

Copyright 2004, Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás - IBP

Este Trabalho Técnico Científico foi preparado para apresentação no 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás, a ser realizado no período de 2 a 5 de outubro de 2005, em Salvador. Este Trabalho Técnico Científico foi selecionado e/ou revisado pela Comissão Científica, para apresentação no Evento. O conteúdo do Trabalho, como apresentado, não foi revisado pelo IBP. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões do Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás, Sócios e Representantes. É de conhecimento e aprovação do(s) autor(es) que este Trabalho será publicado nos Anais do 3º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo e Gás

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A LICITAÇÃO NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

Mariana Vannucci Vasconcellos¹, Fabiano André de Souza Mendonça²

¹Universidade Federal do Rio Grande do Norte, R. Jundiá, 640, Tirol,
mvv1710@gmail.com, aluna bolsista do PRH- ANP/MCT nº 36

² Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rua da Ubaia, 222, Cidade Verde,
mendonca@ufrnet.br Prof. Orientador do PRH-ANP/MCT nº 36

Resumo – A partir da emenda constitucional nº 09 e da lei nº 9.478/97 houve a abertura do mercado para novos atores além da PETROBRAS, com isso observamos profundas modificações na Indústria de Petróleo e Gás Natural. Com a flexibilização do monopólio vemos a inserção de novos agentes na indústria estudada, sendo a ANP responsável pelo procedimento licitatório dos contratos de concessão para a exploração do petróleo. Dentro dessa nova realidade é de suma importância analisar o procedimento aplicado pela Agencia Nacional do Petróleo observando se este respeita o princípio da igualdade. Este trabalho discorre sobre a teoria do principio da igualdade, depois analisa os princípios que regem a licitação. Após esta etapa, discute-se o procedimento licitatório na lei 9.478 e os preceitos constitucionais sobre o tema e as mudanças na política energética nacional. A conclusão refere-se a aplicação do principio da igualdade na lei do petróleo e na política energética nacional.

Palavras-Chave: Licitação; Igualdade; Petróleo

Abstract – After the amendment constitutional no. 09 and of the law no. 9.478/97 there was the opening of the market for new actors besides PETROBRAS, with that we observed deep modifications in the Industry of Petroleum and Natural Gas. With the rupture of the monopoly we see the new agents' insert in that industry, being responsible ANP for the concession contracts for the exploration of the petroleum. Inside that new reality it is important to analyze the applied procedure observes the principal of equality. This paper discuss about theory of the principal of equality, than analyzes the principals of the procedure that prepare the contract. After that the text argues about the law nº 9.478, the constitutional law about the subject and the changes in the national energy police. The conclusion is about the application of the principal of equality in the law mentioned and the energy police.

Keywords: Contract, Equality, Petroleum

1. Introdução

A última década representou uma grande mudança para a indústria petrolífera nacional, desde 1995, com a flexibilização do monopólio, houve a significativa mudança de paradigma para o Estado brasileiro. De agente direto ele passou a regulador do mercado através da ANP e a PETROBRAS se tornou mais um participante do mercado e não mais responsável pelo desenvolvimento da política energética nacional.

A partir houve a atração de novos investimentos para o mercado em todas as suas fases, esperando que assim este se desenvolvesse sob uma ótica mais liberal do que intervencionista, mas sem significar o “laissez faire” logo que haveria um órgão estatal que controlaria o mercado.

Do ponto de partida tomado tínhamos uma empresa nacional dominante e abrir o mercado era um desafio para o Estado. Era necessário todo um novo arcabouço jurídico para orientar o Estado nessa nova perspectiva.

Para tanto se criou a lei do petróleo que regulamenta a forma de contratação, licitação e delimita os critérios para que essas empresas possam pesquisar e explorar as reservas petrolíferas nacionais.

A lei criou um procedimento especial para a licitação dos blocos controlado pela ANP, este difere da licitação adotada para os demais contratos administrativos. Não poderia ser diferente por causa dos investimentos vultosos e por se tratar de uma indústria globalizada que possui características bem próprias.

Por se tratar de um procedimento diferente do já sedimentado no direito brasileiro há a necessidade de observar se este está de acordo com o ordenamento jurídico nacional e com os princípios que regem as licitações e o direito administrativo.

