

A GOVERNANÇA ENERGÉTICA NA ATIVIDADE PETROLÍFERA E A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE TERCEIRA GERAÇÃO: A PROIBIÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* EM VISTA DE UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL SOCIALMENTE JUSTO

THE ENERGY GOVERNANCE IN OIL ACTIVITY AND PERFORMANCE OF THE REGULATORY AGENCIES OF THIRD GENERATION: THE PROHIBITION OF *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* IN VIEW OF A SOCIALLY FAIR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Élcio Nacur Rezende

Mestre e Doutor em Direito Privado

Abraão Soares Dias dos Santos Gracco

Mestre e Doutor em Direito Constitucional

SUMÁRIO: 01 - INTRODUÇÃO; 02 – A ATIVIDADE PETROLÍFERA E O CARÁTER VINCULANTE DOS PLANOS DE CONTIGÊNCIA APRESENTADOS NO PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO; 03 – O FORTALECIMENTO DA SINDICABILIDADE PRODRÔMICA PELA ESPECIALIZAÇÃO TÉCNICA DA *INTELLIGIBLE PRINCIPLE DOCTRINE*; 04- A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO PELA PROIBIÇÃO DE *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E O NECESSÁRIO COMPROMISSO DE LEALDADE COM A JUSTIÇA SOCIAL; 05- CONSIDERAÇÕES FINAIS; 06- BIBLIOGRAFIA;

RESUMO

Uma vez que a sociedade humana é movida pelo consumo de energia, os produtos derivados da atividade petrolífera, por sua versatilidade, ainda formam majoritariamente a plataforma energética do mundo. Por seu turno, a atividade petrolífera sempre envolveu um considerável grau de risco econômico e ambiental. No entanto, diante de acidentes ambientais, especialmente no Brasil nos últimos tempos, questiona-se a qualidade da

sindicabilidade desse setor que, altamente especializado, reclama a aplicação da “doutrina do princípio claro” para fixar, por regulamento, parâmetros técnicos de exploração e produção de petróleo. Outrossim, a admissão sem maiores critérios técnicos e experiência demonstrada por novas empresas no setor, necessária aplicação de princípios parcelares da boa-fé objetiva antes, durante e depois do licenciamento, incluindo os “deveres anexos”, como forma de dar efetividade ao grau de confiança necessário ao desenvolvimento econômico do País com sustentabilidade ambiental e justiça social. Esse último pilar deve ser considerado na atual fase de exploração e produção brasileira de petróleo para determinar se o matiz de desenvolvimento humano caminhará para uma maior distribuição da riqueza como na Noruega ou sua concentração em benefícios de poucos como na Nigéria, sob a equação da efetivação de ganhos econômicos pela necessidade de perdas ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Energético – Petróleo – Agências Reguladoras – Licenciamento Ambiental – Deslegalização – Princípio da Confiança.

ABSTRACT

. Since human society is driven by energy consumption, products derived from oil activity, for its versatility, still form the majority of the world's energy platform. For its part, the oil activity always involved a considerable degree of economic and environmental risk. However, in the face of environmental accidents, especially frequently in Brazil, questioned the quality of control highly specialized industry that calls for the implementation of the "intelligible principle doctrine" to establish, by regulation, technical parameters of oil exploration and production. In addition, admission without major technical criteria and experience demonstrated by new companies in the industry, required application of the principles of good-faith partial objective before, during and after licensing, including the "Nebenpflicht" as a way to give confidence to the degree necessary effectiveness to the country's economic development with environmental sustainability and social justice. This last dimension should be considered in the current phase of Brazilian oil exploration and production to determine if the hue of human development to dictate a greater distribution of wealth as in Norway or its concentration in a few benefits such as in Nigeria, under the equation for the fulfillment of economic gains by the need for environmental losses.

KEY-WORDS : Energy Law – Oil – Agency – Environmental Licensing – Intelligible Principle – Trust Principle

01 – INTRODUÇÃO

Embora noticiada sua existência desde a Antiguidade clássica, a utilização do petróleo na plataforma energética dos países teve início nos primórdios do Século XX, em meio a estratégias geopolíticas da coroa britânica no Oriente Médio. No Brasil, embora se noticie o Decreto 2.266/1858, do Marquês de Olinda, como precursor do interesse nacional sobre o petróleo¹, fato é que somente no governo Vargas e sua plataforma nacional-autoritária criou-se o Conselho Nacional do Petróleo, nos idos de 1938, iniciando-se a prospecção no Recôncavo baiano na década de 1940. Com a campanha do “petróleo é nosso” tem-se o nascimento da Petrobrás (Petróleo Brasileiro S.A) em 1953, passando a atuar nos anos seguintes na extração de petróleo em águas profundas e ultraprofundas, com a descoberta de novos campos de exploração e produção².

Uma vez que já em 1950, o petróleo já respondia por, ao menos, um terço da demanda mundial de energia, aliados a seu baixo custo e sua adaptabilidade a diversos usos, tornou-se inequivocamente a “[...] escolha mais adequada para uma economia em expansão [...]”³. No entanto, Diante das fases da crise do petróleo a partir da segunda metade do Século XX que culminam, entre outras medidas, com a criação da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), tem-se a desestabilização da economia mundial pelo aumento abrupto do preço do barril do petróleo. Em contrapartida, no âmbito internacional é criada a Agência Internacional de Energia (AIE), sediada em Paris, com a finalidade de monitorar a segurança energética no planeta e a preservação ambiental. Por seu turno, o governo militar buscou diversificar a plataforma energética brasileira, em especial com a massificação do etanol (Programa Nacional do Álcool - Pró-álcool) e a construção de usinas nucleares com a transferência de tecnologia alemã (Angra I e II).

¹ FIORILO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo e do biocombustível*. São Paulo: Saraiva. 2009, 120pp.

² FONTENELLE, Mirian; AMENDOLA, Cyntia Marques. *Licenciamento ambiental do petróleo e gás natural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003, pág. 03.

