divulgação do Edital, calcando-se, para tanto, na já referida Portaria Técnica ANP 174/99, bem como no Art. 37, inciso II, da Lei do Petróleo.

Há diversos requisitos exigidos além dos abaixo expostos, não sendo necessário — tampouco cabível —, abordá-los, sob pena de haver um penoso desvio de foco. Apenas para constar, requer-se, além das qualificações a serem abordadas nos próximos tópicos, cartas de apresentação, termo de confidencialidade, estatuto ou contrato social, procurações, entre outros documentos necessários à comprovação da regularidade fiscal da empresa candidata à habilitação.

#### 3.2.1 Qualificação Técnica

De acordo com o Art. 14 da Portaria Técnica ANP 174/99, a qualificação técnica das empresas concorrentes é aferida mediante a comprovação da experiência da empresa com: 1) operações de exploração e produção *onshore* e *offshore*; 2) operações de exploração e produção em águas profundas e ultraprofundas<sup>31</sup>; 3) operações de exploração e produção em ambientes adversos; 4)

---

<sup>31</sup> Águas rasas são aquelas que estão a até 400m (quatrocentos metros) de profundidade. Daí até 1.500m (mil e quinhentos metros), diz-se que são águas profundas. Acima desta profundidade, são ultraprofundas.

operações em áreas ambientalmente sensíveis; e 5) experiência em operações internacionais.

Para essas atividades, a ANP atribui uma pontuação, baseando-se em critérios diferenciados. Exemplificativamente, uma empresa que comprove ter operado durante dez anos ou mais em águas profundas terá 25 (vinte e cinco) pontos em sua qualificação técnica. No mesmo sentido, será computado 1 (um) ponto para as empresas que comprovarem experiência no trato de questões sócio-ambientais<sup>32</sup> para o ambiente operacional escolhido (terra, água rasa ou água profunda)<sup>33</sup>.

Assim, tendo sido distribuída toda a pontuação, os candidatos serão classificados em três grupos distintos: os capacitados para operar em todos os blocos oferecidos na licitação — também chamados de operadores “A”; os capacitados para operar somente em alguns blocos — os operadores “B”; e os não-operadores — ou operadores “C” —, que só poderão atuar em consórcio com empresas dos dois primeiros grupos<sup>34</sup>.

Convém demonstrar que, no seio da qualificação técnica dos licitantes, a ANP galga o seu primeiro passo rumo à regulação dos agentes econômicos e, conseqüentemente, do mercado da IPGN. Na medida em que não permite, por exemplo, que um operador “B” atue em águas profundas, tem por parâmetro a incapacidade técnica abstrata do licitante.

Esclareçamos.

Por mais que o operador classificado como “B” tenha comprovado uma experiência *concreta* na exploração de águas profundas em países estrangeiros, sua

---

<sup>32</sup> Ações e medidas implementadas pelas empresas no intuito de prevenir e/ou mitigar os impactos de suas atividades aos recursos ambientais e aos seres humanos.

<sup>33</sup> As pontuações exemplificadas referem-se à 9ª Rodada de Licitações.

<sup>34</sup> A qualificação em grupos distintos é uma exigência legal (Portaria Técnica ANP 174/99, Art. 15).

incapacidade técnica para tal atividade fora demonstrada numericamente, uma vez que não obteve a pontuação requerida nos demais critérios previstos pelo Edital de Licitações da ANP.

Note-se que a comprovação da experiência *concreta* na exploração de águas profundas confere ao licitante a pontuação máxima de 25 (vinte e cinco) pontos em seu cômputo geral, ao passo que, para ser qualificado como operador “A”, é cogente que a empresa obtenha um total mínimo de 81 (oitenta e um) pontos.

A pontuação restante é atribuída a uma série de fatores, como a responsabilidade sócio-ambiental, a experiência do quadro-técnico, a demonstração de políticas de segurança, saúde e meio ambiente, a produção de petróleo diária, entre outros.

Por conseguinte, tem-se que a incapacidade técnica *abstrata* é aquela atribuída numericamente devido à carência do preenchimento de demais requisitos do edital. Uma empresa *abstratamente* ou *formalmente* incapaz pode ser *concreta* ou *materialmente* capaz, tendo em vista que esta poderia atuar em águas profundas, desde que houvesse mudança ou relativização dos critérios para tal em rodadas futuras.

Assim, atendendo à sua função regulatória, a ANP só pode qualificar um licitante como “A”, “B” ou “C” quando o mesmo preencher todos os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório. Trata-se de uma verdade jurídico-formal, principiologicamente prevista e necessária a fim de se resguardar o bem protegido pelo ente regulador.

Cabe o levantamento de uma questão. Que tipo de interesse público pode existir na não qualificação de uma empresa como operadora “A”? Afinal, não seria



mais saudável para o estado que o maior número de empresas possível concorresse entre si na disputa por blocos situados em águas profundas e ultraprofundas?

É precisamente nesse ponto, sob o prisma não concorrencial, que a função regulatória da licitação pode ser notada. O Estado não é um defensor exclusivo das boas ofertas, sejam elas baseadas em técnica ou preço. Há outros interesses sobressalentes quando da licitação pública, principalmente quando ela diz respeito à complexidade dos blocos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Quando se pontua a responsabilidade sócio-ambiental do licitante, regula-se o mercado em prol do valor social do trabalho e da livre iniciativa<sup>35</sup>, da proteção do meio ambiente<sup>36</sup> e, conseqüentemente, do interesse nacional. No mesmo sentido, pontuar a produção diária de petróleo da empresa candidata é fundamental para averiguar a eficiência<sup>37</sup> do candidato em ambientes congêneres aos dos blocos da Rodada de licitações.

Por conseguinte, tem-se que a ANP atua, com os critérios previstos na qualificação técnica das empresas, como braço regulador do Estado brasileiro, não havendo dúvidas quanto à legalidade deste procedimento, dada a pacificação jurisprudencial<sup>38</sup> acerca da possibilidade de se exigir capacitação técnico-operacional no instrumento convocatório.

Há, ainda, duas outras qualificações previstas para as empresas interessadas em participar do certame licitatório: a financeira e a jurídica.

---

<sup>35</sup> Fundamento da República, consoante a Constituição Federal, Art. 1º, IV.

<sup>36</sup> Constituição Federal, Art. 23, VI; Art. 170, VI; Art. 186, II; e Art. 225. Lei do Petróleo, Art. 1º, IV.

<sup>37</sup> A eficiência é um princípio constitucional (Art. 37, *caput*) que rege a Administração Pública e, conseqüentemente, o procedimento licitatório.

<sup>38</sup> STJ, REsp 710534-RS, DJ de 15.05.2007; REsp 474781-DF, DJ de 12.05.2003; RMS 10736-BA, DJ de 29.04.2002; REsp 155.861-SP, DJ de 08.03.1999.

### 3.2.2 Qualificação Financeira

A fim de participar das Rodadas de Licitação de Blocos Exploratórios de Desenvolvimento, Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, as empresas interessadas também devem mostrar aptidão financeira, em atenção às opulentas cifras demandadas para a execução do Programa Exploratório Mínimo e Bônus de Assinatura (ponto 3.3).

Essa vertente qualificadora é demonstrada de várias formas: com a apresentação do relatório da administração e informações financeiras dos três anos antecedentes; com referências bancárias (atestando o bom relacionamento junto às instituições financeiras); com a descrição de obrigações relevantes (mostrando todo o passivo contingente constituído por obrigações importantes que possam vir a afetar as atividades futuras); com o detalhamento do planejamento de médio prazo (para o caso de este poder alterar significativamente a situação financeira da empresa), além das provas de aptidão por patrimônio mínimo e por garantias financeiras.

No que tange ao patrimônio mínimo, este será variável, dependendo da qualificação técnica da empresa, consoante a seguinte tabela:

<b>Qualificação</b>	<b>Patrimônio líquido mínimo exigido</b>
A	Maior ou igual a R\$ 22.000.000,00
B	Maior ou igual a R\$ 20.000.000,00
C <sup>39</sup>	Maior ou igual a R\$ 1.000.000,00

---

<sup>39</sup> Empresas com patrimônio líquido inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) não serão, isoladamente, habilitadas como operadoras. No entanto, poderão ser habilitadas como operadoras para os blocos em terra empresas com patrimônio líquido superior a R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), desde que venham a apresentar ofertas em consórcios, onde o patrimônio líquido total de todas as empresas participantes seja igual ou superior a R\$1.000.000,00 (um milhão de reais).

Perceba-se que, aplicando a sua função regulatória, a ANP prevê que uma operadora “A” necessita ter como patrimônio líquido, no mínimo, a quantia de R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões de reais). Não se trata, pois, de qualquer quantia, e nem poderia, porquanto da possibilidade deste operador explorar águas profundas e ultraprofundas advém a exigência de um maior aporte de capital, devendo este ser aferido desde o momento da licitação, evitando-se a realização de um procedimento ineficiente para a Administração Pública.

A exigência da qualificação financeira não é arbitrária ou desnecessária, mas imperativa à demonstração das condições indispensáveis à execução do objeto a ser licitado. Se a própria legislação subsidiária<sup>40</sup> prevê essa possibilidade quando o objetivo for a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado, ilógico seria reprová-la em uma seara cujos objetos contratuais demandam cifras muito mais consideráveis.

As garantias financeiras, por sua vez, destinam-se a conferir à ANP o compromisso de que o concorrente vencedor do procedimento licitatório irá proceder à assinatura do futuro contrato de concessão. Caso não o faça, terá a garantia financeira executada.

Na 9ª Rodada de Licitações, o valor da garantia foi de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) para blocos em mar e R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para blocos em terra.

---

<sup>40</sup> Lei 8.666/93, Art. 31, §2º.

### 3.2.3 Qualificação Jurídica

Como último requisito para a habilitação dos concorrentes, a qualificação jurídica implica, primeiramente, na apresentação de um parecer legal ou organograma detalhando a cadeia de controle societária existente entre a empresa controladora e a que irá concorrer.

Os editais de licitação costumam ser muito claros no sentido de que não serão habilitadas empresas controladas por ações ao portador, sem identificação explícita de controle, ou cuja constituição, ou de suas afiliadas, impeça ou dificulte a identificação do controlador. Como garantia à publicidade e respeito ao interesse público nacional no certame, também é vedada a alegação de aplicação da lei do país de origem da empresa com o fim de manter sigilo sobre seu controle acionário.

Um segundo requisito imprescindível é a declaração expressa do representante legal do concorrente de que não existem pendências judiciais capazes de acarretar a concordata, falência ou qualquer outro evento que possa afetar a idoneidade financeira da empresa<sup>41</sup>.

Continuemos.

Além dos pontos trazidos até aqui e o dos que não serão abordados por questões didáticas (expostos no ponto 3.3), os concorrentes sediados no exterior devem cumprir com outras qualificações especiais.