Como houve a inserção de novos agentes é mister estudar se estes têm igualdade de condições para celebrar os contratos com a administração. Por tal motivação é que é necessário estudar o princípio da igualdade para verificar se neste procedimento licitatório o princípio é observado e se as diferenciações que constam na lei são justificáveis pelo ordenamento jurídico.

Neste trabalho trabalharemos a análise da preferência de contratação pelas empresas nacionais, contrapondo a lei do petróleo e a teoria a respeito do princípio estudado. Pois se existe um favorecimento ele deve ser tratado com a relevância necessária para que o novo procedimento não se torne um entrave para o desenvolvimento do mercado o que é o objetivo do legislador ao criar a lei 9.478/97.

2. Análise Jurídica do Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade é um dos pilares de um Estado Democrático de Direito, sua importância é tamanha que a nossa Carta Magna no *caput* do artigo quinto, que trata dos direitos fundamentais, coloca que todos são iguais perante a lei. No entanto esse enunciado não é suficiente para a sua aplicação sendo necessária a análise de seu conteúdo com o fim de determinar a quem seria destinado o seu conteúdo, a sua função dentro do ordenamento jurídico e sua finalidade.

Mas a presença deste princípio na constituição não deve ser visto como um fim em si mesmo. A igualdade é pressuposto para o funcionamento de um estado democrático de direito.

Ela assegura que o Estado será constituído para atender a sua finalidade para aqueles que o formam, de modo que ele não seja deturpado para atender minorias e balizar perseguições. Não a liberdade sem igualdade logo que se todos são considerados da mesma forma podem agir de acordo com suas diferenças, logo que elas deverão ser respeitadas por que todos são iguais perante o Estado.

A igualdade não existe fora da realidade.

A pluralidade encontrada na realidade constitui um desafio para a aplicação da igualdade, se todos são diferentes como dar oportunidades iguais e direitos iguais?

As desigualdades não precisam, necessariamente, ser exterminadas, pois estas podem ser vantajosas a sociedade. Além disso elas existem naturalmente, sejam elas diferenças de sexo, cor, capacidade física e habilidade ou social e econômica. Não é necessário verificar se estas seriam justas ou injustas, a discussão deve se tratar da competência das instituições para distribuí-las de modo a privilegiar a quem essas desigualdades podem ser danosas.

No caso tratando cada um de forma desigual procura-se que estes possam desfrutar dos seus direitos de forma igual. Então este tratamento seria na verdade proporcional. Isto é, ao privilegiar o mais desprovido há o intento de equipará-lo com o mais privilegiado para assim atingir uma igualdade geométrica, veja que no princípio da diferença nos deparamos com a igualdade Aristotélica. Então a equidade estaria em tratar as diferenças para proporcionar que os princípios seriam distribuídos da maneira mais justa possível.

Portanto o princípio funciona como limite ao poder do legislador que seria o destinatário, pois este não poderia editar normas que gerassem tratamentos desiguais (Mello, 1993). Não cabe a ele corrigir as diferenças, mas cuidar para que elas sejam respeitadas.

Os indivíduos devem ser considerados a partir de suas diferenças, pois ouvi-las também seria uma forma de desigualdade. Enxergar esse fato e a partir dele construir direitos e deveres é o que se chama de Discriminação Positiva (Rabenhorst, 2001), que nada mais é que a aplicação da noção de justiça Aristotélica onde deve-se tratar os iguais de maneira igual e os de desiguais de forma desigual. Entretanto não se pode findar a discussão em tal ponto logo que é incerto como a norma escrita irá separar ambos. Diante da situação, como coloca Celso Antônio Bandeira de Mello (1993), se a lei é incapaz de realizar a distinção cabe determinar que discriminações devem ser rejeitadas pelo direito.