³ HINRICHS, Roger A. *Energia e meio ambiente*. Tradução técnica Lineu Belico dos Reis, Flávio Maron Vichi, Leonardo Freire de Melo. 4ª edição. São Paulo: Cengage Learning. 2010, 20pp.

Apesar da diversificação das fontes de energia nos últimos anos, embalada pela crescente conscientização sobre os efeitos nefastos da utilização de combustíveis fósseis para as mudanças climáticas, o petróleo ainda é o recurso energético mais utilizado no planeta e sua taxa de consumo tem crescido exponencialmente⁴. Segundo a Agência Internacional de Energia, no ano de 2006, a indústria do petróleo e gás representava agregadamente o percentual de 55% da oferta mundial de energia primária e 59% das demandas energéticas mundiais⁵. No caso específico, o Brasil atualmente é considerado o 9º maior país produtor e o 6º maior consumidor de petróleo, com reservas projetadas como uma das 10 maiores do planeta, a considerar o aumento de sua capacidade produtiva de refino (*downstream*) e as recentes descobertas do pré-sal (*upstream*).

Com efeito, o presente trabalho não busca delinear questionamentos sobre o futuro do petróleo, diante dos novos desafios da preservação ambiental, mas apontar como que a crescente descoberta de novas reservas desse hidrocarboneto não tem sido acompanhada da necessária governança para com o setor, desconsiderando-se os princípios da precaução e da prevenção. Outrossim, busca demonstrar como que o licenciamento específico da Resolução nº 23/1994, reforçado pela recente Lei Complementar nº 140/2011, cria expectativas de economicamente viáveis e ambientalmente sustentáveis, de modo a vedar qualquer comportamento contraditório do empreendedor e do órgão regulador, diante de danos efetivos ou potenciais, incrementados quando se busca explorar e produzir petróleo em camadas mais profundas na Zona Econômica Exclusiva em uma geologia marítima altamente desfavorável.

02 – A ATIVIDADE PETROLÍFERA E O CARÁTER VINCULANTE DOS PLANOS DE CONTIGÊNCIA APRESENTADOS NO PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO

O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, ao reunir mais de 420 cientistas, divulgou em meados de fevereiro de 2012 os “21 temas críticos para o século 21”, com temas ambientais emergentes de impacto global que ainda não entraram no

⁴ MILLER, G. Tyler. *Ciência ambiental*. Tradução: All Task. 11ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2011, 333 pp.

⁵ CALIXTO, Eduardo. Contribuições para plano de contingência para derramamento de petróleo e derivados no Brasil. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, 2011. 13 pp. (Tese, Doutorado em Planejamento Energético).

radar dos formuladores de políticas públicas⁶. Entre eles está, exatamente em primeiro lugar no ranking, o problema da governança aos desafios da sustentabilidade global. O debate em torno desse aspecto não é sobre a falta de normas que são “[...] *more than 900 intergovernmental agreements with provisions on environmental protection are in force* [...]”, mas reconhecer que o desafio atual “[...] *would make their mora effective.*”⁷ **Será que não devemos traduzir???**

Nesse aspecto, necessário abordar o nível da governança interna do País diante de seus crescentes desafios, principalmente após a quebra do monopólio da Petrobrás, por meio da Emenda Constitucional 09/95 que, ao alterar o art. 177, da Constituição da República, possibilitou à iniciativa privada nacional e internacional a execução da pesquisa, exploração, refino, transporte e exportação do petróleo, inclusive com repercussão de caráter tributário, *in verbis*:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do **caput** do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

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

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b);

⁶ UNEP, 2012. *21 Issues for the 21st. Century: Result of UNEP Foreigh Process on Emerging Environmental Issues*. Alcamo, J.; Leonard, S.A (Eds.) United Nations Environment Programme (UNEP), Nairobi, Kenia, 56pp.

⁷ UNEP, 2012...*op. cit.* 06pp.

II - os recursos arrecadados serão destinados:

- a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;
- b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

Desse modo, inserida no programa de desestatização brasileira na década de 1990, a quebra do monopólio do petróleo foi seguida da criação do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, vinculado à Presidência da República e da Agência Nacional do Petróleo, autarquia de regime especial, como órgão regulador da indústria petrolífera.

Isso fez com que diversas empresas, inclusive multinacionais de setores de outros ramos de atividade viessem a atuar no País em grandes reservas como na Bacia de Santos e na Bacia de Campos. Pior, algumas dessas empresas não possuem experiência comprovada no setor. Assim, antes de abordar os critérios reativos das medidas de contingência, necessário se faz abordar os critérios preventivos de gestão ambiental.

Em conformidade com a Lei 9.478/97, a cadeia produtiva da indústria do petróleo e gás natural possui quatro preponderantes fases⁸: da “exploração” como um conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas com o objetivo de descobrir e identificar as jazidas. A fase do “desenvolvimento” com operações e investimentos destinados a viabilizarem as atividades de produção de um campo de petróleo ou gás natural. A da “produção” refere-se à coordenação de esforços para a extração e preparo da movimentação do produto extraído. Por fim, a fase do “abandono” do poço, temporário ou permanente, é concebida por meio de uma série de operações destinadas a restaurar o isolamento entre os diferentes intervalos permeáveis.

Por seu turno, o procedimento de licenciamento no setor petrolífero iniciou infringindo a Constituição. Deveras, pois o art. 225, § 1º, inciso IV, da Constituição da República, exige estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental. No entanto, a Portaria IBAMA nº 101/93 definiu que a atividade petrolífera não gerava impactos significativos e

⁸ CALIXTO, Eduardo. Contribuições para plano de contingência para derramamento de petróleo e derivados no Brasil. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, 2011. 41 pp. (Tese, Doutorado em Planejamento Energético).

sequer exigia ou seu licenciamento ambiental⁹, passando, posteriormente, a exigir apenas os dados sísmicos.

Por autorização do art. 8º, da Lei 6.938/81¹⁰, editou-se a Resolução 23/94, do CONAMA, criando licenças ambientais diferenciadas para a atividade petrolífera, qual seja, a Licença Prévia para Perfuração (LPper), a Licença Prévia de Produção para Pesquisa (LPpro), a Licença de Instalação (LI) e a Licença de Operação (LO).