A primeira delas é a comprovação de que a empresa se encontra organizada e em regular funcionamento, de acordo com as leis do seu país<sup>42</sup>. Essa medida

---

<sup>41</sup> Portaria Técnica ANP 174/99, Art. 17, IV. Evitam-se, assim, as dispendiosas juntadas das certidões dos cartórios de distribuição civil e criminal das Justiças Federal e Estadual, dos cartórios de registro de protestos das comarcas da sede da empresa e de suas filiais, do domicílio do sócio quotista majoritário ou do domicílio do acionista controlador.

<sup>42</sup> Lei do Petróleo, Art. 39, II; Portaria Técnica ANP 174/99, Art. 18, I.

regulatória tem por escopo evitar manobras fraudulentas e/ou arriscadas por parte de empresas estrangeiras criadas com o fito exclusivo de participação no procedimento licitatório brasileiro. Trata-se, pois, de uma medida que protege os interesses nacionais.

A segunda é o compromisso de, em sendo vencedora, constituir pessoa jurídica segundo as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil. Esse requisito é previsto não só pelo Art. 18, II da Portaria Técnica 174/99 da ANP, mas também pelos artigos. 5º e 39, inciso IV, da Lei do Petróleo, justificando-se no intuito de resguardar a tutela efetiva do Estado brasileiro nos casos de responsabilidades administrativa, civil e penal, dada a adoção do princípio da territorialidade no Direito pátrio.

Feitas essas considerações, pode-se adentrar ainda mais na temática proposta.

### **3.3 A Apresentação de Ofertas**

Habilitadas no procedimento licitatório de acordo com as qualificações comentadas, a apresentação de ofertas pelas empresas passa a envolver três novos fatores: o Bônus de Assinatura, o Programa Exploratório Mínimo (PEM) e o Conteúdo Local, com pesos de 40 (quarenta), 40 (quarenta) e 20% (vinte por cento) na pontuação final, respectivamente.

Para escolher os blocos para os quais irão fazer oferta, é recomendável que as empresas avaliem os dados técnicos já existentes, além de outros referentes às áreas que o circundam. Para se ter acesso ao pacote de dados, faz-se necessário o

pagamento de uma taxa de participação, conferindo esta ao licitante o direito de uso das informações existentes sobre a área pretendida.

### 3.3.1 Bônus de Assinatura

Basicamente, o Bônus de Assinatura caracteriza-se como a quantia a ser paga pelo concorrente no ato de assinatura do futuro Contrato de Concessão, caso venha a ser vencedor do procedimento licitatório<sup>43</sup>. No que tange ao valor exato do aporte, o concorrente mostra-se vinculado a quantias mínimas cujas oscilações se dão em consonância com o bloco objeto da oferta.

Trata-se de uma participação governamental, isto é, pagamentos a serem realizados pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural à Administração Pública, tendo mesma natureza dos *royalties*, das participações especiais<sup>44</sup> e do pagamento pela ocupação/retenção de áreas.

Para se ter idéia da amplitude da oscilação do valor-base para o Bônus de Assinatura, a 9ª Rodada de Licitações previu, a princípio, mínimos que variaram de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), referentes ao bloco RIOP-T-76, na Bacia de Rio do Peixe, até R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais), referentes ao bloco S-M-1247, situado na Bacia de Santos<sup>45</sup>. Tudo depende da classificação dos blocos como de nova fronteira, campo maduro ou de elevado potencial, bem como de uma série de fatores geológicos envolvidos, consoante se discorreu no ponto 3.1.

---

<sup>43</sup> Lei do Petróleo, Art. 46.

<sup>44</sup> Compensações financeiras extraordinárias devidas pelos concessionários nos casos de grande volume de produção ou de extraordinária rentabilidade.

<sup>45</sup> Importante a menção de que este último bloco, de alto potencial — perceptível pelo gigantesco valor de seu Bônus de Assinatura, foi um dos retirados da 9ª Rodada pela Resolução nº. 06/2007 do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) após o anúncio da descoberta pela Petrobras do maior campo de Petróleo do Brasil, batizado de Tupi. A medida do CNPE visou a evitar que empresas perfurassem nas proximidades do novo campo, evitando futuras problemáticas envolvendo unitizações que poderiam prejudicar os interesses nacionais.

Por conseguinte, respeitado o lance mínimo previsto individualmente para cada bloco, cabe aos concorrentes, quando da apresentação de suas ofertas, oferecerem o maior Bônus de Assinatura possível, porquanto este seja o responsável, ao lado do PEM, pela maior percentagem no cálculo da nota final, qual seja, a de 40% (quarenta por cento).

Cabível aclarar que o valor a ser pago a título de Bônus de Assinatura não implica qualquer garantia de produção para o futuro contratado, uma vez que o contrato de concessão tem por objeto, na grande maioria dos casos, áreas de risco exploratório.

### 3.3.2 Programa Exploratório Mínimo (PEM)

Como visto, o PEM também possui peso de 40% (quarenta por cento) no cálculo final da nota quando do julgamento da licitação, diferenciando-se do Bônus de Assinatura por sua maior complexidade.

A sua medição ocorre através daquilo que se convencionou chamar de Unidade de Trabalho (UT). Trata-se de um índice criado pela ANP visando à possibilidade de comparação entre diversas atividades distintas. Segundo o edital da 9ª Rodada, um poço perfurado tem um valor equivalente a 1.000 UTs, enquanto cada levantamento geoquímico a ser feito pelo licitante vale, no máximo, 0,64 UTs. Não é difícil perceber que essa unidade de medição tem por objetivo uniformizar, matematicamente, o valor de atividades inteiramente distintas.

De forma mais prosaica, pode-se dizer que a UT está para o PEM assim como a moeda está para o comércio. Imagine-se que um livro custe R\$ 50,00 (cinquenta reais), influenciando nesse valor diversas nuanças: a vedação à cobrança de

impostos<sup>46</sup>, a qualidade da impressão, o renome do autor e da editora, entre outros. Diferente é a situação de uma laranja. Sobre ela incidem impostos, manutenção de irrigação, mão-de-obra barata, transporte aos grandes centros urbanos, e ninguém sabe quem as produziu, embora as adore mais que muitos livros. Para se medir o peso comercial de dois produtos tão particulares, usa-se a moeda. Com base nesta, os consumidores sabem que o livro citado vale, aproximadamente, 60 kg (sessenta quilos) de laranja.

Na IPGN, as empresas farão suas ofertas pensando na proporção em UTs. A título comparativo, a perfuração de um poço de petróleo pode ser comparada ao livro do exemplo anterior, valendo muito mais que os métodos gravimétricos, geofísicos e geoquímicos, que comparamos a laranjas, abacaxis e morangos. Para a ANP, o que importa, nesse momento, é que o licitante já habilitado ofereça a “feira” mais cara, medida em UTs, posto que, quanto mais alta esta for, mais conhecimento geológico do bloco terá a ANP, contribuindo para o mapeamento do subsolo nacional, indubitavelmente, um interesse público.

Veja-se que é bastante justo que a perfuração de um poço tenha um valor muito mais alto, em termos de UTs, que o de uma sísmica, tendo em vista que a certeza sobre o conteúdo de uma faixa do subsolo só existe com a primeira. Ainda no que atine às úteis analogias, entenda-se a perfuração como uma punção médica, enquanto a sísmica seria uma ultra-sonografia. Esta mostra apenas indícios; aquela, a certeza do que temos sob a nossa pele.

No mais, revela-se imperioso notar a palpável função regulatória da licitação no estabelecimento dos parâmetros ora estudados. O Estado, através da ANP, incentiva os licitantes a perfurarem poços, visto que se mostra praticamente

---

<sup>46</sup> Constituição Federal, Art. 150, VI, “d”.



impossível vencer o certame sem incluir essa atividade em sua oferta de PEM, cujo peso é decisório quando do julgamento das licitações.

Como contrapartida do resultado da perfuração, o Estado recebe dados técnicos e informações sobre as bacias sedimentares brasileiras<sup>47</sup>, tendo estes relevância ímpar na formação do acervo que fundamentará os futuros editais de licitação, possibilitando o direcionamento de empresas a blocos com maiores indícios de petróleo e gás natural, contribuindo para a qualidade e a riqueza de informações com o incremento do número de agentes econômicos e, conseqüentemente, com os benefícios engendrados pelo sistema de concorrência.

### 3.3.3 Conteúdo Local

Trata-se da proporção entre o somatório dos gastos com sistemas, bens e serviços da indústria nacional e o valor total dos gastos relacionados com os mesmos itens nas operações na área da concessão. Seu índice tem peso de 20% (vinte por cento) na nota final do licitante, dividindo-se em duas fases: 5% (cinco por cento) para a de exploração e 15% (quinze por cento) para a de desenvolvimento da produção.

---

<sup>47</sup> A concessionária tem obrigação contratual de fornecê-los à ANP, em respeito ao Art. 22 da Lei do Petróleo. Veja-se a cláusula 17.1 do Contrato de Concessão da 9ª Rodada: “o Concessionário manterá a ANP constantemente informada a respeito do progresso e dos resultados das Operações realizadas na área de concessão, de acordo com as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo, e em cumprimento fiel da legislação brasileira aplicável, inclusive quanto à periodicidade, aos prazos e à forma. Com base nesse princípio, e sem com isto limitar sua aplicação, o Concessionário enviará à ANP, além dos documentos exigidos em outras cláusulas deste Contrato, cópias de mapas, seções e perfis, dados adquiridos, estudos e informes geológicos, geoquímicos e geofísicos, inclusive interpretações, dados de poços e testes, além de relatórios ou quaisquer outros documentos definidos em regulamentação específica, que contenham informações necessárias para a caracterização do progresso dos trabalhos, obtidos como resultado das Operações e deste Contrato” (grifos nossos).

Observe-se que este item detém cunho fortemente regulatório não concorrencial, porquanto estimula os concorrentes a buscarem os sistemas, bens e serviços na indústria brasileira, estimulando esta a desenvolver, em bases competitivas, tecnologia para a exploração, produção e desenvolvimento de petróleo e gás natural. Além do mais, a exigência incrementa a qualificação profissional e cria oferta de emprego e renda em âmbito nacional.

Assim, o Conteúdo Local vem a preservar os interesses brasileiros, na medida em que promove o desenvolvimento e amplia o mercado de trabalho, bem como a competitividade do Estado no mercado internacional, cumprindo-se, pois, com os objetivos da PEN<sup>48</sup>.

#### 3.3.4 Considerações acerca da vedação à competição consigo mesmo

Entendidos os pontos em que se baseiam as ofertas para o modelo de licitação de blocos exploratórios, siga-se na análise de um assunto importante.

Balizados no Art. 38, inciso IV, da Lei do Petróleo, os editais costumam prever que nenhuma empresa poderá fazer mais de uma oferta para um mesmo bloco, seja individualmente, em consórcio ou por meio de suas afiliadas<sup>49</sup>. Caso insista na ilegalidade, caberá à Comissão de Licitação impugnar todas as propostas realizadas para o mesmo bloco-objeto.

O nascimento de um consórcio, por amparo legal<sup>50</sup>, doutrinário<sup>51</sup> e jurisprudencial<sup>52</sup>, não cria nova personalidade jurídica, obrigando-se as consorciadas

---

<sup>48</sup> Lei do Petróleo, Art. 1º.

