ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

O ATUAL ESTADO REGULATÓRIO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL: ANÁLISE DAS ATRIBUIÇÕES DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO

THE CURRENT REGULATORY STATE AND THE ENVIRONMENTAL PROTECTION: ANALYSIS OF THE TASKS OF THE NATIONAL AGENCY OF PETROLEUM

Yanko Marcius de Alencar Xavier*
Valfredo de Andrade Aguiar Filho**

RESUMO: A construção dos Estados, desde o modelo absolutista até o atual regulatório, foi acompanhada pelo estabelecimento de direitos fundamentais. Pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais é necessário o estudo do modelo adotado historicamente pelos Estados, pois são estes essenciais para concretização destes direitos. Assim, a urgência ambiental dos dias atuais deve ser vista através do novo modelo regulatório e do desenvolvimento de um constitucionalismo ambiental. Desta maneira, este breve artigo trata da origem do Estado regulatório, do constitucionalismo ambiental, e das agências reguladoras, tomando como base a Agência Nacional do Petróleo em sua função de defesa do ambiente.
Palavras-chave: Estado Ambiental. Constitucionalismo Ambiental. Agência Reguladora. Agência Nacional Petróleo.

ABSTRACT: The construction of the states from the absolutist model to the current regulations was accompanied by the establishment of the fundamental rights. Because of the need of effectiveness of the fundamental rights it is necessary to study the historical model adopted by the States since these are essential for the accomplishment of these rights. Thus, the environmental urgency of today must be seen through the new regulatory model and the development of an environmental constitutionalism. Thus, in this brief article it is exposed the origin of the regulatory state of environmental constitutionalism and the regulatory agencies taking the National Petroleum Agency as pattern in its task of protecting the environment.
Keywords: Environmental State. Environmental constitutionalism. Regulatory Agency. National Petroleum Agency.

* Doutor em Direito Civil pela Universität Osnabruck – Alemanha. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.
** Mestrando em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Rio Grande do Norte – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A história dos Estados modernos ocidentais está sendo construída através de mudanças consideráveis em seu modelo, desde o Estado absolutista até o atual Estado regulatório; tem-se uma trajetória de transformações causadas por modificações sociais e econômicas. Assim, apresentou-se o Estado: liberal, de bem- estar social, e o atual regulatório. Em seu percurso de mutações foi sendo construída uma cadeia de direitos fundamentais, pautada nas necessidades e anseios humanos.

Cada andar da edificação dos direitos fundamentais é composta pelas particularidades e contextos de cada época, e de cada modelo de Estado correspondente. No plano da construção desses direitos, o fim do Estado de bem- estar social e o estabelecimento do Estado regulatório foi acompanhado por uma necessidade de proteção ambiental extrema. Já no plano político teve-se uma diminuição do Estado, um aumento dos preceitos de livre mercado, uma apologia ao princípio da livre iniciativa, no entanto, o Estado não se ausentou por completo, assumiu uma feição de regulação das atividades econômicas, no intuito de evitar os distúrbios ocasionados pela aplicação ilimitada do princípio da livre iniciativa.

A regulação proposta é realizada no Brasil pelas agências reguladoras, e estas tem como finalidade regular setores do mercado, efetivando direitos, como o direito ao meio ambiente equilibrado. Daí a afirmação de um Estado regulatório ambiental. Neste aspecto, a Agência Nacional do Petróleo ganha destaque ante os altos riscos ambientais das atividades petrolíferas.

Neste breve ensaio, pretende-se fazer uma análise das transformações do Estado, da consequente construção de direitos, para depois analisar a postura desse novel Estado de direito ambiental, analisando a juridicidade do ambiente, como norma vinculativa de todo ordenamento, inclusive dos atos das agências reguladoras, e da própria ação das atividades econômicas.

2 ORIGEM DO ESTADO REGULATÓRIO

Historicamente, a formação dos Estados nacionais ocidentais coincidem com o renascimento comercial, ocorrido na Idade Média, época em

que o ser humano vivia envolvido por questões religiosas, sob o modo de produção feudal, numa sociedade estratificada entre nobreza/clero e vassalos/servos. O desenvolvimento comercial fez surgir uma nova classe, a burguesia, e então o chamado Estado absolutista, que para alguns autores ainda se encontra dentro do modo de produção feudal, não sendo o início do modo de produção capitalista, e sim uma forma de manutenção de poder pela classe dominante feudal. No entanto, a maioria da doutrina crê na instalação do modo de produção capitalista, e no primeiro triunfo da burguesia quando houve o estabelecimento do Estado absolutista, iniciando-se o chamado Estado moderno, apesar de não ter sido um processo linear em toda a Europa ocidental, como ocorrido com as monarquias feudais fixadas na França e na Inglaterra.