Como instrumentos de análise técnica, em cumprimento ao princípio da prevenção¹¹, a Resolução 23/94, em seu art. 6º, prevê o detalhado Estudo de Impacto Ambiental - EIA e o seu relatório (RIMA), de acordo com as diretrizes gerais fixadas pela Resolução Conama nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Por seu turno, o Relatório de Controle Ambiental – RCA deve ser “[...] elaborado pelo empreendedor, contendo a descrição da atividade de perfuração, riscos ambientais, identificação dos impactos e medidas mitigadoras[...]”. Já o Estudo de Viabilidade Ambiental - EVA, também “[...] elaborado pelo empreendedor, contendo plano de desenvolvimento da produção para a pesquisa pretendida, com avaliação ambiental e indicação das medidas de controle a serem adotadas [...]”. No Relatório de Avaliação Ambiental - RAA, o empreendedor deve diagnosticar a área ambiental “[...] onde já se encontra implantada a atividade, descrição dos novos empreendimentos ou ampliações, identificação e avaliação do impacto ambiental e medidas mitigadoras a serem adotadas, considerando a introdução de outros empreendimentos[...]”. Por fim, o Projeto de Controle Ambiental - PCA, o empreendedor deverá demonstrar os “[...] projetos executivos de minimização dos impactos ambientais avaliados nas fases da LPper, LPpro e LI, com seus respectivos documentos[...]”.

⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Proteção ambiental nas atividades de exploração e produção de petróleo: Aspectos jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 91pp.

¹⁰ Como um típico exemplo de “deslegalização”, que será abordado mais à frente, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que possui caráter de Lei Complementar, por força do art. 23, parágrafo único, da Constituição da República, delega ao Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, a atribuição de estabelecer, mediante proposta do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – IBAMA, um dos órgãos executores do SISNAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

¹¹ Como integrante da prudência, o princípio da prevenção atua na mitigação de riscos que já se possui estudos conclusivos. (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, 119pp).

A exigência desses estudos ambientais foi reforçada pelos órgãos de licenciamento à vista do art. 67, da Lei 9.605/98, ao tipificar criminalmente a concessão inadequada de licenças, autorizações ou permissões, *in verbis*:

Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Sem prejuízo da vedação de alegar direito adquirido aos pressupostos do licenciamento deferido que, norteados pela cláusula *rebus sic standibus*, determina a vinculação do empreendimento a permanente atualização dos padrões de preservação ambiental (art. 19, da Resolução Conama nº 237/97). Por isso, uma parte da minoritária da doutrina entende que o termo licença estaria sendo empregado sem o rigor técnico-jurídico, devendo, no caso, ser entendido como autorização¹². Assim, defende ser um ato administrativo discricionário (conveniência e oportunidade), de caráter precário (revogável a qualquer tempo). No entanto, a doutrina majoritária entende que a licença ambiental se trata de verdadeira licença, uma vez que a capacidade decisória da Administração resume-se ao reconhecimento formal de que os requisitos ambientais para o exercício do direito de propriedade (empreendimento ou atividade) estão preenchidos. É preciso, na lição de Milaré, diferenciar a licença ambiental da licença tradicional, de modo a considerá-las apenas parentes e não irmãs gêmeas. Dessa forma, a licença ambiental¹³ difere-se da licença tradicional, pois se trata de um ato administrativo vinculado, que não gera direito adquirido mas, possui uma estabilidade temporal, que não se confunde com a precariedade das autorizações e nem com a definitividade das licenças tradicionais. Garante-se, no lapso temporal da licença, a inalterabilidade das regras impostas no momento da outorga, salvo se o interesse público da melhor proteção ambiental superveniente recomendar o contrário.

Por conseguinte, com o fim do petróleo fácil, o desafio tecnológico aponta algumas fragilidades legislativas, catalogadas por Bessa Antunes¹⁴, como a necessidade de distinguir estudos sísmicos em zonas de transição e em águas profundas, obtendo assim uma “[...]imagem no interior do local, mediante o qual se poderá ter um nível mais elevado de precisão para eventuais poços exploratórios [...]”. Ainda, a definição da relação entre a

¹² CRETELA JR., José. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, 239pp.

¹³ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7ª edição. São Paulo: RT, 2011, 512pp.

¹⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Proteção ambiental...Op. cit.* 121pp.

atividade sísmica e a atividade pesqueira, principalmente realizada por pequenas embarcações e a passagem de embarcações sísmicas para análise de exploração e produção de petróleo como fator de redução do pescado. A conclusão que se poderia chegar é aquela que, “[...] não obstante a indiscutível importância da atividade, fato é que não há, até o momento, normas claras sobre seu licenciamento[...]”¹⁵. Mas isso essa inadequada interpretação nas normas de licenciamento não pode ser argumento legítimo para restringir as responsabilidades de empreendedor e do órgão licenciador e regulador, seja pela atribuição do *intelligible principle* à última, seja pela aplicação do *venire contra factum* aplicável ao primeiro, uma vez que vem a privilegiar o princípio da confiança, inclusive mediante cláusulas gerais de caráter constitucional, protegendo-se valores indisponíveis à vida em toda a sua extensão e não mais relações verticais ou horizontais.

Ainda na seara positivada, tem-se a recente Lei Complementar nº 140/2011, que busca regular a execução de tarefas plurifederativas do art. 23, Parágrafo Único, da Constituição da República que, já no seu art. 2º, inciso I, conceitua o licenciamento ambiental como um “[...] procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental [...]. Importa salientar que o dispositivo ensejador do federalismo cooperativo atribuiu competência administrativa comum aos entes federados em matéria de proteção ao meio ambiente ao operar juridicamente a divisão de competência para fins de licenciamento ambiental, entre o IBAMA e os outros órgãos ou entidades estaduais e municipais encarregados do exercício da política administrativa ambiental na respectiva esfera territorial de atuação.