<sup>49</sup> A Lei Especial aprimorou as disposições da Lei 8.666/93, Art. 33, IV.

<sup>50</sup> Lei 6.404/76, Art. 278, §1º.

<sup>51</sup> DURÃO, Pedro. **Convênios & Consórcios Administrativos**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 49-93.

tão-somente à execução de suas partes no contrato. É, pois, mera reunião de empresas a fim de realizar atividade específica.

Desta feita, a competição de uma empresa contra si seria, no mínimo, sistematicamente ilógica e, até certo ponto, imoral<sup>53</sup>. Tendo-se como pressuposto a existência de blocos de nova fronteira pouco concorridos, três empresas — a matriz, um consórcio desta e uma afiliada — poderiam ofertar Bônus de Assinatura, PEM e Conteúdo Local mínimos, previamente combinados, a fim de prejudicar a Administração Pública, fazendo-a arrecadar menos. Diferentemente, em um bloco de alto potencial, extremamente concorrido, a fraude restaria dificultada, dada a pluralidade de empresas igualmente interessadas no objeto, sendo desarrazoado que uma mesma empresa envie mais que uma proposta, afinal, só a melhor para o Estado seria considerada.

Deve-se ter em mente que a colaboração entre concorrentes, sob qualquer forma, com o objetivo de estabelecer ações coordenadas para fixar preços, inviabiliza a economia de mercado. A concorrência é um direito que a lei confere não só aos licitantes, mas também aos atingidos pelos bens a serem ofertados quando da assinatura do contrato de concessão.

Concorrer em um procedimento licitatório é disputar a preferência do Estado nos termos do instrumento convocatório, e não jogar com artimanhas ilegais e imorais a fim de desfrutar de sua posição de contratante de boa-fé<sup>54</sup>. Por essas

---

<sup>52</sup> Farta é a jurisprudência do STJ, a saber: REsp 437869 / DF, Rel. Denise Arruda, DJ 24.04.2006, REsp 413865 / PR, Rel. Luiz Fux, DJ 19.12.2002; REsp 147997 / RJ, Rel. Edson Vidigal, DJ 17.05.1999.

<sup>53</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 350; MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 122.

<sup>54</sup> CADE, Processo Administrativo n. 61/92. DOU de 28.02.1996, *apud* FRANCESHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998, p. 304-305.

razões, reputa-se ilegal o oferecimento de uma pluralidade de ofertas de uma mesma empresa para um mesmo bloco.

#### 4 LIMITAÇÕES À APRESENTAÇÃO DE OFERTAS

Analisar-se-á, a partir de agora, a previsão de restrições à apresentação de ofertas pelas empresas habilitadas nos editais das Rodadas de Licitação promovidas pela ANP. Cabível, nesse momento propedêutico, aclarar que a restrição consiste na limitação ao número de ofertas possíveis aos concorrentes classificados como operadores “A” ou “B” em determinados setores.

Lembra-se, também, que os setores são os elos entre as bacias e os blocos, de modo que as primeiras contêm diversos setores de exploração. Estes, por sua vez, albergam um sem-número de blocos.

O enfrentamento desse recente tema na IPGN se faz indeclinável, visto que aborda um forte mecanismo regulatório pró-concorrencial, discutindo e propondo uma ampla roupagem constitucional sobre o instituto da livre concorrência.

Para se entender que tipo de situação será faceado, a título exemplificativo, se a empresa Petrobras, uma operadora “A”, pretender apresentar ofertas em blocos de um setor sob a égide de cláusulas restritivas, findará por ser obrigada a analisar minuciosamente quais os que lhe interessam. Isso se dá porque, por mais que haja 20 (vinte) blocos-objeto no dado setor, só estaria possibilitada a vitória em, no máximo, 4 (quatro) deles, por previsão do instrumento convocatório, ainda que sempre apresente a melhor proposta.

A exceção à vedação, a seguir estudada com mais minúcia, fica por conta das empresas não operadoras — ou operadoras “C” —, dada a inexistência de limites à participação destas na forma de consórcio, ainda que apresentem o limite máximo de ofertas como operadoras “A” ou “B” no mesmo setor.

#### 4.1 Histórico da Cláusula Restritiva

A primeira previsão de restrições à apresentação de ofertas ocorreu na 5ª Rodada de Licitações (2003). Naquele ano, dos 21 (vinte e um) setores, subdivididos em 908 (novecentos e oito) blocos-objeto do procedimento licitatório, 7 (sete) encontravam-se subscritos pela cláusula restritiva.

No caso, a restrição ocorreu uniformemente nos sete setores, sendo admitidas, no máximo, duas ofertas para cada um deles. Na bacia “Recôncavo”, por exemplo, apesar dos 41 (quarenta e um) blocos disponibilizados no setor “SREC-T2”, os licitantes interessados poderiam formalizar ofertas para, no máximo, 2 (dois) deles.

Se um licitante fizesse propostas para mais de dois blocos em um mesmo setor limitado, a consequência seria a desqualificação de todas as propostas feitas na qualidade de operador.

As regras da 6ª Rodada (2004) pouco diferiram das da anterior, ficando a maior mudança a cargo do número máximo de ofertas, que passou a ser de 4 (quatro) em todos os 9 (nove) setores subscritos pela limitação.

Para a 7ª Rodada (2005), a ANP elaborou dois editais, sendo um para blocos com risco exploratório — Edital A — e outro para os sem riscos, também chamados campos maduros — Edital B. A cláusula restritiva foi reservada tão-somente ao segundo, consistindo na vedação não mais à apresentação, mas ao triunfo de mais de 3 (três) ofertas, independentemente do bloco ou setor pretendido pelos concorrentes.

Observe-se, aqui, a diferença. A empresa poderia até expor ofertas para todos os blocos de um setor previstos no edital, mas só poderia sair vencedora em

três deles. A forma e o número máximo de ofertas vencedoras adotados pelo Edital B da 7ª Rodada — também chamada 1ª Rodada de Acumulações Marginais — foram seguidos pela 2ª Rodada de Acumulações Marginais, ocorrida em 2006.

A 8ª Rodada (2006) maximizou a aplicação de limites às ofertas vencedoras. A partir desta, independentemente de o setor estar localizado em um campo maduro, em área de alto potencial ou em novas fronteiras, aplicou-se a cláusula restritiva. Cada setor, entretanto, trouxe consigo uma limitação diferenciada, variando entre 2 (duas) e 6 (seis) ofertas vencedoras.

Não obstante à intensa publicidade comumente deflagrada de maneira prévia ao acontecimento das Rodadas de Licitação, da existência de audiências públicas, seminários técnico-jurídicos e da abertura de meios de comunicação entre a sociedade e a ANP, a 8ª Rodada findou por ser, surpreendentemente, interrompida no dia 28 de novembro de 2006, em virtude de decisão liminar nos autos da Ação Popular 2006.51.01.022361-7, da 3ª Vara da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Além desta medida judicial, outra ação fora proposta: a Ação Popular 2006.34.00.035825-0, tramitando na 9ª Vara Federal do Distrito Federal, combatendo veementemente a existência da cláusula restritiva.

Nesse ínterim, por questão de segurança jurídica, a limitação ao número de ofertas vencedoras não foi incluída na 9ª Rodada (2007). A ANP parece entender ser necessária a pacificação do entendimento judicial sobre o tema a fim de que não haja novos contratemplos que afugentem os investimentos na IPGN.

Os argumentos dos autores das ações em face da ANP seguiram linhas análogas, arrazoando-se o ferimento à livre concorrência como ponto-chave da querela posta.

A manutenção da liminar do Distrito Federal foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região no Agravo de Instrumento (Agl) de nº. 2006.01.00.045618-3, enquanto a do Rio de Janeiro fora mantida pelo TRF da 2ª Região no Agl 2006.02.01.013804-1. 3, restando à ANP requerer a sua suspensão junto ao STF.

#### **4.2 A Posição do STF na Suspensão de Liminar 176/DF**

Em decisão monocrática da Min. Ellen Gracie, o STF suspendeu a liminar mantida pelo Poder Judiciário do Distrito Federal, estendendo os efeitos desta medida àquela em trâmite no Rio de Janeiro.

Analisemos, cuidadosamente, o voto do tribunal superior<sup>55</sup>, *in verbis*:

[...] Nosso país luta há décadas para se tornar independente em relação à produção de petróleo e, principalmente, de gás natural, objeto freqüente de todos os noticiários nacionais. O tempo é implacável com os países que relegam o planejamento estratégico a um plano inferior, certo que estamos a discutir questões relativas a materiais fósseis, que demandam constantes pesquisas, prospecções e altos investimentos. A União, por intermédio de seus órgãos competentes, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP e o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, estabeleceu critérios, que julgou os melhores, para alcançar as metas de produção de petróleo e gás natural necessárias à sustentação do nosso modelo de crescimento a médio e longo

---

<sup>55</sup> DOU de 03.08.2007, p. 27, tendo transitado em julgado em 08.10.2007.



prazos, critérios que se encontram, em princípio, dentro de um juízo eminentemente técnico, no qual está a interferir a decisão ora impugnada. Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um setor altamente tecnológico que demanda maquinário de última geração e pessoal especializado, de que não dispomos em escala suficiente, e que apresenta alto risco para o investimento. Não se pode olvidar, ademais, que o capital sempre migra para os países onde estão as melhores oportunidades de investimentos e que lhe oferecem maior segurança, sobretudo jurídica. Entendo que a decisão judicial impugnada impõe à Administração, mesmo que indiretamente, a modificação de um modelo de licitação de blocos de exploração e produção de petróleo e gás natural, fruto da experiência obtida nas rodadas anteriores, o que, em princípio, desvirtua a atuação normativa e reguladora da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP. Também é inegável a ocorrência de grave lesão à economia pública, consubstanciada no fato de que a decisão proferida na ação popular em apreço, ao impedir o prosseguimento dos leilões de blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural prejudica a constante necessidade de reposição das reservas nacionais [...].

O voto da corte constitucional se fundamentou em algumas premissas, entre elas, as de que o país *luta, há décadas, para se tornar independente em relação à produção de petróleo e de gás natural*; que o tempo é *impecável com os países que relegam o planejamento estratégico a um plano inferior*; que a União, por intermédio dos órgãos competentes, estabeleceu critérios *que julgou melhores para alcançar as metas de produção*; que a decisão estava a *interferir em um juízo eminentemente técnico*; que a liminar sinalizou *negativamente aos investidores que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro, podendo haver fuga de capitais*; e que era inegável a ocorrência de *grave lesão à economia*, dado o prejuízo à reposição das reservas nacionais.

*Data vênia*, seria possível extrair alguma base legal do posicionamento supracitado? O que diferencia, *in casu*, o conteúdo do voto do STF de um artigo econômico publicado em uma revista semanal?

Não se nega nenhum dos fatos trazidos. É sabida a histórica luta do Brasil pela auto-suficiência em petróleo e gás natural. Do mesmo modo, é razoável concluir que a manutenção da decisão liminar contribuiria para o afugentamento de investidores e capitais, dada a insegurança jurídica gerada nos investidores.