Segundo tal autor não feriria a isonomia o critério de discriminação que conciliasse a peculiaridade que diferencia o objeto da norma e o tratamento dado respeitando tal característica. Portanto se um tratamento diferenciado possuir um fundamento lógico de acordo com as qualidades próprias do objeto da desigualdade, dentro da ordem constitucional estabelecida ele deve ser aceito. Por exemplo, as mulheres têm direito a três meses de licença maternidade remunerada em seu emprego, algo que não é igual aos homens. Tal diferenciação não fere o princípio da igualdade porque o ato de ter filhos é muito mais custoso biologicamente à mulher que entra em trabalho de parto e necessita amamentar a criança. Neste exemplo se observa uma diferença natural própria da espécie humana, o tratamento diferenciado é lógico com a peculiaridade observada e respeita um instituto protegido pela constituição que é a família.

Uma norma não deve ser destinada a um único destinatário, logo que ela assim estaria necessariamente ou perseguindo ou favorecendo um sujeito. Ambas as condutas ofendem o princípio da igualdade. Mesmo que tal conduta não seja colocada no enunciado da lei, caso a discriminação seja decorrência lógica da sua aplicação a norma o mesmo

é observado, por exemplo, uma norma que dá que um benefício é destinado a pessoa que realizou ato X em um período de tempo determinado, sendo que somente um indivíduo se atende as tais pré-requisitos.

A interpretação de uma norma de forma a perseguir ou favorecer o sujeito também é incompatível com a isonomia, pois sua aplicação tem os mesmos efeitos de uma lei discriminatória, e, portanto tal interpretação é considerada antijurídica.

Através da análise destes elementos é possível verificar quando o tratamento diferenciado não condizente com o ordenamento jurídico e considerado uma afronta ao princípio da igualdade.

3. Licitação e seus Princípios Gerais

Licitação pode ser conceituada como um procedimento administrativo pelo qual uma pessoa jurídica de direito público exercendo sua função administrativa, segundo os ditames de um instrumento convocatório oferece a possibilidade de pessoas interessadas formularem propostas para celebração de um contrato administrativo das quais será escolhida a proposta mais vantajosa segundo o interesse da administração (Pietro, 2003).

O procedimento licitatório observa princípios próprios, além daqueles que regem o direito administrativo, dentre estes citaremos o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da legalidade, moralidade e probidade, publicidade.

A supremacia do interesse público é a razão de ser da licitação, pois através deste procedimento que há a certeza que o contrato firmado ao seu final atende ao interesse público, a licitação deve teoricamente encaminhar a melhor contratação possível, aquela em que tenha o menor custo para o melhor trabalho. Por sua importância ele permeia os outros princípios, pois estes sempre visam atingir aquele princípio.

Sobre o princípio da legalidade cabe que a licitação deve observar o procedimento disciplinado na lei 8.666/93, ou procedimento especial ditado por lei específica. No entanto reserva-se a liberdade para que a administração estabelecer as condições de forma discricionária.

A estrutura deste procedimento visa o contrabalanceamento entre a vinculação e a discricionariedade. Com essa liberdade é que o ente público elabora o instrumento convocatório que irá estabelecer as condições para a realização do contrato futuro. E em decorrência temos outro princípio, o da observância do instrumento convocatório que vincula a administração ao edital que deve ser respeitado sob pena de nulidade.

A obrigatoriedade do edital se estende aos licitantes que devem apresentar suas propostas estritamente como o colocado no instrumento convocatório.

O princípio da moralidade demonstra que certas condutas ainda que não proibidas por lei, são proibidas pelo direito. Através deste princípio que valores e morais e éticos se tornam obrigatórios para a administração, pois a conduta contra eles ocasiona sua nulidade.

O princípio da publicidade permite e tem como objetivo a fiscalização do procedimento e o conhecimento dos interessados para que participem com suas propostas. Com este princípio se garante a predominância do interesse público e a igualdade de condições para os licitantes.

O procedimento licitatório deve ser impessoal, ou seja, não pode haver preferências fundadas em características pessoais do licitante, ao menos que estas sejam desejadas para a escolha da melhor oferta. Então temos também o princípio da objetividade do julgamento que deve se ater aos objetivos do procedimento e não atender a à vontade psicológica do julgador.

E por último temos que realizado o julgamento das propostas o vencedor deverá ser contratado, ao menos que haja desistência deste ou qualquer outro motivo que o impeça de realizar a contratação.

3.1. Princípio da Igualdade na Licitação

O procedimento licitatório tem como objetivo escolher a melhor proposta dentro dos critérios estabelecidos no edital, desta forma o próprio procedimento é discriminatório tendo em vista que a diferenciação entre os participantes é inevitável.