Levada a efeito, essa divisão administrativa de competências para fins de licenciamento ambiental possui basicamente três são os critérios para a divisão da competência material em licenciamento ambiental¹⁶: critério da dimensão do dano (que decorre do princípio da preponderância do interesse) e critério da dominialidade do bem afetável. A Lei Complementar nº 140/11, em seu art. 15, estabelece não mais exclusivamente à União, como antes estabelecia o art.10, § 4º, da lei 6.839/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), nesse aspecto possui caráter de lei complementar. Atualmente existe uma cadeia

¹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Proteção ambiental...Op. cit.* 119pp.

¹⁶ MILARÉ, Édis. *Op. Cit.*, 527pp.

de crescente de atribuição do critério da supletividade. O fundamento para o critério da dimensão do dano pode ser encontrado no artigo 7º, da Lei Complementar nº 140/11, sendo que o então artigo 10, § 4.º, da Lei 6938/81, foi expressamente revogado pelo artigo 20, da novel legislação. É de ressaltar que no tocante ao licenciamento para as atividades nucleares e de petróleo e gás adotou-se o critério da dominialidade¹⁷ do bem afetável como já preconizado no artigo 19 da Lei 4771/65 (Código Florestal) e no artigo 4.º da Resolução CONAMA 237/1997. Por este critério, deverá ser levado em conta não a extensão do dano, e sim a propriedade pública do bem afetável pelo empreendimento.

Por seu turno, a complexidade que envolve a atividade petrolífera deve internalizar o fato de que suas externalidades, seja por operações cotidianas, seja pelos efetivos acidentes, devem ser consideradas como fonte de periclitación da qualidade do meio ambiente e da vida. Desse modo, tem-se construído um marco regulatório dos planos de contingência contra derramamento de petróleo e derivados em âmbito internacional, a saber:

01) A convenção Internacional para a Salvaguarda da Vida Humana no Mar (SOLAS), em vigor desde 1914, visa estabelecer padrões de comportamento que minimizem a ocorrência de incidentes de poluição, ao estipular inspeções periódicas como forma de aperfeiçoar as condições de construção e operações de navios.

02) A Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição por Óleo (CLC 1969), em vigor desde 1975, objetiva assegurar a indenização adequada a pessoas naturais e jurídicas por lesão causada por incidentes marítimos envolvendo navios de transporte de óleo.

03) A Convenção Internacional sobre Prevenção da Poluição Marinha por despejo de resíduos e matérias afins (LC 72), em vigor desde 1975, busca estabelecer o controle efetivo de todas as fontes de contaminação da vida marinha e resulta de pressões do movimento ambientalista após o acidente com o navio – tanque liberiano Arrow, que em 1970, no trajeto entre a Venezuela e a Nova Escócia atingiu o Cerberus Rock carregado com 16 mil toneladas de óleo combustível.

¹⁷ Art. 7º São ações administrativas da União: [...]

XIV - promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades: [...]

b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva; [...] g) destinados a pesquisar, lavar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen);

04) A Convenção Internacional para o Estabelecimento de um Fundo Internacional para a Compensação de Danos Provenientes de Poluição por Óleo (FUND 71), em vigor desde 1978, tem caráter complementar em relação à CLC 1969, inclusive quando o responsável não possuir higidez financeira de arcar com a referida indenização.

05) A Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo (OPRC 90), em vigor desde 1995, com o objetivo de aperfeiçoar a capacidade nacional, regional e global de preparo e resposta à poluição por óleo. Considera-se as necessidades específicas dos países em desenvolvimento para estabelecer arranjos mais efetivos no estabelecimento de planos de emergência de poluição por óleo, além de plano de contingência nacionais e regionais. Ainda estava na memória o ontológico acidente de 1989 com o navio-tanque Exxon Valdez que, no trajeto entre o Alaska e a Califórnia, encalhou no Estreito de Prince William, despejando no mar desde as primeiras horas 260 mil barris de óleo do potencial de mais de 1 milhão de barris.

06) A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS ou Convenção de Montego Bay de 1982), em vigor desde 1994, tornou-se a referência em matéria de Direito do Mar, uma vez que foi pioneira em estabelecer de forma vinculativa um marco jurídico amplo para a proteção de preservação do ambiente marinho. Esse instrumento imputando obrigações, responsabilidades e atribuições aos Estados-partes no tocante à preservação ambiental, especialmente do mar territorial, da zona costeira, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental.

07) O Protocolo sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Casos de Poluição por Substâncias Nocivas e Perigosas (HNS 2000), em vigor desde 1996, exige por parte dos navios, a existência de planos de bordo para combate a emergências específicas de incidentes de poluição que envolva substâncias perigosas ou de caráter nocivo à vida humana e marinha em maiores proporções.

08) A Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Poluição de Óleo utilizado na Movimentação de Navios (BUNKER 2001), em vigor desde 2005, objetiva indenizar por danos oriundos de derramamentos de óleo transportado como combustível em tanques de navios utilizado na sua propulsão.

Nota-se que o movimento de contingência para derramamentos de petróleo não se limitou ao tráfego de navios petroleiros, mas também a derramamentos nos próprios países produtores de petróleo, na atividade de exploração e produção. Um fato é imponderável: a prevenção inicia-se na concepção do projeto e permanece até mesmo após a desativação das

atividades. Caso emblemático para a governança energética brasileira foi o erro de projeto da plataforma da Petrobrás P-36, em 2001. Segundo a comissão que investigou o acidente,

a P-36 foi originalmente projetada para perfuração, com uma pequena planta e processamento de óleo. A mudança do projeto, com o equipamento já no meio da obra, tornou necessária algumas adaptações. A instalação de um tanque de resíduos químicos numa das colunas de sustentação foi, segundo um técnico que trabalhou no projeto, uma solução encontrada para ganhar espaço na P-36. Na maioria das plataformas de produção, o tanque, que acumula gás descartado no sistema, fica no convés da base [...]. A referida plataforma sofreu uma série de adaptações, para extrair petróleo a uma profundidade superior à inicial. Pelo projeto original, a plataforma iria operar numa lâmina d'água de 500 metros. Com a modificação, tornou-se capaz de retirar petróleo a uma profundidade de 1.360 metros.¹⁸

A improvisação aliada à falta de sindicabilidade na fase preventiva do licenciamento é reforçada pela frágil institucionalização da repressão aos vazamentos de petróleo por parte do Plano de Emergência Individual, do Plano de Auxílio Mútuo, do Plano Regional e Nacional de Contingência. Uma vez que são concebidos com fundamento nos cenários críticos de acidentes, não há uma atualização permanente da análise de riscos e vulnerabilidades, principalmente sobre os processos de reação do petróleo na água como o espalhamento, a evaporação, a dispersão, a emulsificação, a dissolução, a oxidação, a sedimentação e a biodegradação.