Inadmissível foi, entretanto, a inexistência de qualquer abordagem sobre a legalidade do procedimento impugnado!

É lícito ao Estado ignorar o seu arcabouço jurídico pelo fato de um juízo técnico ter escolhido os critérios que *julgou melhores*? É lícito o esquivamento da observância da legislação pátria por temor de *lesão à economia*? Seria bastante o simples fato de a ANP ter atuação normativa e reguladora para que esta dê cabo a qualquer arbitrariedade? Afinal, os *fins* justificam os *meios*?

Faz-se indeclinável uma resposta negativa. Revela-se cediço que a fundamentação das decisões judiciais demanda um convencimento motivado. Essa vertente meramente lógica não é plena, devendo ser acrescida de razões de ordem normativa que subsidiem a tese do magistrado<sup>56</sup>.

Malgrado haja uma conexão teleológica entre o posicionamento aqui defendido e o trazido pelo STF, pensamos que a correta análise do caso em tela deve passar, necessariamente, pela verificação da legalidade da cláusula restritiva do edital elaborado pela ANP, o que se fará a partir deste momento.

### 4.3 Legalidade e Sentido

Viu-se que a licitação é um procedimento realizado pelo Estado por determinação constitucional, permitindo-se que os concorrentes interessados em contratar com o Poder Público façam suas propostas para fins de escolha da mais vantajosa.

Nesse liame, questiona-se: a inserção de restrições aos concorrentes já habilitados seria um ato ilegal?

---

<sup>56</sup> Constituição Federal, Art. 93, IX: *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.* (grifo nosso). Na jurisprudência do STF, a fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais. A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial (HC 80.892, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.11.2007). Na doutrina, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 406; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 55; . FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 791. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68.

Primeiramente, faz-se necessário, mais uma vez, lembrar os ensinamentos aristotélicos, albergados pela máxima “*dar a cada um o que é seu*”. Essa idéia revelou-se fundamental para a consubstanciação da diferença entre as isonomias *formal* e a *material*.

De acordo com a ótica *formal* ou *procedimental*, o procedimento licitatório chama todos os interessados em contratar com o Poder Público a fim de que apresentem suas ofertas. Assim, o sistema competitivo faria que o Estado sempre contratasse da melhor forma.

Sob uma visão *material* ou *realística*, a licitação pode vir a ser a grande fomentadora da manutenção e do crescimento econômico de um pequeno número de empresas que, por terem condições aprioristicamente mais depuradas, findam por sempre conseguir arrematar os contratos administrativos de seu interesse. Perpetua-se, dessa forma, um sistema de dominação, tornando o Estado um *servo* preso a um instrumento pensado para que fosse o *senhor*.

Sigamos.

Como se sabe, o desenvolvimento do poder econômico por particulares se apresenta, historicamente, como um fator de limitação à própria seara privada, porquanto a concentração finda por impedir a expansão de pequenas e médias iniciativas econômicas<sup>57</sup>. Esse impedimento ocorre não só pela prática de medidas ilegais, como a formação de cartéis e o *dumping*, mas também com a chamada “fagocitose empresarial”, pela qual aparatosas empresas tomam o controle acionário de outras, reinando em um dado setor econômico.

Por isso, a fim de evitar a dominação do mercado por poucos, revela-se imprescindível que o Estado tome uma posição em prol da manutenção de uma livre

---

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 795.

e ampla *concorrência*, o que pode não ser de agrado dos *concorrentes*. Há uma diferença capital entre esses dois enfoques, devendo a Administração, em vista da consagração de sua função regulatória pró-concorrencial, optar pelo primeiro: por um viés constitucional.

Dar preferência à *concorrência* é tomar medidas que evitem a dominação de mercados pela menor fatia dos *concorrentes*. No caso em tela, restringir o número de ofertas vencedoras em um determinado setor de uma bacia petrolífera tem como conseqüência o incremento da diversidade de agentes econômicos. Por isso, a proposta mais rentável para a Administração Pública em virtude do Bônus de Assinatura, do PEM e do Conteúdo Local não será, necessariamente, a mais *vantajosa* para o interesse público.

Tal situação ocorre em virtude da forçosa equiparação dos agentes econômicos, a fim de que estes possam competir *materialmente* pelas melhores ofertas, e não apenas *formalmente*. Na prática, há uma verdadeira impossibilidade técnica e financeira de se concorrer com as gigantes petrolíferas em blocos de alto potencial, por exemplo. É indeclinável, pois, a modelagem do mercado regulado pela ANP.

Nessa lógica, mostra-se imperiosa ao Poder Público a defesa da estrutura de um mercado competitivo na condução de uma licitação. Isso deve ser laborado através da adoção de uma política que previna a formação de concentrações, já que a regulação busca a formatação não apenas da competição *pelo mercado*, mas também da competição *no próprio mercado*, desde que esta seja relevante para a obtenção da eficiência das contratações<sup>58</sup>, como é o caso da IPGN. A finalidade da

---

<sup>58</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 296.

licitação só será alcançada se o mercado não estiver dominado, uma vez que esta situação mascara o processo de escolha, tornando-o uma mera ficção.

Outrossim, à sociedade cabe entender, definitivamente, a necessidade de se afastar a compreensão da limitação de ofertas vencedoras como uma instituidora de ônus aos concorrentes, passando a analisá-la sob a tutela de seu efeito potencializador<sup>59</sup> de um mercado sadio e com liberdade *material*. Medidas como a impetração de Ações Populares em face de um procedimento regulatório, como a que interrompeu o curso da 8ª Rodada, apenas atrasam a corporificação desse tipo de estrutura econômica no Brasil.

Deve-se aferir a legitimidade da restrição não por um viés formalista, mas sim pelo atendimento das finalidades públicas a que o procedimento licitatório se destina, abarcando-se, com isso, os princípios amparados pela Constituição Federal, como a *livre concorrência*<sup>60</sup>.

Daí falar-se, atualmente, no fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. A lei vem deixando de ser o único fundamento da diligência estatal, passando esta a se vincular ao sistema de regras e princípios constitucionais: a atividade administrativa pode encontrar fundamento direto na Lei Maior, ainda que contra a lei infraconstitucional, otimizando os preceitos daquela<sup>61</sup>.

É nesse sentido que se proíbem práticas que falseiem a competição. Não existe uma *liberdade para a concorrência*, exatamente porque ela é regulamentada para se tornar *livre*, sob pena de haver uma autodestruição do mercado<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 54.

<sup>60</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, v. 1, n. 2, out. 2004, p. 185.

<sup>61</sup> BINENBOJM, Gustavo. Um novo Direito Administrativo para o Século XXI. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12-23.

<sup>62</sup> CHEVALLIER, Jacques. Estado e Ordem Concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out./dez. 2007, p. 138-139.

Têm-se, pois, três premissas básicas: não há mercado sem concorrência; não há concorrência sem liberdade; não há liberdade sem regulação. Em síntese, o mercado é possibilitado pela regulação da concorrência, na medida em que esse procedimento a torna livre.

No mais, a corte constitucional brasileira já consolidou o entendimento de que não se pode invocar a livre iniciativa como forma de afastar regras de regulamentação do mercado<sup>63</sup>. É impossível a ação estatal sobre as estruturas dos mercados sem reduzir a elevação do muro que os cerca, abaixando a altura que impede a efetiva possibilidade de competição de novas empresas<sup>64</sup>. Respondida está, pois, a questão formulada no início do tópico: restrições posteriores à habilitação podem ser legais, bastando que haja justificativa constitucional, como a efetivação de um princípio regedor da ordem econômica.

O que a ordem jurídica assevera é a impossibilidade de desuniformidades fortuitas ou injustificadas<sup>65</sup>, o que, definitivamente, não é o caso em tela. Tudo passa, portanto, por uma *flexibilização* da isonomia formal em prol da *material*, objetivando-se a *formatação do mercado* a médio e longo prazo<sup>66</sup>.

Pelo exposto, nota-se que as cláusulas restritivas vêm a se assemelhar às ações afirmativas, com o fito de criar as condições de existência de uma igualdade material. Atingida esta, aquelas se tornam dispensáveis, estabelecendo-se a livre *concorrência* através de uma medida regulatória — a limitação às ofertas vencedoras dos *concorrentes* —, o que é extremamente vantajoso ao Estado.

---

<sup>63</sup> STF, RE 349686 / PE, Min. Ellen Gracie, DJ de 05.08.2005.

<sup>64</sup> FARIA, Walter R. **Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 110.

<sup>65</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 18.

<sup>66</sup> Nosso posicionamento é contrário ao de renomada doutrina, entendendo esta que a medida regulatória aqui defendida fere o princípio da legalidade, revelando-se, pois, inconstitucional (BUCHER, José Alberto. **Direito do Petróleo: a Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 81).

#### 4.4 Benefícios

Constatada a licitude do procedimento, cabível apresentar como a implantação de uma livre concorrência material pode incrementar diversos segmentos da sociedade.

As pequenas e médias empresas, por exemplo, terão a oportunidade de arrematar blocos em setores antes inimagináveis, contribuindo para a diversificação da atuação dos agentes econômicos da IPGN (mais no ponto 6).

Além disso, a pluralidade de agentes aptos a explorar petróleo e gás natural impõe uma efetiva concorrência *material*, o que virá a beneficiar diretamente os consumidores dos derivados do hidrocarboneto em sistemas industriais, comerciais e residenciais, dada a gigantesca participação do petróleo e do gás natural na matriz energética nacional, contribuindo-se com a redução de preços e com a melhora da qualidade dos produtos obtidos.

Acentue-se, também, que a existência de cláusulas restritivas em setores concorridos encorajará a apresentação de ofertas em áreas de novas fronteiras, contribuindo com o aprimoramento do cabedal geológico brasileiro e com a possibilidade de descoberta de novas reservas.

Ademais, casos de arrematação generalizada por parte de um único agente econômico são evitados, afastando-se a possibilidade de haver espécies de “latifúndios” petrolíferos, cuja exploração não irá condizer com a potencialidade do bloco. A ANP tem larga experiência em relação a tal quadro de dominação, sendo a necessidade da cláusula restritiva comprovada com a análise do retrospecto de Rodadas anteriores, nas quais uma só empresa argentina se sagrou vencedora em



43 (quarenta e três) blocos. Juntas, estas áreas perfaziam um total de 113.000 Km<sup>2</sup> (cento e treze mil quilômetros quadrados) nas bacias do São Francisco e Solimões<sup>67</sup>, o que representa um espaço maior que os Estados do Rio Grande do Norte e da Paraíba juntos.

O histórico das rodadas de licitação mostrou que uma mesma empresa, ainda que arrematando diversos blocos com alto potencial, não consegue desenvolvê-los de forma satisfatória, sendo freqüente a devolução dos mesmos à ANP logo após a fase de exploração. Esta foi, inclusive, uma das cardinais razões para a implementação das cláusulas restritivas formatadoras do mercado.