O Estado Moderno na Europa, desde o século XVI até a atualidade, experimentou uma série de transformações, acompanhadas no mais das vezes pelas alterações sofridas pelo modo de produção dos Estados nacionais, o capitalismo. Os reflexos das mudanças nos sistemas econômicos, das modificações de circunstâncias imateriais, sociais, e cada vez mais, internacionais, moldaram as formas assumidas pelos Estados ao longo de sua existência. Assim aconteceu com a instalação dos Estados absolutistas, liberais, de bem-estar social, e atualmente, o Estado regulatório.

Apesar do Estado absolutista, principalmente depois do século XVIII, apresentar relativa vinculação às normas jurídicas[1], o fenômeno Estado-nação só conheceu um estabelecimento do poder legal no momento em que foi se substituindo a soberania do príncipe pela soberania nacional, amparada na lei. Assim, os súditos foram elevados à categoria de cidadãos, partícipes das decisões políticas, o poder Estatal antes centralizado, passou a ser separado, enfim tratou-se de uma construção filosófica que partiu da ideia do contrato social, fruto das ideias do movimento iluminista.

O Estado constitucional, para os franceses, o Estado de Direito, para os alemães, e o governo representativo, para os ingleses, colocou como premissa básica desse novo Estado o princípio da legalidade. Vale ressaltar, quanto à terminologia que Estado constitucional traz mais significado do que Estado de direito, isto porque para a caracterização de um verdadeiro

1 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42.

Estado constitucional necessita-se da legitimação através do princípio da soberania popular, justificando-se o poder originário, questão não respondida pelo Estado de Direito.

De certa forma, o Estado constitucional assemelha-se ao Estado de polícia, afirma-se tratar de um desenvolvimento do movimento de institucionalização jurídica do poder político, sobreposta nos elementos constitutivos do Estado.[2]

Esse período, iniciado com os pensamentos iluministas, concretiza-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[3], em 1789, e com a Declaração de direitos de Virgínia[4], em 1776, firmando os alicerces do Estado de direito, conceito cunhado por Robert von Mohl para designar um conjunto de garantias que propiciem o desenvolvimento do homem sob todos os aspectos. Trata-se na verdade da supremacia do princípio da legalidade, ou seja, o ápice do movimento legalista.

Neste cenário, o Estado assumiu três feições, a primeira foi a liberal, continuidade do movimento estatal já existente, cunho mais econômico, porém apresentando traços marcantes na organização estatal, e da própria sociedade, como visto na primeira dimensão dos direitos fundamentais. Com as alterações promovidas no início do século XX, precisou o Estado promover uma profunda modificação tanto de cunho administrativo, como político-econômico; nesta fase o Estado assume uma postura intervencionista na seara econômica, promotor do desenvolvimento, e de profunda assistência popular, o chamado Estado de bem- estar social produziu um aumento do Estado, bastante visível em nossa Carta Maior de 1988, possuindo fortes traços desse modelo de Estado.

No entanto, o Estado de bem-estar social pautado nos preceitos econômicos keynesianos, não encontrou resposta ao fenômeno da estagflação, isto porque, para Keynes, quanto maior o investimento estatal, maior seria a circulação de capitais, consequentemente haveria maior oferta

2 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 45.

3 No art. 1º: Os homens nascem e são livres e iguais em direitos, as instituições políticas só podem fundar-se na utilidade comum. Art. 2º: O fim de toda organização política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

4 No art. 1º: Todos os homens são por natureza, livres e têm certos direitos inatos, de que, quando entram no estado de sociedade, não podem, por nenhuma forma, privar ou despojar a sua posteridade, nomeadamente o direito à vida e à liberdade, tal como os meios de adquirir e possuir propriedade e procurar obter felicidade e a segurança.

de empregos, que por sua vez aumentaria o consumo, e assim, aumentaria a arrecadação do Estado, fato que equilibraria suas contas, no entanto, na década de 70, houve profunda elevação do preço do petróleo, em virtude dos dois choques, isto se constitui um dos fatores para a geração de inflação, sem a correspondente geração de emprego, e assim do consumo, promovendo o fenômeno da estag-inflação.