03 – O FORTALECIMENTO DA SINDICABILIDADE PRODRÔMICA PELA ESPECIALIZAÇÃO TÉCNICA ADOTADA PELA *INTELLIGIBLE PRINCIPLE DOCTRINE*

A concepção de Estado adotada pela Constituição de República de 1988 adota um modelo gerencial em tensão permanente entre a autonomia pública e a autonomia privada. Entre outras conseqüências tem-se o processo de desestatização, em que o Estado brasileiro manteve a titularidade dos serviços, mas repassa a execução destes para a iniciativa privada.

Como forma de manter um controle adequado a este modelo de tensão, inspirado no modelo americano, tem-se a criação das agências reguladoras que, na condição de autarquias de regime especial ou autonomia reforçada, possuem dirigentes nomeados mediante ato administrativo complexo e possuem mandato fixo.

¹⁸ CALIXTO, Eduardo. Contribuições para plano de contingência para derramamento de petróleo e derivados no Brasil. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, 2011. 25-26 pp. (Tese, Doutorado em Planejamento Energético).

Interessante estudo de Dinorá Grotti¹⁹ analisa a seqüência de criação conjuntural dessas instituições setoriais de regulação. Desse modo, classifica como de “primeira geração”, aquelas criadas entre 1994 e 1998 durante a primeira onda de privatizações e voltadas especificamente para a prestação de serviços. Por sua vez, as agências reguladoras de “segunda geração”, criadas entre 1998 e 2004, ampliam suas áreas de atuação, ao deixar de ser apenas de prestação de serviços e passa a atuar na atividade de fiscalização dos serviços entregues à execução privada. Por fim, as agências reguladoras de “terceira geração” surgem após 2004 com caráter pluripotenciário, uma vez que desenvolvem, ao mesmo tempo, as funções de prestação de serviços, fiscalização e fomento.

Ao analisar o marco jurídico do petróleo e do gás natural, a Lei 9.478/97, principalmente com o advento da lei 10.202/2001 e da Lei 12.490/2011, a Agência Nacional do Petróleo – ANP migrou da “primeira geração”, de exercente de atividade econômica no sentido estrito, para a “segunda geração”, conforme se depreende do art 10, do referido diploma legal:

Art. 10. Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.

Parágrafo Único. Independentemente da comunicação prevista no caput deste artigo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade notificará a ANP do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício de atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a publicação do respectivo acórdão, para que esta adote as providências legais de sua alçada.

Mesmo com a atividade econômica *stritu sensu*, a ANP possui preponderantemente a função fiscalizadora, conforme disposto no art. 8º, *caput*, da Lei 9.478/97, possuindo entre outras atribuições de sindicabilidade própria do setor, o controle de práticas lesivas ao consumidor (art. 8º, incisos I e VII) e situações de contingência, logística interna e internacional do petróleo e do gás natural (art. 8º- A). Uma primeira característica dos atos da ANP, além de se revestirem das prerrogativas próprias do regime o direito

¹⁹ GROTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador. Ano VI. Maio/jun./jul. 2006, 06pp. Disponível em <[HTTP://direitodoestado.com.br](http://direitodoestado.com.br)>, acesso em 10 de janeiro de 2012.

administrativo, são os efeitos iniciais de suas decisões (efeito prodrômico) na função de controle sobre as atividades do setor petrolífero.

Diante da atrofiada atuação da ANP no setor, nota-se uma necessidade de sua migração para “terceira geração”. Com isso, além de deixar de ser “porta-voz” da Petrobrás, principalmente na gestão de recorrentes acidentes e derramamentos de óleo, poder-se-ia aplicar sanções premiais de incentivo às melhores práticas dos planos de contingência como já ocorre em diversos países produtores de petróleo.

Por outro lado, a crescente especialização técnica da matéria tem fortalecido a aplicação da “doutrina do princípio claro” ou (*Intelligible Principle Doctrine*) ou fenômeno da deslegalização²⁰ com padrões de conteúdo. Com efeito, por meio da Lei 9.478/97, o Congresso Nacional atribuiu poderes normativos de ordem técnica à ANP, conforme se depreende do art. 8º, incisos III, VI, XV, XVI, XIX, XXIII, e XXVII, entre outros, podendo assim regular tecnicamente os serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, estabelecer critérios para o cálculo de tarifas de transporte dutoviário e arbitrar seus valores dentro dos parâmetros estabelecidos em lei.

Nota-se que são situações que essencialmente repercutiriam no princípio da representação e de separação de poderes, mas diante da necessidade de rápidas respostas determinados fenômenos próprios de uma sociedade complexa e num setor estratégico e