Por fim, o desenvolvimento e a produção em blocos exploratórios findam por incrementar a arrecadação da União, dos Estados e Municípios, através das participações governamentais<sup>68</sup>, promovendo o crescimento econômico e a geração de emprego na região explorada.

A seu turno, a geração de emprego e renda engendra estabilidade social, diminuindo os índices de violência e contribuindo indiretamente com melhorias na saúde e na educação, dada a estruturação familiar decorrente da fixação do trabalhador em um ambiente laboral.

Isso posto, conclama-se pela perpetuação do procedimento limitador, vistos os patentes benefícios a interesses públicos primários — justiça, bem-estar e segurança — e secundários — maximização do erário público.

---

<sup>67</sup> STF, Suspensão de Liminar 176/DF, DJ de 03.08.2007.

<sup>68</sup> De 1997 a 2006, foram quase 68 (sessenta e oito bilhões de reais), de acordo com o [http://www.brazil-rounds.gov.br/round9/forum/Foros\\_REGIONAIS/Vit%F3ria\\_ES/APRES\\_1\\_ANP\\_Importancia\\_R9\\_ES.pdf](http://www.brazil-rounds.gov.br/round9/forum/Foros_REGIONAIS/Vit%F3ria_ES/APRES_1_ANP_Importancia_R9_ES.pdf).

#### 4.5 Restrições em Licitações fora da IPGN

A adoção de cláusulas restritivas como meio de implementação da livre concorrência não é exclusividade da ANP. No município do Rio de Janeiro/RJ, por exemplo, como ocorria de uma determinada empresa lograr êxito em todas as licitações para fornecimento de alimentação para os presídios da capital, fez-se incluir no edital a restrição à habilitação de empresas que, porventura, tivessem fornecido o mesmo objeto para a Administração Pública nos dois anos anteriores ao procedimento<sup>69</sup>.

Ora, se uma empresa que fornecia alimentos para os presídios do Rio de Janeiro/RJ mantém um contrato economicamente vantajoso com o Poder Público há vários anos, ela está em clara posição de superioridade na disputa, restando evidente a sua dominação deste mercado.

Restrição clássica de cunho regulatório ocorreu no ano de 1996, quando o Ministério das Comunicações abriu edital<sup>70</sup> para a outorga de concessão para exploração de serviço móvel celular em dez áreas que abrangiam todo o território nacional. Na cláusula 4.8 do então instrumento convocatório, estabeleceu-se que uma mesma pessoa jurídica ou consórcio, ou esses entes coligados entre si, só poderiam explorar o objeto licitado em, no máximo, duas áreas de concessão. Uma destas deveria abranger os Estados do Norte, Nordeste e Centro-Oeste — incluindo-se o Distrito Federal; a outra, áreas que contemplassem os Estados das regiões Sul e Sudeste.

---

<sup>69</sup> Contribuição de GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e o Futuro da Cláusula Exorbitante**. Natal, 03 de janeiro de 2008. 1 arquivo (1313 bytes). Disquete 3 ½. Word for Windows 7.0.

<sup>70</sup> Concorrência 001/96.

Situação análoga ocorreu quando da seleção de empresa de engenharia civil visando à execução das obras e serviços de construção do trecho sul do Rodoanel Mário Covas, no Estado de São Paulo<sup>71</sup>. Nesse caso, a cláusula 14.1 do edital vedou a contratação de um mesmo licitante em mais de um dos cinco lotes, ampliando o rol de empresas vencedoras.

Mais recente exemplo da aplicação da cláusula restritiva foi o edital de qualificação de empresas para a execução de obras civis, mecânicas e elétricas no projeto de transposição do Rio São Francisco<sup>72</sup>. Nesse caso, a cláusula 4.4.1 dispôs que para um concorrente se sagrar vencedor em mais de um dos catorze lotes existentes, seu capital social deveria ser igual ou superior ao somatório dos capitais sociais requisitados para todos os lotes de forma individual, isto é, R\$ 320.000.000,00 (trezentos e vinte milhões de reais).

Em nenhum dos casos pode-se falar em perseguição ou violação à competitividade, por esta simplesmente não existir em um sistema faticamente dominado. A licitação deve ser pensada calcando-se na realidade do mercado, e não em formalidades procedimentais ordinárias. A melhor proposta nem sempre surge com a contratação pelo melhor preço, podendo ser aquela que contempla a diversificação do mercado, como nos casos em análise. Trata-se de uma opção *constitucional*, com vistas à implementação de uma concorrência *real* — e, por ser *real*, *livre* — no mercado.

Assim, constata-se que a busca pela *igualdade material* mostra-se como uma inarredável premissa para a consecução de *vantagem* a médio e longo prazo para o Estado. É manifesto que a dominação do mercado por um parco número de agentes econômicos, fazendo do Estado um refém, torna os processos de

---

<sup>71</sup> Desenvolvimento Rodoviário S.A., Edital de pré-qualificação para concorrência 003/05.

<sup>72</sup> Ministério da Integração Nacional, Edital de concorrência 002/07.

concorrência viciados, revelando ganhos meramente aparentes e perpetuando quadros de desigualdade.

## 5 PREFERÊNCIA AO LICITANTE NACIONAL EM CASO DE EMPATE

Interessante forma de regulação é a preferência ao licitante brasileiro solidificada na Lei do Petróleo e na legislação subsidiária. Naquela, o Art. 42 concede à Petrobras o direito de contratar com a Administração Pública quando esta empresa empatar nas ofertas para blocos exploratórios de petróleo e gás natural, exceto nos casos em que atue sob a forma de consórcio.

Indubitável se revela a força regulatória deste posicionamento legal em prol do licitante nacional, embora a concepção da doutrina especializada, seja no sentido de que não há mais razão para tal proteção no seio de um mercado competitivo, havendo até quem defenda a inconstitucionalidade de tal disposição<sup>73</sup>.

Vejamos os fatos.

Primeiramente, há de se atentar para o fato de que a Petrobras é uma empresa estatal não por força das circunstâncias, mas pelos seus atos constitutivos e por determinação legal, como prevê o Art. 62 da Lei 9.478/97.

Defender os seus interesses no caso de empate em um procedimento licitatório mostra-se completamente diferente da salvaguarda de um entendimento segundo o qual não deva a sociedade de economia mista ter concorrentes, voltando-se ao modelo não-competitivo originário, anterior à Emenda Constitucional 9/95.

Para alguns, o modelo vigente prejudicou a estatal brasileira, retirando dela a anterior primazia nos contratos com a União na exploração de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, entre outras atividades. Deve-se convir, todavia, que esse

---

<sup>73</sup> MARTINS, Daniela Couto. **A Regulação da Indústria do Petróleo segundo o Modelo Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 228; MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 124; VASCONCELOS, Mariana Vannucci. **O Princípio da Igualdade na Licitação: a participação de empresas estrangeiras no procedimento licitatório da Agência Nacional do Petróleo**. 2006, 67 p. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006, p. 60-62.

posicionamento improcede, visto que a Petrobras nunca cresceu tanto em sua história quanto após a adoção do marco regulatório em hodierno vigor, de modo que o regime de competitividade foi, em verdade, extremamente benéfico<sup>74</sup>.

Em segundo lugar, não é novidade no sistema de licitações pátrio a adoção de favorecimentos ao licitante nacional, bastando-se, para tanto, a mera leitura do Art. 3º, §2º do Estatuto Geral das Licitações. A norma revela, expressamente, que, em igualdade de condições, será usado como critério de desempate a preferência a bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional.

É, pois, uma questão de *regulação* do mercado em defesa da atividade empresarial pátria.

Alega-se, ainda, que a EC 9/95, ao alterar o §1º do Art. 177 da Constituição Federal, previu tão somente que a União passaria a poder contratar com empresas estatais ou privadas, sendo omissa em relação à preferência à primeira. Disposições infraconstitucionais favoráveis a qualquer delas seriam, portanto, meramente ideológicas e inconstitucionais.

*Data vênia*, a referida análise se apresenta viciada.

Já se viu que o próprio Estatuto Geral das Licitações, elaborado em consonância com o Art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal, adota o modelo de preferência ao concorrente nacional no caso de empate nos julgamentos das licitações.

Outrossim, esse Estatuto Geral é aplicado subsidiariamente à Lei do Petróleo, tendo em vista que, enquanto esta é especial, aquele é geral.

---

<sup>74</sup> UOL. **Petrobras obtém lucro de R\$ 25,9 bi em 2006, resultado recorde na América Latina.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/economia/ultnot/2007/02/13/ult4294u149.jhtm>>. Acesso em: 23 jul. 2008.

Ocorre, entretanto, que também não há a previsão de preferência ao licitante nacional nos casos de empate de ofertas quando a Lei Maior dispõe sobre a norma geral de licitação e contratos administrativos, semelhantemente à omissão que ocorre no §1º do Art. 177. Padeceria a Lei 8.666/93, também, de inconstitucionalidade?

A resposta se vislumbra negativa.

Nenhuma norma, seja qual for o seu grau hierárquico, deve ser analisada em fatias, ignorando-se a sua sistematização lógica. Com a Constituição Federal, não é diferente. Nossa Carta Magna foi erigida sob a tutela de princípios que devem nortear a interpretação e a conseqüente aplicação de seu todo.

É nesse sentido que a *soberania* e o *desenvolvimento nacional* se apresentam elevados aos graus, respectivamente, de fundamento e de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. A primeira, inclusive, também se revela como princípio da ordem econômica nacional.

Não se pode negar que, historicamente, a IPGN 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. Forçoso lembrar as crises econômicas da década de setenta, as guerras do Golfo e Irã-Iraque, a luta pela independência da Chechênia, a tomada do Iraque pelos Estados Unidos da América (EUA) e, porque não, o recente episódio Petrobras-Bolívia, no qual a estatal brasileira foi expurgada do território governado por Evo Morales sob o argumento de que o petróleo representa a chave para a soberania do povo boliviano.

Incontestável, pois, sua apresentação como a grande fonte de energia do século XX e começo do século XXI, sendo impossível abrir mão de seus derivados no atual contexto desenvolvimentista.

É por essas razões que o Estado que detém o controle de sua matriz energética, podendo supri-la sem dependência externa, reforça a sua soberania. Comprovando tal posicionamento, o Irã, segundo maior produtor da OPEP, vem se defendendo de uma intervenção estadunidense com a ameaça de suspender o fornecimento de petróleo, sendo seguido pelos governos da Venezuela e do Equador. A intimidação vai além, cogitando-se até a conversão de suas reservas em moedas diferentes do dólar, o que contribuiria para acelerar, ainda mais, a desvalorização da pecúnia americana. Perceba-se, destarte, que tudo envolve a soberania dos Estados envolvidos.

Assim, a previsão de existência de uma cláusula favorável à empresa estatal não é uma afronta à Constituição, mas sim um reforço de seus preceitos.