Tais circunstâncias aumentaram as discussões das teorias econômicas, ganharam força principalmente os monetaristas, os liberais clássicos, e os neoliberais, tudo indicava para um nova postura de um Estado menor, um Estado apenas que garantisse os direitos básicos, a fim de que a iniciativa privada assumisse a tarefa de conduzir a realidade econômica. Estas teorias foram amplamente aplicadas pelo mundo durante os anos 80, e 90, do século XX. Neste momento, o antigo Estado de bem-estar social cedeu lugar a um Estado regulatório, presente na economia com a intenção, apenas, de regular as atividades privadas, garantindo os direitos de ordem Constitucional.

3 O CONSTITUCIONALISMO AMBIENTAL

A Constituição, com seu caráter de lei primária, fundamento da ordem jurídica, é responsável pela estrutura básica dos direitos fundamentais, e assim, do direito ao meio ambiente sadio. Porém, o movimento constitucionalista nem sempre se preocupou com a garantia legal deste direito. Na realidade, o viés ambientalista das Constituições contemporâneas é bastante recente, a partir da Conferência de Estocolmo é que efetivamente se inicia uma projeção do tema em ordem Constitucional. Fato este constatado nas Constituições do Chile e do Panamá, de 1972, da Iugoslávia, de 1974, da Grécia, de 1975, e em 1976 as de Portugal, Polônia, e Argélia.[5]

No Brasil, a proteção Constitucional ao meio ambiente ocorreu na Carta de 1988, tal fato não implica na negação de uma preocupação ambiental anterior a este fundamento legal; na realidade, existiam vários dispositivos normativos para a defesa do interesse ambiental, prova disso é a própria lei da política nacional de meio ambiente, de 1981. O fundamento mais remoto para a efetiva defesa do meio ambiente foi a saúde humana,

5 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 143-144.

visto a estreita relação entre a saúde ambiental e a saúde humana. Partindo disto, e diante das transformações econômicas e sociais, o interesse ambiental necessitou elevar sua dignidade jurídica de um bem jurídico *per accidens*, para um bem jurídico *per se*, dando assim uma autonomia ao direito ao meio ambiente sadio, sem a necessidade de uma aplicação subsidiaria, como no caso do direito à saúde humana.

Durante o processo evolutivo das garantias Constitucionais de proteção ao meio ambiente, podem-se identificar duas dimensões de garantias ou preocupações ambientais, a primeira delas em torno da ideia de poluição, e da valorização da "subjetivação do direito ao ambiente como direito fundamental ambiental".[6]A segunda dimensão trata do direito ambiental de forma mais complexa, fala da combinação dos efeitos negativos e da própria transnacionalidade de suas consequências, também aborda a questão da responsabilidade ambiental para com as futuras gerações; e daí a adoção de limites em todas as atividades econômicas que devem promover o uso dos recursos naturais de forma racional.

Tanto nosso texto constitucional de 1988 como as Constituições contemporâneas não estipularam os instrumentos técnicos, econômicos e políticos necessários para a resolução dos problemas ambientais, trata-se de questão primordial, haja vista a essencialidade de efetivação do direito ao meio ambiente equilibrado, inclusive como respeito à própria Lei Maior, pois não se trata de uma norma programática, porém de uma norma de aplicabilidade imediata. A Constituição Federal de 1988 trata especificamente da proteção ambiental em dois momentos, o primeiro trata da ordem social brasileira, que pelo art. 3º diz que é objetivo de nossa República o desenvolvimento e o bem-estar da sociedade, tal ideia é reforçada pelo art. 225, do capítulo sobre meio ambiente, afirmando ser um bem comum exigindo a proteção do Estado e da sociedade objetivando o equilíbrio ambiental, desfrutado por todos. Esta norma trouxe ao texto de nossa Carta Maior o princípio do direito ao meio ambiente sadio, luz constitucional que deve clarear toda a estrutura normativa estatal. No segundo momento é visto no art. 170, inciso VI, onde estabelece que a ordem econômica nacional é fun-

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

dada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo como princípio a defesa do meio ambiente. Aí sem dúvida está o maior avanço ambiental de nossa Constituição, pois trata de um limite ao princípio da livre iniciativa, também incluso em nossa ordem Constitucional vigente, mais do que isso, ele penetra em toda ordem econômica, nos três setores, impondo a necessidade de observâncias de preceitos ambientais, utilizando da ação reguladora do Estado para se concretizar em todos os ramos da atividade econômica.