²⁰ “Nos EUA, onde também havia forte setor doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as lei com tal (baixa) densidade normativa seriam inconstitucionais por constituírem delegações de poderes legislativos, a Suprema Corte, apesar de ainda haver reações de alguns autores e de algumas Cortes estaduais, acabou se firmando como expõe John H. Reese, no sentido de ‘ser proibida apenas a transferência ilimitada de poderes. Normalmente a transferência limitada advém da linguagem utilizada na lei autorizando a Administração a editar normas apropriadas para cumprir as finalidades assinaladas na lei. A transferência de poderes normativos também pode estar implícita na linguagem legislativa, ainda que não haja atribuição normativa expressa’. William F. Funk explica: ‘o Congresso legisla e a Administração executa as leis, estas leis devem conter um princípio claro (intelligible principle) para guiar a Administração, já que, do contrário, a Administração estaria legislando por conta própria. Recentemente a Suprema Corte teve a oportunidade de reafirmar sua posição no caso *Whitman v. American Association Inc.*, em que, apesar da posição adotada pelo tribunal recorrido pela inconstitucionalidade da lei atributiva de largos poderes normativos, considerou constitucional disposição legal que atribuiu poder normativo para ‘estabelecer padrões de qualidade do ar, cuja observância seja necessária para proteger a saúde pública’. A Corte Federal recorrida havia decidido que a lei não continha um ‘intelligible principle’ porque dela não se poderiam deduzir as quantidades de poluentes que seriam aceitáveis. A Suprema Corte, contudo, entendeu, com base em diversos precedentes análogos, que do termo ‘saúde pública’ decorria um princípio suficientemente claro (‘public health provided a sufficiently intelligible principle’). BARROSO, Luiz Roberto. *Regime jurídico da Petrobrás, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto n.º 2.745/98*. In: *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 310 pp. (Ênfase adicionada).

sensível, a ANP recebe atribuições normativas em precedentes inaugurados pelo art. 19, da Lei 9.472/97, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (ADI 1668 – DF). É de asseverar que Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4568 em 03.11.2011, decidiu pela constitucionalidade desse fenômeno assim ementado:

[...] Fenômeno da deslegalização [...]. Contexto de ‘crise da lei formal’. Diálogo institucional entre os poderes legislativo e executivo. Função legislativa desempenhada através da fixação de diretrizes para as políticas públicas setoriais. Espaço normativo virtuoso do Poder Executivo no desenvolvimento e na concretização do conteúdo da lei. Conhecimento técnico e dinamismo na resposta aos novos desafios revelados pela sociedade contemporânea. Habilitação normativa do Poder Executivo. Risco de delegação em branco. Princípio Democrático. Dever de fixação, em lei, de parâmetros de conteúdo que limitem a atuação do Poder Executivo (“Intelligible principle doctrine”).

Desse modo, verifica-se de um lado, um marco jurídico fortalecido e dinâmico no âmbito legislativo e jurisprudencial. Por outro lado, observa-se uma hipertrofia das ações da ANP em efetivar o permanente controle dos planos de contingência para prevenir e reprimir derramamento de petróleo e derivados nas atividades cotidianas e acidentes do setor.

04- A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO PELA PROIBIÇÃO DE *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E O NECESSÁRIO COMPROMISSO DE LEALDADE INSTITUCIONAL COM A JUSTIÇA SOCIAL

As premissas levantadas apontam para um quadro normativo capaz de criar uma confiabilidade ambiental do empreendimento proposto pelo empreendedor e licenciado pelo poder público²¹, conforme estabelece o art. 225, § 1º, inciso IV, da Constituição da República. Essa confiança é circular e complexa por envolver os afetados, posto ser o meio ambiente um direito difuso, com titulares indeterminados por definição, ligados por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078/90).

Uma vez que a primeira conduta do empreendedor e do órgão público licenciador criou uma confiança nos afetados quanto à definição do esperado de vazamento de óleo, se, por acaso, o empreendedor realizar uma segunda conduta contrária ou em dimensões superiores ao grau que se esperava da primeira conduta já estabilizada, viola-se a confiança esperada desta relação de natureza pública indisponível. Nesse aspecto, basta apenas o

²¹ No caso do petróleo e gás natural, adota-se, como visto anteriormente, o critério da dominialidade.

potencial dano para sua configuração. Nesse sentido tem-se a aplicação do subprincípio da boa-fé objetiva, o *venire contra factum proprium non potestas*, conforme reconhece a doutrina atribuída a Anderson Schreiber, o instituto jurídico possui os seguintes requisitos de aplicabilidade:

(a) uma conduta inicial (o *factum proprium*), (b) a legítima confiança da outra parte na conservação do sentido objetivo dessa primeira conduta; (c) um comportamento contraditório e violador da confiança e (d) um dano ou um potencial dano daí resultante.²²

Ainda assim poder-se-ia discutir a aplicação da *teoria da quebra dos deveres anexos* (*Nebenpflicht*, de Larenz e Staub) configurado como os deveres de respeito, colaboração e cooperação, antes, durante e depois²³ do procedimento de licenciamento ambiental, como um reforço do princípio democrático do direito ambiental e seus princípios parcelares como o direito à informação transparente, o direito à participação comunitária e à educação ambiental, a partir da ideia de sociabilidade como criadora de controle social.

É de ser destacar que não existe óbice a aplicação do princípio da boa-fé objetiva e seus subprincípios no direito público, visto não ser exclusivo das relações transicionais privadas, mas do ordenamento como um todo, tendo em vista a equiprimordialidade²⁴ entre a autonomia pública e privada, no âmbito o Estado Democrático de Direito. Não é diferente o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em recente decisão do plenário, nos autos da ACO 79/MT, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, em 15.03.2012, Informativo 658, assim decidiu:

[...] Assim como no direito estrangeiro, o ordenamento brasileiro reverenciaria os princípios ou subprincípios conexos da segurança jurídica e da proteção da confiança, sob compreensão de que nem sempre assentariam, exclusivamente, na legalidade. Isto significaria no tempo – sobretudo se oriundas de atos administrativos, que guardariam presunção e aparência de legitimidade –, deveriam ser estimadas com cautela quanto à regularidade jurídica, até porque, enquanto a segurança seria fundamento quase axiomático, perceptível do ângulo geral e abstrato, a confiança, que diz com a subjetividade, apenas seria passível de avaliação perante a concretude das circunstâncias. Certificou que a fonte do princípio da proteção da confiança estaria na boa-fé do particular, como norma de conduta e, em consequência, na *ratio* da coibição

²² FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da supressio*. RDPRIV – Revista de Direito Privado. Ano XI. N.44. 2010. Pág. 33.