## 6 REGULAÇÃO EM FAVOR DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Apresenta-se corriqueiro que incentivos governamentais sejam arraigados ao desenvolvimento de microempresas<sup>75</sup> e de empresas de pequeno porte<sup>76</sup>, e não poderia ser diferente. Esses tipos empresariais costumam gerar, proporcionalmente, mais empregos do que as grandes corporações industriais e comerciais, dada a sua intensa pulverização por todo o território brasileiro. Além disso, grandes empresas adotam práticas de substituição de mão-de-obra com mais facilidade, provocando o fenômeno conhecido como *desemprego estrutural*.

Pode-se dizer, destarte, que o incentivo à permanência de microempresas e empresas de pequeno porte no mercado favorece a legalização das mesmas, incrementando a estabilidade econômico-social na medida em que possibilitam empregos, produtividade e, conseqüentemente, impostos que serão revertidos à população, criando-se um círculo virtuoso de progresso.

A fim de favorecer essas atividades, as promulgações da Lei Complementar 126/2006 — o novo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte — e do Decreto-Lei 6.204/2007 — regulamentando o tratamento diferenciado e simplificado para as mesmas nas contratações no âmbito da administração pública federal —, criaram uma nova situação jurídica para as micro e pequenas empresas.

No campo licitatório, uma das fortes medidas regulatórias diz respeito à comprovação da regularidade fiscal. A regra é que esta providência seja tomada na fase de habilitação, como discorrido no ponto 3.2. Para as micro e pequenas

---

<sup>75</sup> LC 123/06, Art. 3º, inciso I: receita bruta inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais).

<sup>76</sup> LC 123/06, Art. 3º, inciso II: receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

empresas, contudo, a regularidade fiscal pode ser comprovada até o momento anterior à assinatura do contrato<sup>77</sup>.

A conferência de mais tempo para a realização das diligências necessárias à regularização da micro e pequena empresa revela-se como um estímulo à sua regularização, uma vez que seria o requisito para a consecução de um contrato com o Poder Público, o que pode ser um alicerce fundamental ao seu crescimento.

Note-se, porém, que a medida de postergação não dispensa a apresentação dos documentos necessários na fase de habilitação. O favorecimento concerne apenas ao fato de estes poderem estar com situação irregular, o que, não fosse o benefício legal, criaria uma restrição à participação no certame licitatório.

Nesse liame, sagrando-se vencedora da licitação, a micro ou pequena empresa que demonstrava irregularidades deverá, em até quatro dias, providenciar a legalização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, bem como a emissão de eventuais certidões, nos termos da LC 123/06, Art. 43, §1º.

Outro ponto de forte regulação na novel legislação abarca a preferência à micro e pequena empresa em caso de empate no procedimento, assunto já estudado quando da discussão sobre a preferência ao licitante nacional (capítulo 5).

Aqui, *mutatis mutandis*, o que está em jogo diretamente não é a *soberania*, mas sim o *desenvolvimento nacional* proporcionado pelas razões já expostas, balizando-se no cumprimento ao ditame consubstanciado no Art. 179 da Carta Constitucional.

Uma indagação se faz necessária. E se houver conflito entre benefícios legais, isto é, ocorrendo o empate entre uma *microempresa estrangeira* e uma *licitante nacional*?

---

<sup>77</sup> LC 123/06, Art. 42; Decreto 6.204/07, Art. 4º.

A nosso ver, a preferência recairá sobre o licitante nacional. Investiguemos.

Primeiramente, sob um enfoque teleológico, imperioso se faz lembrar que nenhum sistema normativo deve ser interpretado de costas à realidade sob a qual surgiu.

A promulgação da LC 123/06 e o conseqüente Decreto 6.204/07 tiveram o escopo de fomentar o desenvolvimento das micro e pequenas empresas brasileiras, na medida em que estas são responsáveis por grande parte da geração de emprego e renda no país, como já tivemos a oportunidade de discorrer.

Assim, por mais que uma empresa estrangeira demonstrasse, através de métodos de conversão de moeda, que a sua receita bruta fosse inferior ao teto das pequenas empresas nacionais, seria sistematicamente ilógica a adoção do benefício legal.

Outrossim, sob uma ótica legalista, a Lei 123/06 exige o cadastramento da empresa no Registro Civil de Pessoas Jurídicas ou no Registro de Empresas Mercantis, vedando-se que esta seja filial, sucursal, agência ou representante de Pessoa Jurídica com sede no exterior.

Ademais, também se mostram exclusas do regime de preferência as empresas de cujo capital participe outra Pessoa Jurídica, bem como as que participem de capital de atividades alheias. Evita-se, portanto, a maquinação de artimanhas visando a benefícios cuja fruição seja contrária ao interesse geral.

### **6.1 Atuação nas Rodadas de Licitação promovidas pela ANP**

No estudo da fase de habilitação (ponto 3.2), viu-se que a qualificação financeira se apresenta como requisito indispensável aos licitantes interessados.

Mostrou-se, igualmente, que os concorrentes são classificados como Operadores “A”, “B” ou “C”, de acordo com diversos critérios.

Sob o enfoque patrimonial, microempresas jamais poderiam participar da 9ª Rodada de Licitações, porquanto o patrimônio líquido mínimo exigido foi de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Por outro lado, algumas pequenas empresas poderiam participar do certame, apesar de somente na forma de consórcio e, ainda assim, com poucas chances de vitória na concorrência com médias e grandes empresas com estruturas muito mais consolidadas.

A restrição ao número de ofertas, sobre a qual este trabalho já teve a oportunidade de discorrer no capítulo 4, foi um passo importante na busca pela inserção de pequenas empresas no mercado de agentes econômicos da IPGN. Ocorre que ela, sozinha, não proporciona as condições necessárias, pois, para as microempresas, a impossibilidade de participação estaria presente desde a fase de habilitação, dada inferioridade de seus patrimônios líquidos.

A fim de realizar a inclusão das referidas atividades com reais chances de arrematação, a ANP criou as Rodadas de Áreas Inativas de Acumulação Marginal, isto é, licitação dos já comentados “campos maduros”.

A 1ª Rodada de Acumulações Marginais ocorreu em 2005, tendo, em verdade, feito parte da 7ª Rodada de Licitações. Nessa ocasião, foram elaborados dois editais: o “A”, para áreas com risco exploratório; e o “B”, para os campos maduros.

O sucesso da Rodada fez a ANP realizar, em 2006 — já em completa desvinculação à 8ª Rodada de Licitações de blocos com risco exploratório — a 2ª Rodada de Acumulações Marginais.

Há de se convir que o objeto destas rodadas — os campos maduros — é muito mais interessante para as micro e pequenas empresas do que os blocos fornecidos nas rodadas convencionais. Isso se deve ao fato de os primeiros não possuírem risco exploratório, diferentemente dos segundos.

Em ambas as Rodadas, possibilitou-se tanto à micro quanto à pequena empresa a real possibilidade de disputa por blocos. Isso se deve ao fato de ter sido criada uma nova modalidade de licitante: o operador “D”.

Na 1ª Rodada de Acumulações Marginais, para se qualificar como o Operador “D”, bastar-se-ia a demonstração de um patrimônio líquido mínimo igual ou maior que R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Na 2ª Rodada, esse valor foi elevado para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Deve-se perceber que, não obstante o incremento da exigência patrimonial, as micro e pequenas empresas prosseguiram cabalmente aptas a participarem da 2ª Rodada. Além da redução do valor da qualificação financeira, o maior valor-base de Bônus de Assinatura para os blocos inativos alcançou a cifra de R\$ 4.200,00 (quatro mil e duzentos reais)<sup>78</sup>, o que reforça a acessibilidade dos blocos para as empresas que se disponham a desenvolver um mínimo de condições técnicas para a retomada da atividade exploratória em uma área desprovida de riscos.

Sob esse contexto, a restrição ao número de ofertas vencedoras passou a ser a chave-mestra de inclusão das micro e pequenas empresas na IPGN: o número máximo, em ambas as Rodadas, foi de 3 (três).

Veja-se que, por mais que uma grande empresa queira participar do certame — o que não é a regra, dada a baixa expectativa de lucro para as pretensões de uma gigante petrolífera —, esta não conseguirá arrematar todos os blocos, findando

---

<sup>78</sup> 2ª Rodada, referente ao bloco “Conceição da Barra”, na bacia do Espírito Santo.

por contribuir com a pulverização dos rendimentos da IPGN entre diversos agentes econômicos, dando a todos reais chances de crescimento rumo à implantação fática da *livre concorrência*.

Dessa forma, a implantação das cláusulas regulatórias nos editais de licitação findaram por conferir às microempresas e às empresas de pequeno porte uma real possibilidade de inserção na IPGN, com todas as condições de crescimento proporcionadas pelas vultosas cifras deste mercado.

## 7 MUDANÇAS À VISTA: AS ÁREAS DE PRÉ-SAL

As chamadas “áreas de pré-sal” possuem entre 5 (cinco) e 7 (sete) quilômetros de profundidade, sendo aptas a revolucionar os patamares das reservas petrolíferas e gasíferas do Brasil, colocando-as entre as maiores do mundo. Essa descoberta, feita pela Petrobras — por meio de testes feitos ora individualmente, ora em parcerias —, fez suscitar intenso frisson na IPGN, dada não apenas a extensão do campo batizado “Tupi” — 800 (oitocentos) quilômetros de extensão por 200 (duzentos) quilômetros de largura —, mas também pela qualidade de óleo de alto valor comercial<sup>79</sup>.

A importância do achado fez que o CNPE editasse a Resolução 06/2007, que não apenas retirou mais de trinta blocos congêneres dos leilões da 9ª Rodada de Licitações, como também determinou que o Ministério de Minas e Energia avaliasse, *no prazo mais curto possível, as mudanças necessárias no marco legal brasileiro*, de modo que venha a contemplar o novo paradigma de exploração e produção de petróleo e gás natural.

O tempo e a confirmação do real potencial do novo campo fizeram o Ministério Público Federal do Distrito Federal notificar a ANP em fevereiro de 2008, recomendando-a a suspender as próximas rodadas de licitação até que seja concluído o novo marco legal suscitado pela Resolução 06/2007.

Na representação, o *parquet* aduziu que era necessária a ação preventiva a fim de evitar prejuízos futuros ao patrimônio público, já que, ao que parece, quase não há riscos na exploração das camadas de pré-sal. Trouxe, ainda, que o furto de computadores contendo informações confidenciais da Petrobras ocorrido no início

---

<sup>79</sup> CNPE, Resolução 06/2007, DOU de 14.11.2007, p. 24.

de 2008, um possível caso de espionagem industrial sobre a região das descobertas do campo de Tupi, e o receio de que os dados sejam usados para beneficiar alguma empresa em futuros procedimentos licitatórios em áreas de pré-sal, contribuíram para que a recomendação fosse feita<sup>80</sup>.

## 7.1 Os Modelos Majoritariamente Propostos

Interessa, nesse momento quase derradeiro, discutir o aspecto regulatório de uma matéria tão controversa. Qual o caminho a ser adotado pelo Brasil? A manutenção do mesmo modelo de concessões *pró-concorrencial* utilizado atualmente ou a sua alteração? Seria cabível, nos dias atuais, a adoção de um marco *anticoncorrencial*? Em que termos? É o que passaremos a discutir.