Como foi explicitado no tópico um, o princípio da igualdade deve afastar a discriminação que acarreta em um tratamento injusto, dentro dos critérios explicitados. A diferenciação feita pela licitação é pautada pelo interesse público, então este princípio terá para a licitação a função de repelir a “diferenciação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público” (Justen Filho, 2002).

Este princípio ainda tem o escopo de proteger a concorrência entre os participantes dando a eles iguais condições para elaborarem propostas dentro dos critérios esboçados pelo administrador no edital, por isso que este deve conter de modo claro e objetivo os critérios de diferenciação que o ente administrativo se utilizará.

Cabe ao poder público tratar de que o interesse público seja atingido pela licitação e transcendendo esta finalidade o regulador deve proceder para proteger o mercado de práticas concorrências daninhas e obviamente o exemplo deve partir de si próprio. Ou seja, o vencedor da licitação deve ser aquele que dentro do que foi priorizado pelo edital e pelo procedimento obtiver a melhor proposta.

Tais critérios devem observar o que foi dito acima no tópico um, os critérios devem observar as características próprias dos licitantes, o tratamento deve ser lógico a essas características e tais discriminações devem estar de acordo com a ordem constitucional

4. Licitação na Indústria do Petróleo e Empresa Nacional

A década de noventa trouxe para a ordem econômica brasileira uma nova perspectiva do papel no estado na economia, neste período foi realizada a privatização de várias indústrias nacionais, a criação de agências reguladoras para determinados setores e houve a inserção do regime concorrencial em setores como a telefonia e a indústria do petróleo. Neste cenário é que deve ser analisada a emenda constitucional número nove e a lei 9.478/97.

O artigo 173 da constituição já demonstra essa tendência de desregulamentação da economia (Grau, 2003), pois impõe limites à exploração direta da economia pelo estado a “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei” que segundo Eros Roberto Grau tal limitação seria aplicável a empresas públicas que exploram atividade econômica no sentido estrito e não as prestadoras de serviço público como é o caso da exploração do petróleo. Portanto desde a promulgação da constituição de 88, somadas as emendas feitas a partir de 95 mostram a diminuição do estado interventor para o estado regulador, que é a situação atual.

Antes da emenda nº. 9 as atividades *upstream* e *downstream* eram monopólios da união e esta não poderia conceder a sua exploração que seria realizada pela empresa estatal, a PETROBRAS. No entanto seguindo a tendência de modificar a atuação do estado para regular a economia indiretamente a constituição foi modificada para permitir a contratação de empresas públicas ou privadas para as atividades consideradas monopólio da União conforme o art. 177.

Essa escolha se justifica quando se observa que em um regime de concorrência entre as empresas, com o estado atuando como regulador, é possível desenvolver o setor com a diminuição dos riscos e custos para este. Tenta-se aplicar a idéia liberal de que a concorrência levaria ao melhor serviço com o menor preço. Sabendo que a concorrência perfeita é ideal e podendo sucumbir a diversos fatores é que se propõe a atuação reguladora do estado. Ao se abrir o mercado surgem novos problemas, pelo fato que em um regime concorrencial nem sempre as empresas atuam de forma honesta e a própria concorrência nem sempre é possível em certos mercados.

No caso brasileiro a indústria petrolífera foi desenvolvida por uma empresa estatal que possuía monopólio de atividades, necessitando a partir da escolha de uma nova política energética de um órgão regulador para possibilitar que novos agentes sejam inseridos e, portanto ocorra a quebra efetiva do monopólio da empresa estatal.

Apesar de ser comum se falar em quebra do monopólio, esse termo é incorreto tendo em vista que o controle da exploração do petróleo continua com a união que contratará empresa pública ou privada através de regime licitatório próprio regulamentado pela lei 9.478. Essas atividades são dispostas tanto na constituição no artigo 177 quanto na própria lei do petróleo que descreve as atividades que serão concedidas para a exploração por particulares.