²³ Dispõe o Enunciado 24, do Conselho da Justiça Federal que “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 289pp.

do *venire contra factum proprium*, o que acarretaria a vinculação jurídica da Administração Pública às suas próprias práticas e ações. **O Estado de Direito seria sobremodo Estado de confiança**. Explicou que **a boa-fé e a confiança dariam novo alcance e significado ao princípio tradicional da segurança jurídica** – em contexto que, faz muito, abrangeria, em especial as posturas e os atos administrativo, como advertiri a doutrina – [...]. (Ênfase adicionada)

Assim, diante de feixe de contenção normativa que determina atos, respectivamente, de preservar, restaurar e recuperar, não pode o empreendedor do setor do petróleo e gás natural alegar de forma legítima a “teoria do fato consumado” para transformar as etapas anteriores em obrigação de indenizar, por ser incompatível com o caráter ambientalmente sensível desse setor estratégico e o efetivo controle prodromico.

Outro fundamento para a inaplicabilidade da “teoria do fato consumado”, concebida como a consolidação no tempo de situações precárias (STJ, Recurso Especial 1.200.904), tem relação com o que se denomina de patriotismo constitucional²⁵, em relação à

²⁵ “Patriotismo constitucional é um conceito originalmente cunhado pelo jurista e politólogo alemão Dolf Sternberger, por oportunidade do 30º aniversário da Lei Fundamental de Bonn, em artigo publicado em 1979, Sternberger procurou sintetizar, com esse conceito, o que representava a construção de uma nova identidade coletiva alemã [...]. Foi no contexto da polêmica conhecida como a ‘disputa dos historiadores’, poucos anos antes da queda do muro de Berlim, que Habermas passa a empregar, pela primeira vez, a expressão *patriotismo constitucional*. O que, para o autor, em face dessa disputa, esta em questão era dar uma resposta consistente ao grave problema de identidade política acerca de como os alemães, após a experiência totalitária do nazismo, do holocausto e dos campos de concentração, poderiam reconciliar-se com sua própria história [...] **esse tipo de patriotismo não está orientado por uma normatividade tradicional a se impor por meio de uma facticidade social irrefletida. Ao contrário, a defesa habermasiana do *patriotismo constitucional* diz respeito à própria construção, ao longo do tempo, de uma identidade coletiva advinda de um processo democrático autônomo e deliberativamente construído internamente por princípios universalistas, cujas pretensões de validade vão além, pois, de contextos culturais específicos. Em outras palavras, trata-se de uma adesão racionalmente justificável, e não somente emotiva, por parte dos cidadãos, às instituições político-constitucionais – uma lealdade política ativa e consciente à Constituição democrática. Isso significa dizer que, em última análise, a defesa do *patriotismo constitucional* identifica-se não com uma tradição cultural herdada, mas refletida à luz dos direitos fundamentais e da democracia, princípios típicos do constitucionalismo moderno. Nesse sentido deve-se entender que a questão acerca da legitimidade democrática das instituições políticas modernas só pode ser compreendida como a própria construção e projeção a um futuro aberto dessa legitimidade [...]. É preciso, assim, abandonar esse *complexo de inferioridade* tão convenientemente tratado como um dado naturalizado e inquestionável, por uma parte da doutrina constitucional brasileira, e que, na minha opinião, se revela, por um lado, como falta de compreensão hermenêutica de mundo e, por outro, em verdadeira desconfiança autoritária em relação à democracia, de que nos falava Menelick de Carvalho Netto e Bernardo Sorj, inclusive para que, enfim, não continuemos achando que celebrar uma *missa fúnebre* para uma Constituição democrática irá de alguma maneira contribuir para o aprofundamento ou o resgate de um projeto constitucional aberto, constituinte permanente, de um Estado Democrático de Direito entre nós. Eis, portanto, como se propõe tratar reconstrutivamente da legitimidade da Constituição da República brasileira, a partir de uma reflexão sobre o projeto constituinte moderno, aberto e plural, de uma sociedade de cidadãos solidários, livres e iguais, que se realiza ao longo do tempo histórico, enquanto aprendizado social, sujeito a tropeços, mas capaz de se corrigir a si mesmo. O que, em outras palavras, justamente significa que o *projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito* envolve processos jurídico-políticos de construção histórica de uma identidade constitucional inclusiva e aberta, presente a tensão entre *facticidade* e *validade* (Habermas), a partir de interpretações paradigmáticas de um *mesmo* sistema de direitos. E esse sistema de direitos, garantidores das autonomias pública e privada, interpretado no debate público, aberto a**

utilização do procedimento de exploração e produção do petróleo e gás natural orientado pelo princípio democrático do direito ambiental, da solidariedade intergeracional e do desenvolvimento economicamente viável, ambientalmente sustentável e socialmente justo.

Nesse ponto, se faz necessária uma reflexão sobre o que somos e o que queremos ser, enquanto comunidade política organizada num Estado de Direito democrático. Em específico, essa reflexão sobre as diversas dimensões imanentes a exploração e produção do petróleo tem ensejado uma aproximação entre a Venezuela, Noruega e China para debates em torno de formas de utilização, dentro de um antropocentrismo mitigado, dos recursos oriundos desse setor energético pujante para o desenvolvimento humano

[...] El bienestar se basa em la idea de distribuir escasos recursos. Es decir, uno no tiene mucho dinero para compartirlo. Es bien importante saber que la construcción de la sociedad de bienestar noruega se inició mucho antes de que se descubriera el petróleo em el Mar del Norte. En unas generaciones, Noruega, que era um país agrícola y relativamente pobre, se convirtió em una nación moderna y próspera com um nivel de tecnología impresionante. Parcialmente gracias al petróleo, pero al final no es el petróleo que crea una sociedad del bienestar sino los hombres. Desde hace 7 años Noruega ocupa el primer puesto de la lista del desarrollo humano del PNUD. ¿Como pasó eso? La sociedad del bienestar noruega se construyó em el siglo XX com el objetivo de encontrar un camino entre el capitalismo y el socialismo. La idea era crear una sociedad em la cual nadie estuviera excluido. La responsabilidad del Estado era de carácter moral, humano. El cuidado de todos, y ante todo de los más desfavorecidos, anteriormente practicado por organizaciones de voluntarios y por la caridad burguesa, se realizaría a partir de ahora, a través de las garantías universales del Estado. No se trataba de caridad, pero de avanzar em la igualdad y reducir las diferencias. El Estado de bienestar noruego se caracteriza por su extensión y su universalismo. El estado tiene la responsabilidad de asegurar que todos los noruegos tengan acceso a la educación y a los servicios de salud, y que este exceso no dependa de la cantidad de dinero que uno tiene. [...] Un dilema típico es si las tareas de bienestar deben ser cumplidas por actores públicos o privados, o qué tipo de tareas deberían ser responsabilidad del Estado; y cómo prevenir que la generosidad no se convierta em clientelismo. Sin embargo se necesita um consenso político sobre los principios. Em Noruega este consenso llegó a ser aún más importante cuando descubrimos el petróleo y Noruega se convirtió em uno de los países más ricos del mundo.²⁶