Optando-se pelo primeiro, isto é, o atual modelo *concorrencial* baseado em contratos de concessão precedidos de licitação, o caminho mais sensato parece ser o da alteração dos valores das participações governamentais nos campos de pré-sal, de forma que os valores do bônus de assinatura deverão ser proporcionais à magnitude do campo a ser licitado.

Logo, se antes da resolução 06/2007 do CNPE — quando não se sabia da efetiva magnitude das jazidas — a ANP previu um bônus de R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) referentes ao bloco S-M-1247, situado na área de pré-sal da Bacia de Santos, ter-se-ia, após os estudos das suas reais dimensões, um necessário aumento neste valor, proporcional à nova realidade de volumes expressivos coadunados a um baixíssimo risco exploratório.

---

<sup>80</sup> O GLOBO ONLINE. **MP Federal recomenda à ANP que suspenda rodadas de licitação de áreas de petróleo e gás.** Disponível em: <[http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/02/19/mp\\_federal\\_recomenda\\_anp\\_que\\_suspenda\\_rodadas\\_de\\_licitacao\\_de\\_areas\\_de\\_petroleo\\_gas-425732185.asp](http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/02/19/mp_federal_recomenda_anp_que_suspenda_rodadas_de_licitacao_de_areas_de_petroleo_gas-425732185.asp)>. Acesso em 26 jul. 2008.



Além do bônus de assinatura, uma outra participação governamental teria de ser radicalmente alterada a fim de se sustentar o modelo de contratos de concessão: as participações especiais, ou seja, compensações financeiras extraordinárias devidas pelos concessionários de exploração e produção de petróleo ou gás natural, nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade.

As alíquotas de participação especial estão previstas no Art. 22 do Decreto 2.705/98 — que regulamenta a Lei do Petróleo no que tange às participações governamentais. Elas variam de acordo com fatores como a localização e a profundidade do campo. Atualmente, a alíquota máxima é de 40% (quarenta por cento) sobre a receita líquida da produção de cada campo, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor, como determina o Art. 50, § 1º, da Lei do Petróleo.

Nesse sentido, recentemente reunidas no Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP), as empresas comunicaram ao governo o resultado de simulações sobre este modelo. Nas projeções, a alíquota da participação especial subiria para até 80% (oitenta por cento)<sup>81</sup>.

Optando-se pelo segundo modelo, provavelmente *anticoncorrencial* e calcado em contratos de partilha ou prestação de serviço, o Estado criaria uma empresa pública com o fito específico de administrar o petróleo e o gás natural. Essa empresa teria a tarefa de escolher os parceiros de investimento e operação, o que poderia ser feito por negociação direta, dispensando-se o instrumento licitatório. Aqui, a remuneração não seria baseada em *royalties* ou tributos, mas sim em um

---

<sup>81</sup> FOLHA ONLINE. **Petroleiras concordam com tributo maior para exploração no pré-sal.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u402089.shtml>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

percentual da futura produção (petróleo e gás *in natura*)<sup>82</sup>. O governo teria que vender o produto recebido para obter receitas.

Ao contrário do que possa parecer, o segundo modelo não possui qualquer incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro, que estabelece a *faculdade* de contratação de empresas estatais ou privadas; não a *obrigatoriedade*<sup>83</sup>, de maneira que o Estado, como agente normativo e regulador da economia, poderia deliberar a contratação apenas de empresas estatais na exploração das áreas de pré-sal.

Malgrado tal constatação, seria inafastável a mudança na legislação ordinária, uma vez que toda a base normativa infraconstitucional primária — Lei do Petróleo — e secundária — portarias e resoluções da ANP — está estruturada sob o regime regulatório das concessões de áreas de risco, devendo haver, portanto, uma conformação do direito posto à nova realidade sócio-econômica.

## 7.2 Compleição Regulatória dos Modelos

A discutida manutenção do modelo *pró-concorrencial* com o incremento das participações governamentais nos campos de pré-sal nos parece em clara consonância com o interesse público da maximização do erário (secundário).

Pugnamos, também, pela conformação deste modelo com o interesse público primário. Primeiramente, pelo bem-estar social conseguido nos dez anos de exploração através do modelo de concessão. Conseguiu-se gerar empregos, atrair investimentos estrangeiros, desenvolver a indústria nacional e ampliar

---

<sup>82</sup> PRATES, Jean-Paul. **Brasil pós-Pré-Sal: partilha não paga royalties, entre outras coisas**. Disponível em <[http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod\\_post=110375](http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod_post=110375)>. Acesso em: 07 jul. 2008

<sup>83</sup> Constituição Federal, Art. 177, §1º.

consideravelmente o conhecimento do mapa geológico brasileiro. Paralelamente, também materializa este interesse público primário a segurança trazida pela relativa independência no que tange à importação de petróleo, mormente em um momento de altas e recordes históricos no preço do barril<sup>84</sup>, o que finda por contribuir com a constância dos preços dos derivados deste hidrocarboneto fundamental na sociedade contemporânea.

Por outro lado, o modelo provavelmente *anticoncorrencial* é a alternativa defendida pelo ministro das Minas e Energia, Edison Lobão<sup>85</sup>.

Entre as autoridades da IPGN, o modelo dos contratos de partilha é defendido pela Petrobras, uma sociedade de economia mista que, em tese, seria a grande beneficiada com o modelo<sup>86</sup>. Não é de se estranhar essa postura, uma vez que a nova empresa estatal incumbida da administração do petróleo extraído da camada pré-sal a contrataria diretamente para a realização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção.

No outro sentido, a ANP e o IBP defendem a manutenção do atual modelo regulatório<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Em julho de 2008, a cotação do barril de petróleo atingiu mais um recorde histórico: US\$ 145,29. FOLHA ONLINE. **Preço do petróleo vai continuar a subir, diz Opep**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u419827.shtml>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

<sup>85</sup> SENADO NA MÍDIA. **Ministro quer adotar modelo de partilha da produção de petróleo**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/noticia/senamidia/principaisJornais/notSenamidia.asp?ud=20080627&d atNoticia=20080627&codNoticia=284825&nomeParlamentar=Aloizio+Mercadante&nomeJornal=Valor +Econ%F4mico&codParlamentar=845&tipPagina=1>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

<sup>86</sup> FOLHA ONLINE. **Petrobras defende contratos de partilha de produção para o pré-sal**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u408359.shtml>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

<sup>87</sup> UOL. **IBP abre debates sobre pré-sal e defende modelo atual**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/2008/08/29/ult29u63047.jhtm>>. Acesso em: 28 ago. 2008; ESTADÃO. **Gabrielli quer mudar Lei do Petróleo**. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080604/not\\_imp183516,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080604/not_imp183516,0.php)>. Acesso em: 28 ago. 2008.

Esta é, inicialmente, a alternativa mais prudente. A medida regulatória *anticoncorrencial*, sob o argumento da defesa da soberania do Estado brasileiro, tem alta probabilidade de aumentar a burocracia do setor e criar mais uma Estatal a ser usada como estandarte de indicações políticas de mérito discutível, podendo torná-lo menos ágil e insuscetível ao acompanhamento da dinâmica do mercado.

Não há nenhuma garantia que o Estado ganharia mais com tal procedimento; ao contrário. Apenas atrasaria a continuidade das Rodadas de Licitação, por puro apego ideológico contrário a todas as estatísticas favoráveis à regulação *pró-concorrencial*.

Ademais, o propagado modelo regulatório norueguês, que seria o exemplo de regime de *partilha*, nada mais é que um verdadeiro regime de *concessões*, no qual uma empresa de investimentos — a “Petoro” — aplica e investe receitas extraordinárias estatais dos royalties e das participações governamentais, valores estes precedidos por licitações em regime de concessão<sup>88</sup>.

Por esses motivos, entendemos que o melhor marco regulatório a ser seguido nos campos de pré-sal é, *a priori*, o atual modelo de concessões, devidamente adaptado às participações governamentais, mormente o aumento do valor do bônus de assinatura e das alíquotas das participações especiais.

---

<sup>88</sup> PRATES, Jean-Paul. **Pré-Sal: por quê mudar o que dá certo?** Disponível em: <[http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod\\_post=121764](http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod_post=121764)>. Acesso em: 25 ago. 2008

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que a ANP, surgindo em um momento de flexibilização do monopólio de diversas atividades da IPGN, atua na fiscalização, incentivo e planejamento do mercado regulado. Com base no seu poder normativo, essa autarquia especial é competente para elaborar os editais e promover as licitações com fins de concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução.

O procedimento licitatório estudado demonstra forte carga regulatória, tanto *pró-concorrencial*, em vistas da materialização da livre concorrência, quanto *não concorrencial*, pretendendo atender a outros valores de interesse público primário, tais como a tutela do meio ambiente, os valores sociais do trabalho e a segurança.

No que atine à função regulatória *pró-concorrencial*, viu-se que a limitação à apresentação de ofertas por parte dos licitantes é um exemplo idôneo. Através dela, por mais que haja diversos blocos disponíveis para ofertas, cada concorrente só pode se sagrar vencedor em um número previamente determinados destes, ainda que faça a melhor oferta para todos os demais.

Esse procedimento se justifica na tentativa de o Estado evitar a dominação do mercado por poucos agentes econômicos, uma vez que outras empresas passarão a ter mais chances de controlar blocos de alto potencial e, conseqüentemente, de se incrementarem financeira e economicamente. Assim, essa escolha tende a inibir concorrências camufladas na disputa por blocos de alto potencial — fomentando a consecução de uma *livre concorrência material* —, além de encorajar a apresentação de ofertas em áreas de nova fronteira por parte dos concorrentes que já exauriram suas ofertas vencedoras em outros setores licitados.

Nesse ínterim, percebeu-se que a regulação da concorrência possibilita a sua liberdade e, decorrentemente, a existência de um mercado sadio e verdadeiramente competitivo, porquanto não há disputa real em um sistema estruturalmente dominado, mas sim um quadro perpetuador de desigualdades.

Esse procedimento não é uma exclusividade da IPGN, tendo ocorrido com êxito em editais de licitação de obras como a transposição do Rio São Francisco, o “Rodoanel” do Estado de São Paulo, e na primeira outorga de concessão para exploração de serviço móvel celular promovida pelo então Ministério das Comunicações, em 1996.

Dessa forma, é válido concluir que nem toda restrição à participação de licitantes é ilegal, bastando que haja a correta motivação do ato administrativo limitador, o que pareceu ser esquecido na análise da decisão monocrática da Min. Ellen Gracie na Suspensão de Liminar 176/DF, calcada em premissas meramente ideológicas ou, quando muito, puramente econômicas.

Quanto à preferência ao licitante nacional em caso de empate, notou-se um forte viés regulatório em prol da soberania e do desenvolvimento nacionais, reforçando os preceitos constitucionais que os prevêm, na medida em que o controle da matriz energética mostra-se estratégico na redução da dependência internacional e na dinamização de sua economia do Estado.

Um outro viés abordado foi a regulação *pró-concorrencial* em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte, que transluz-se nas rodadas de acumulação marginal, possibilitando a inserção desses entes como operadores de campos maduros.