A mudança da emenda nº. 9 trouxe um instituto novo para o direito e para a história recente da indústria petrolífera nacional, a possibilidade de concessão do direito de explorar economicamente o petróleo e gás natural para indústrias privadas e públicas. Como se trata de bens públicos (art. 20, IX CF) é necessário o procedimento licitatório, tendo em vista que por sua natureza a exploração de tal bem deve estar subordinada à supremacia do interesse público e, portanto deve estar atrelado aos princípios outrora citados no ponto 2. E a Agência Nacional do Petróleo, que celebra o contrato de concessão é uma autarquia, ou seja, ente da administração pública federal é obrigatório a realização da licitação para a contratação, conforme preceito constitucional.

A licitação petrolífera atende a procedimento próprio regulado na Lei do Petróleo não sendo aplicável nem a lei 8.666/93, nem a lei de concessões 8.987/95, logo que a primeira é lei específica e as outras duas são gerais cabendo sua aplicação somente no silêncio da lei própria.

Alem da lei do petróleo o procedimento licitatório estudado é regido pelas portarias da ANP e para tanto é criado uma comissão com esta finalidade formada por membros da ANP e membros da sociedade. O que se justifica pela importância do procedimento.

O procedimento tem as seguintes fases: pré-qualificação, publicação do edital, habilitação, julgamento, homologação e contratação.

Este não se inicia com o edital, primeiro deverá haver uma pré-qualificação dos interessados que adquirem um pacote de dados referente aos blocos futuramente licitados.

Com a publicação do edital os interessados terão as informações sobre as participações governamentais, valor e forma de pagamento das indenizações aos proprietários do solo no qual esta o bloco, a especificação detalhada dos blocos, a documentação exigida.

As empresas deverão ser qualificadas de forma técnica, econômica e jurídica. E depois deste estágio será realizado o leilão dos blocos.

O julgamento terá critérios que versem pela proposta mais vantajosa para a administração, deste modo a licitação atinge seu objetivo o que justifica toda a construção principiológica que a cerca.

Os princípios citados nos tópicos anteriores são normas gerais aplicáveis em qualquer licitação realizada pelo poder público e o princípio da isonomia é previsto na carta magna. Contudo o legislador colocou esses princípios expressos na lei do petróleo para que não reste dúvida da sua relevância, apesar de que mesmo que não o fizesse isso jamais significaria que eles não seriam aplicáveis. Como são aplicáveis os princípios que não foram expressos nos artigos 17 e 40 da lei do petróleo.

O principal objetivo da emenda nº. 9 foi a inserção de novos atores na indústria do petróleo e gás natural, dando a liberdade à União de contratar a empresa que for mais vantajosa para a exploração dos campos licitados. No

entanto a constituição impõe barreiras a contratação de empresas estrangeira quando, no art. 176, coloca que somente empresas nacionais podem realizar a exploração das “jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União”, no que é incluído o petróleo, como considera o ministro Carlos Ayres Britto na decisão liminar na adim nº. 3273.

No artigo quinto da lei do petróleo é expresso que somente empresas constituídas sobre as leis brasileiras podem ser contratar com a União para as atividades contempladas pelo monopólio. Justifica-se isso com o argumento de que a exploração do petróleo tem natureza de utilidade pública e por isso deve ser defendida pelo interesse público.

Não se pode diferenciar a política energética nacional da indústria petrolífera e se torna mister proteger tal fonte energética por ser a mesma não renovável. Não se trata de serviço público, mas sim atividade econômica que por sua importância e determinação constitucional se subordina aos cuidados do interesse público, conforme o artigo 173 da constituição se trata de um assunto de grande relevância coletiva.

Contudo a lei do petróleo tendo consciência deste dispositivo e sabendo que a indústria do petróleo é caracteristicamente globalizada impõe à empresa estrangeira vencedora que comprometa a se constituir segundo as leis brasileiras e ter sede e administração no Brasil, logo que o contrato só será efetivado com a observância deste dispositivo.

O dispositivo visa a possibilitar que empresas estrangeiras não sejam totalmente impossibilitadas de participar do procedimento licitatório o que seria muito prejudicial à indústria do petróleo, pois a necessidade de altos investimentos impede a exclusão do capital estrangeiro. Esta discussão não foi restrita ao direito do petróleo, a constituição previa o artigo 171 em que diferenciava a empresa de capital estrangeiro e capital nacional. A emenda constitucional nº. 6 de 1995 revogou o artigo na íntegra e modificou os artigos que também faziam tal diferença. Desde então empresa nacional é aquela que é constituída e possui sede no Brasil.