Nota-se que, guardadas as proporções do processo de formação política e econômica do Brasil e o país em apreço, que por si só, não justifica as históricas mazelas sociais, a opção pelo desenvolvimento sustentável e socialmente justo é um imperativo

concepções ético-políticas e culturais, diversas e não-fundamentalistas, envolve, assim, a defesa de um *patriotismo constitucional*, sobre o pano de fundo de uma cultura política pluralista.” (CATTONI, Marcelo. *Poder constituinte e patriotismo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 65/69 e 89/90, ênfase adicionada).

²⁶ SLATTUM, Elisabeth. *Desarrollo con rostro humano*. In: *Petróleo y desarrollo sostenible: Los casos de Venezuela y Noruega*. Caracas: Epsilon Libros. 2008, 23-25pp.

categorico para a criação e a manutenção de um círculo virtuoso na comunidade política. Em tempos de descobertas de novas reservas de petróleo, necessário o esforço para que o resultado econômico de sua exploração e produção seja revertido para melhoria dos índices de desenvolvimento humano, não apenas pelo Produto Interno Bruto, mas pela qualidade de vida dos membros da comunidade política em toda sua extensão.

05- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os delineamentos expostos na presente reflexão deságuam no contraponto segundo o qual se constata que, se a governança da atividade petrolífera, ao longo do Século XX, foi complacente com a equação dos ganhos econômicos mediante perdas ambientais, a governança do Século XXI, ainda em formulação, deve exigir que a manutenção dos ganhos econômicos seja acompanhada de ganhos ambientais. Por isso, encaminha-se para uma mudança estrutural na economia e no conceito de desenvolvimento humano.

É sobre essa perspectiva que se verifica o reforço dos instrumentos de licenciamento e a reformulação normativa da competência dos órgãos licenciadores. Por conseguinte, observa-se que, mesmo tendo migrado para a atuação fiscalizadora, a atrofiada atuação da Agência Nacional do Petróleo, além de estruturação operacional adequada, necessita ser transformada em agência setorial de “terceira geração” para incrementar-lhe funções de fomento e melhor condições de estabelecer padrões técnicos específicos do setor (*Intelligible Principle Doctrine*).

Não obstante isso, o nível de governança energética do petróleo e gás natural, diante do incremento do risco ao passar a atuar em níveis ultra profundos (pré-sal) não pode o empreendedor valer da “teoria do fato consumado” por aplicação do *venire contra factum proprium non potestas*, admissível no direito público pela hermenêutica de complementariedade entre a autonomia pública e a autonomia privada.

Desse modo, a construção de um desenvolvimento economicamente viável, ambientalmente sustentável e socialmente justo, perpassa pela definição hígida do matiz econômico, político e normativo que orientará o País no controle preventivo (licenciamento ambiental) e repressivo (planos de contingência e responsabilidades cumuladas) dos impactos ao meio ambiente. No entanto, deve-se observar, por fim, que a visão multidisciplinar dessas

categorias deve ter como foco o meio ambiente “em si” e o meio ambiente “para si”, sob pena de relativização das aquisições evolutivas de seus preceitos e o uso estratégico ou parasitário do conceito de sustentabilidade.

06- BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Proteção ambiental nas atividades de exploração e produção de petróleo: Aspectos jurídicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Regime jurídico da Petrobrás, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto n º 2.745/98*. In: Temas de Direito Constitucional. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

CALIXTO, Eduardo. *Contribuições para plano de contingência para derramamento de petróleo e derivados no Brasil*. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, 2011. 301 p. (Tese, Doutorado em Planejamento Energético)

CRETELA JR. , José. *Manual de Direito Administrativo*. 2 edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo e do biocombustível*. São Paulo: Saraiva. 2009.

FONTENELLE, Mirian; AMENDOLA, Cyntia Marques. *Licenciamento ambiental do petróleo e gás natural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. *Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da supressio*. RDPRIV – Revista de Direito Privado. Ano XI. N.44. 2010. Pág. 28-57.

GROTI, Dinorá Adelaide Musetti. *As Agências Reguladoras*. REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador. Ano VI. Maio/jun./jul. 2006. Disponível em <[HTTP://direitodoestado.com.br](http://direitodoestado.com.br)>, acesso em 16 de março de 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Vol. I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HINRICHS, Roger A. *Energia e meio ambiente*. Tradução técnica Lineu Belico dos Reis, Flávio Maron Vichi, Leonardo Freire de Melo. 4ª edição. São Paulo: Cengage Learning. 2010.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 7ª edição. São Paulo: RT, 2011.

MILLER, G. Tyler. *Ciência ambiental*. Tradução: All Task. 11ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

SANTOS GRACCO, Abraão Soares Dias. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *O licenciamento ambiental e a responsabilidade civil da atividade nuclear como relação continuada em uma sociedade de riscos*. In XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2010, Belo Horizonte. Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi - Florianópolis, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SLATTUM, Elisabeth. *Desarrollo con rostro humano*. In: *Petróleo y desarrollo sostenible: Los casos de Venezuela y Noruega*. Caracas: Epsilon Libros. 2008.

UNEP, 2012. *21 Issues for the 21st. Century: Result of UNEP Foreigh Process on Emerging Environmental Issues*. Alcamo, J.; Leonard, S.A (Eds.) United Nations Environment Programme (UNEP), Nairobi, Kenia, 56pp.