A possibilidade de um crescimento econômico hábil a tolerar uma concorrência material, a médio prazo, por blocos de alto potencial, gerando não

somente empregos, mas também o reaproveitamento de áreas inativas e a maximização do erário, é o grande trunfo dessa forma de regulação através da licitação de campos maduros, perpetuando-se uma virtuosa rede de progresso para o Estado e para os particulares.

No que tange às áreas de pré-sal, ainda há muitas incertezas, parecendo-nos, *a priori*, que o marco regulatório mais adequado é o atual modelo de concessões, precedido por licitações. Trata-se de uma opção que, desde a criação da ANP, em 1997, vem se mostrando vantajosa, gerando empregos, atraindo investimentos estrangeiros, desenvolvendo a indústria nacional, ampliando consideravelmente o conhecimento do mapa geológico brasileiro e sendo responsável por uma elevadíssima arrecadação tributária.

É fundamental, entretanto, que haja o devido acréscimo no valor mínimo do bônus de assinatura de cada bloco nela inserido, bem como a majoração das alíquotas das participações especiais, atendendo-se, por conseguinte, a interesses públicos primários e secundários.

Por fim, consoante o decorrido até aqui, reputa-se seguro concluir que há, sim, uma função regulatória na licitação de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, devendo esta ser perenemente balizada por fundamentos legais, sob pena de perder a sua legitimidade constitucional, o que caracterizaria uma arbitrariedade nula e desprovida de eficácia.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Anuário Estatístico 2007**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/doc/conheca/Anuario%20Estatistico%202007.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. **As Rodadas de Licitação da ANP**. Disponível em: <[http://www.anp.gov.br/petro/rodadas\\_de\\_licitacoes.asp](http://www.anp.gov.br/petro/rodadas_de_licitacoes.asp)>. Acesso em: 26 jun. 2008.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Considerações sobre a “Regulação” no Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, out./dez. 2005.

ANDRADE, Ronald Castro de. **Defesa da Concorrência na Indústria do Petróleo**. 2005, 68 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. Regulação da Economia: conceito e características contemporâneas. **Revista do Direito da Energia**, São Paulo, v. 1, n. 2, out. 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Poder Normativo do Conselho Nacional do Ministério Público e imposição de restrições à participação em licitações. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Um novo Direito Administrativo para o Século XXI. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 3, jul./set. 2006.

BORGES, Ilia Freire Fernandes. **O Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo**. 2004. 84 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2004, p. 27.

BUCHEB, José Alberto. **Direito do Petróleo: a Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.



CAL, Arianne Brito Rodrigues. **As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CHEVALLIER, Jacques. Estado e Ordem Concorrencial. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out./dez. 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. Livre Iniciativa e Direito Concorrencial. In: COSTA, Marcos da; MENEZES, Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Org.). **Direito Concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da Eficiência & Moralidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2004.

ESTADÃO. **Gabrielli quer mudar Lei do Petróleo**. Disponível em: <[http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080604/not\\_imp183516,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20080604/not_imp183516,0.php)>. Acesso em: 13 ago. 2008.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FARIA, Walter R. **Constituição Econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Marcelo (Org.). **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As Agências Reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FOLHA ONLINE. **Petrobras defende contratos de partilha de produção para o pré-sal**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u408359.shtml>>. Acesso em: 10 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. **Petroleiras concordam com tributo maior para exploração no pré-sal.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u402089.shtml>>. Acesso em: 01 ago. 2008.

B

\_\_\_\_\_. **Preço do petróleo vai continuar a subir, diz Opep.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u419827.shtml>>. Acesso em: 01 ago. 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Concorrência e Regulação. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; MATTOS, Paulo Todescan Lessa; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da (Org). **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

FRANCESHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE.** São Paulo: Singular, 1998.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos: casos e polêmicas.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Licitações e o Futuro da Cláusula Exorbitante.** Natal, 18 de outubro de 2007. 1 arquivo (1313 bytes). Disquete 3 ½. Word for Windows 7.0.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a nova hermenêutica: uma releitura do modelo regulatório brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 243, set./dez. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEITE, Marcelo Lauar. O princípio da publicidade e a Licitação nº 03/2007 da ANATEL. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1611, 29 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10684>>. Acesso em: 27 jun. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Articulação entre Regulação Setorial e Regulação Antitruste. **Revista Regulação Brasil**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.69-88, jan./dez. 2005.

\_\_\_\_\_. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Daniela Couto. **A Regulação da Indústria do Petróleo segundo o Modelo Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MATOS, Fernanda Laís de. **Aspectos Jurídicos da Inserção de Pequenas e Médias Empresas na Indústria do Petróleo**. 2007, 122 f. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Licitação e Contrato Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à Lei do Petróleo**. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações & Contratos**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

O GLOBO ONLINE. **MP Federal recomenda à ANP que suspenda rodadas de licitação de áreas de petróleo e gás**. Disponível em: <[http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/02/19/mp\\_federal\\_recomenda\\_anp\\_qu](http://oglobo.globo.com/economia/mat/2008/02/19/mp_federal_recomenda_anp_qu)

e\_suspenda\_rodadas\_de\_licitacao\_de\_areas\_de\_petroleo\_gas-425732185.asp>. Acesso em 26 jul. 2008.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. Brasília: Editora 34, 1998.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PETROBRAS. **Composição do Capital Social**. Disponível em: <[http://www2.petrobras.com.br/portal/frame\\_ri.asp?pagina=/ri/port/index.asp&lang=pt&area=ri](http://www2.petrobras.com.br/portal/frame_ri.asp?pagina=/ri/port/index.asp&lang=pt&area=ri)>. Acesso em: 01 ago. 2008

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (Org.). **Direito Regulatório: temas polêmicos**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIRES, Paulo Valois. **A Evolução do Monopólio Estatal do Petróleo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.

PRATES, Jean-Paul. **Brasil pós-Pré-Sal: partilha não paga royalties, entre outras coisas**. Disponível em <[http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod\\_post=110375](http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod_post=110375)>. Acesso em: 02 ago. 2008.

\_\_\_\_\_. **Pré-Sal: por quê mudar o que dá certo?** Disponível em: <[http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod\\_post=121764](http://oglobo.globo.com/blogs/petroleo/post.asp?cod_post=121764)>. Acesso em: 25 ago. 2008

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **As Join Ventures na Indústria do Petróleo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROCHA, Renata Veras. O princípio da impessoalidade na Administração Pública. **Revista Jurídica In Verbis**, Natal, v. 7, n.12, jan./dez. 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SENADO FEDERAL. **Ministro quer adotar modelo de partilha da produção de petróleo.** Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/sf/noticia/senamidia/principaisJornais/notSenamidia.asp?ud=20080627&datNoticia=20080627&codNoticia=284825&nomeParlamentar=Aloizio+Mercadante&nomeJornal=Valor+Econ%F4mico&codParlamentar=845&tipPagina=1>>. Acesso em: 02 ago. 2008.

SILVA, Fernando Quadros da. **Agências Reguladoras: a sua independência e o Princípio do Estado Democrático de Direito.** Curitiba: Juruá, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência do STJ.** Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 13 jul. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pesquisa de Jurisprudências.** Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 jul. 2008.

TERRA. **Candidatos ao Governo devem gastar R\$ 40 mi.** Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/eleicoes2006/interna/0,,OI1059296-EI6676,00.html>>. Acesso em: 22 jun. 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Jurisprudência Sistematizada.** Disponível em: <[http://www2.tcu.gov.br/portal/page?\\_pageid=33,2539346&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://www2.tcu.gov.br/portal/page?_pageid=33,2539346&_dad=portal&_schema=PORTAL)>. Acesso em: 13 jul. 2008.

UOL. **IBP abre debates sobre pré-sal e defende modelo atual.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/2008/08/29/ult29u63047.jhtm>>. Acesso em: 28 ago. 2008

\_\_\_\_\_. **Petrobras obtém lucro de r\$ 25,9 bi em 2006, resultado recorde na América latina.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/economia/ultnot/2007/02/13/ult4294u149.jhtm>>. Acesso em: 23 jul. 2008

VASCONCELOS, Mariana Vannucci. **O Princípio da Igualdade na Licitação: a participação de empresas estrangeiras no procedimento licitatório da Agência Nacional do Petróleo.** 2006, 67 p. Monografia (Bacharelado em Direito) — Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

## GLOSSÁRIO

- Águas Profundas** . . . . . Situadas entre 400 e 1.500m de profundidade.
- Águas Ultraprofundas** . . . . . Situadas acima de 1.500m de profundidade.
- Alto Potencial.** . . . . . Área em que há fortes indícios geológicos da existência de petróleo.
- Bacia Sedimentar** . . . . . Formação geologicamente propícia à geração e ao acúmulo de Petróleo e Gás Natural.
- Bloco** . . . . . Parte de uma bacia sedimentar onde são desenvolvidas atividades de exploração ou produção de petróleo e gás natural.
- Campo Maduro** . . . . . Área que já foi explorada anteriormente, mas findou por ser abandonadas devido à perspectiva econômica com sua exploração estar aquém da almejada.
- Desenvolvimento** . . . . . Conjunto de operações e investimentos destinados a viabilizar as atividades de produção de um campo de petróleo ou gás.
- Dumping.** . . . . . Ação ou expediente de pôr à venda produtos a um preço inferior ao do mercado, especialmente no mercado internacional para se desfazer de excedentes ou para derrotar a concorrência.
- Estatuto Geral das Licitações** . . . . . Nomenclatura adotada na área especializada para se referir à Lei 8.666/93.
- Exploração** . . . . . Conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo ou gás natural.
- Hidrocarboneto** . . . . . Composto binário de carbono e hidrogênio, tal qual o petróleo e o gás natural.
- IPGN** . . . . . Conjunto de atividades econômicas relacionadas com a exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, transporte, importação e

- exportação de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados.
- Lavra** . . . . . Representa todas as operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação.
- Lei do Petróleo** . . . . . Nomenclatura adotada na área especializada para se referir à Lei 9.478/97.
- Nova Fronteira** . . . . . Área em que há estudos geológicos indicativos de uma boa probabilidade de se encontrarem jazidas petrolíferas, apesar de ainda serem insuficientes ou haver barreiras tecnológicas a serem vencidas.
- Offshore** . . . . . Diz respeito à lavra, à exploração e ao desenvolvimento feitos em mar.
- Onshore** . . . . . Diz respeito à lavra, à exploração e ao desenvolvimento feitos em terra.
- Operador “A”** . . . . . Qualificação dada ao operador apto a atuar em qualquer tipo de ambiente.
- Operador “B”** . . . . . Qualificação dada ao operador apto a atuar em ambientes que não envolvam águas ultraprofundas.
- Operador “C”** . . . . . São os “não-operadores”, cuja atuação é limitada à forma de consórcio com operadoras “A” ou “B”.
- Produção** . . . . . Sinônimo de Lavra.
- Unitização** . . . . . Procedimento obrigatório através do qual duas ou mais concessionárias de blocos diferentes administram um poço exploratório situado em área de interseção.