Analisando mais profundamente dispositivo da lei do petróleo temos a preferência para contratar das empresas nacionais tendo em vista que para a constituição brasileira hodiernamente empresa nacional é aquela que é constituída no Brasil sob as leis brasileiras. Washington Peluso critica esta concepção colocando que ainda assim a empresa seria nacional somente juridicamente, pois seu capital seria estrangeiro, observando que esta seria uma abertura a interesses internacionais em áreas de notório interesse nacional como a exploração do petróleo.

Por outro lado percebe-se que existe um tratamento diferenciado para a empresa estrangeira devendo ser analisada se tal diferenciação fere ou não o princípio da igualdade. Em uma análise superficial a resposta é afirmativa, pois existe um favorecimento da empresa nacional em detrimento a empresa estrangeira. No entanto, explicitamos que a diferenciação nem sempre é indesejada pelo direito pois esta pode ter um caráter de equiparação entre dois sujeitos diferenciados por uma situação fática.

Mas a questão transcende esta discussão por se tratar de um assunto que envolve o interesse público e a defesa da soberania. Então o que seria mais vantajoso para a política nacional brasileira? A opção adotada na década de 90 de caracterizar a empresa nacional como aquela constituída no Brasil realmente defende o mercado nacional de uma “invasão estrangeira”?

Então refletimos sobre o ensinamento Washington Peluso quando este critica que a diferenciação adotada pela constituição após a emenda nº. 6 não é eficaz para barrar a dependência ao capital estrangeiro já que na prática não há impedimentos para que empresas multinacionais e transnacionais atuem no Brasil. Na indústria do petróleo não se pode negar que este capital é necessário. Vemos também que ao instalar a empresa no país sob as leis nacionais esta se iguala as empresas brasileiras o que é um forte argumento a favor da diferenciação.

5. Conclusão

Como foi colocado no ponto acima a licitação prevista na lei do petróleo permite que empresa estrangeira participe do procedimento, no entanto na adim nº. 3273, na sua decisão liminar, o ministro Carlos Ayres Britto defende que o preceito constitucional do art. 176 veta inclusive a participação de empresas estrangeiras na licitação, pedindo que o art. 26 da lei 9.478 tenha essa interpretação. Ainda que tal adim tenha sido indeferida, atesta-se que o tratamento diferenciado existe na medida em que há a condição para a empresa internacional que se nacionalize para então formalizar o contrato (art. 39, IV, lei 9.478).

No primeiro ponto abordado neste trabalho vemos que o tratamento diferenciado se condizente com uma desigualdade de fato, se o tratamento realmente é proporcional a essa diferença e estando na ordem constitucional vigente ela seria considerada licita, do mesmo modo que estes requisitos servem para analisar o inverso. No caso estudado temos dois valores contrapostos, de um lado a isonomia, de outro a tutela do interesse público.

Como se trata de dois princípios constitucionais não se pode tratar de uma antinomia, pois esta não se verifica com princípios logo que um não pode ser superior ao outro. Com isso não se pode aplicar o que a Teoria do Direito aconselha para o tratamento de normas antinômicas devendo observar no caso concreto qual princípio deve ser predominante na questão.

A igualdade assegura a liberdade dos partícipes da licitação, dando oportunidades iguais o que é mister para a livre concorrência no mercado, mesmo com a presença do Estado que age agora mais como regulador do que como agente com atuação direta.

Para o procedimento licitatório a igualdade significa que o administrador não se guiará por critérios subjetivos, que fogem ao interesse público, explicitados no edital. Portanto a igualdade assegura a perseverança do interesse público sobre o interesse da administração, caso esta não esteja de acordo com suas finalidades.

A importância do petróleo como bem energético necessita de um tratamento diferenciado tendo como objetivo o melhor aproveitamento do recurso natural para o país. A defesa da soberania nacional e o desenvolvimento econômico ressaltam que se trata de um bem estratégico e conseqüente deve ser cuidado de forma diferenciada, podendo até se sobrepor a alguns outros princípios.

A solução para este problema ultrapassa a questão jurídica, pois ela depende muito da política energética adotada pelo estado brasileiro, adentrando a duas posições ideológicas que se confrontam desde a época da criação da PETROBRAS.

Abrir o mercado no caso da indústria do petróleo significa abranger o capital estrangeiro, logo que os custos elevados para exploração exigem empresas de grande porte. Limitar o mercado a empresas nacionais por outro lado significa restabelecer o controle da PETROBRAS, logo que ainda estão aparecendo outras empresas ainda que de pequeno e médio porte, mas que não podem competir com uma das vinte maiores empresas petrolíferas do mundo.

Conclui-se que a relevância jurídica da diferenciação depende da política energética nacional.

Por outro ângulo discute-se se deve ser utilizado o procedimento licitatório como forma de execução de política econômica. Marçal Justem Filho (2002) coloca que o dever do estado em promover o desenvolvimento econômico nacional é evidente e que este argumento justificaria a desigualdade.

O autor também coloca que proteger o interesse nacional não justifica realizar contratos mais onerosos do que com uma empresa internacional. No panorama desenhado a partir da flexibilização do monopólio para um cenário pautado pela livre concorrência é necessária à inserção de empresas estrangeiras.

A lei do petróleo neste aspecto se mostra ambígua, pois se por um lado permite a empresa estrangeira de participar do procedimento licitatório por outro impõe condições para a realização do contrato pela empresa estrangeira vencedora.

Mesmo assim não se pode negar que a preferência para a contratação de empresas nacionais se sobrepõe à abertura para empresas internacionais.

Mas a lei do petróleo em seu artigo 42 coloca um enunciado que denuncia um favorecimento que fere o princípio da igualdade de forma óbvia. Neste artigo coloca-se que em caso de empate a empresa favorecida deve ser a PETROBRAS. Vemos que nenhuma norma pode especificar um sujeito favorecendo-o, não há na realidade elemento que justifique tal favorecimento e ele é contra a ordem constitucional que coloca que em uma licitação deve haver igualdade entre os concorrentes.

Esta norma cria uma diferenciação entre uma empresa estatal e empresas privadas nacionais ou estrangeiras, mostrando que a finalidade é manter esta empresa com vantagens no mercado nacional, atacando a flexibilização do monopólio e mostrando a hesitação de abrir o mercado definitivamente.

Ela consta como uma brecha para a prevalência da PETROBRAS no mercado brasileiro, o que denuncia a opção política pela definição de um interesse nacional que busca evitar a eventual futura dependência de investidores externos sem compromisso estatal. Daí se vê que, juridicamente, não há abuso de direito na previsão.

Alem do texto legal é presente o favorecimento de tal empresa pois além de ter um dispositivo defendendo-a contra eventuais empates ela participa ativamente dos rounds licitatórios concorrendo sozinha ou em consórcios. Observa-se que ainda não se delimitou ao certo qual o papel da empresa no mercado a partir da emenda nº. 9. Ainda é perceptível que a empresa domina o mercado e cabe o poder público decidir se vai findar com o antigo monopólio ou somente estabelece-lo de fato.

6. Referências

- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*, Editora Atlas, 2003.
- JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, Editora Dialética, 2002.
- SOUZA, W. P. A. *Primeiras linhas de Direito Economico*, Editora LTr, 2003.
- MENEZELLO, M. D. C. *Comentários à Lei do Petroleo*, Editora Atlas, 2000.
- RABENHORST, E. R. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*, Editora Brasilia Jurídica, 2001.
- MELLO, C. A. B. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Editora Malheiros, 1993.
- GRAU, E. R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Editora Malheiros, 2003.
- CASTRO, L. M. C. *Contratos de Concessão uma Análise Jurídica na Indústria de Petróleo e Gás no Brasil*, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2004.
- DWORKIN R. *Uma questão de Princípio*, Editora Martins Fontes, 2000
- RAWLS J. *Justiça e democracia*, Martins Fontes, 2000
- SANTOS, J. M.; BARROS, F. M. P. *O procedimento licitatório das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural à luz da Lei nº 9.478/97*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6280> . Acesso em: 16 mai. 2005