No entanto, a juridicidade ambiental vai além disto, podem ser divididas em quatro dimensões: na primeira, a dimensão garantista-defensiva, "contra ingerências ou intervenções do Estado e demais poderes públicos"; na segunda, a positivo-prestacional, é dever do Estado e de toda "entidade pública assegurar a organização, procedimento, e processos de realização do direito ao ambiente"; na terceira, a "jurídica irradiante para todo o ordenamento, vinculando as entidades privadas ao respeito do direito dos particulares ao ambiente"; e na quarta dimensão, a "jurídico-participativa, impondo e permitindo aos cidadãos e à sociedade civil o dever de defender os bens e direitos ambientais". Da análise das dimensões jurídico-ambientais, nota-se um verdadeiro Estado de direito ambiental, haja vista a estrita necessidade de garantia do direito ao meio ambiente sadio; por outro lado a existência desse Estado está ligada claramente aos "deveres de juridicidade", obrigatórios às atividades dos poderes públicos. Neste ponto, exige que a juridicidade ambiental cumpra as exigências do Estado de Direito Ambiental e de uma "democracia sustentada".[7]

Esta construção normativa de garantia do meio ambiente é um produto da essência do ser humano, não se trata da criação de uma ideia, ou de princípios, mas sim de uma montagem histórica de nossas preocupações, anseios, necessidades; vai muito além de uma simples garantia, requer a efetivação dela através de instrumentos legítimos, por vezes bastante ameaçados de descrença em sua concretização.

Vale salientar que o processo de constitucionalização não ocorreu após um amadurecimento do direito ambiental em nível infraconstitucio-

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.

nal[8], na realidade, o processo normativo ambiental se deu diante de uma urgência na tutela jurídica de bens ambientais, visto o avançado estágio de degradação evidente. Dessa forma, tanto o legislador constitucional como o infraconstitucional tiveram que trabalhar no intuito de dar uma resposta jurídica à crescente irracionalidade quanto ao meio ambiente.

Nota-se claramente que o grande desafio é a concretização da devida proteção ao meio ambiente, questiona-se, por vezes, se é imprescindível erigir em ordem constitucional os preceitos ambientais, argumentando-se que antes de várias Constituições o legislador infraconstitucional já promovia normativamente a defesa ambiental, como no Brasil, por exemplo, ocorreu com o Código Florestal de 1965, e a própria Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, de 1981, ambas nasceram antes da defesa ambiental dada pela Constituição de 1988. No direito alienígena, pode-se destacar o caso dos Estados Unidos, onde é feita uma proteção ambiental, sem que haja norma expressa no texto maior.

No entanto, vários são os benefícios de constitucionalização dos direitos ambientais, alguns de caráter material outros de caráter formal. De cunho material, tem-se: o "estabelecimento de um dever constitucional genérico de não degradar", fundado num regime de racionalização da exploração de recursos naturais; "a ecologização da propriedade e da sua função social"; "a proteção ambiental como direito fundamental"; a "legitimação constitucional da função estatal reguladora"; a "redução da discricionariedade administrativa"; a "ampliação da participação pública". Já formalmente, pode-se indicar: a "máxima preeminência e proeminência dos direitos, deveres e princípios ambientais"; a "segurança normativa", e a "substituição do paradigma da legalidade ambiental"; o "controle da constitucionalidade"; o "reforço exegético pró-ambiente das normas infraconstitucionais".[9]

Dentre os benefícios da constitucionalização dos direitos ambientais, destacam-se dois, primeiro de cunho material, tratando da função reguladora do Estado, isto porque vivemos atualmente sob a égide do Estado

8 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64.

9 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 69-80.

regulatório, a livre iniciativa teve um forte afloramento após a redução do controle estatal na economia; sem sombra de dúvida é a iniciativa privada a maior utilizadora dos recursos naturais. A forma mais palpável de limitação ao princípio da livre iniciativa está claramente na função reguladora estatal, principalmente quando se trata de recursos naturais, como por exemplo, o petróleo. O segundo benefício destacável é a preeminência e proeminência das normas constitucionais, isto porque, a constitucionalização das normas ambientais vinculam todo o ordenamento jurídico, tornando-se um norte para interpretações legais, e mais que isso, tornando obrigatória sua realização em todos os níveis legais; desta maneira, todos os atos normativos de caráter técnico emitido pelas agências reguladoras devem cumprir as determinações ambientais de nível constitucional, pois se assim não forem serão inválidas. É importante também lembrar que no caso, as normas constitucionais ambientais são autoaplicáveis não carecendo de lei infraconstitucional que as regulamente.

4 A DEFESA AMBIENTAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: O CASO DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO

O fim do modelo de Estado de bem-estar social, o estabelecimento do Estado neoliberal e do processo de globalização, foi acompanhado no Brasil por privatizações e concessões de serviços públicos, durante a década de 90, fato que diminuiu a atuação estatal e majorou-se a da iniciativa privada, houve uma verdadeira transformação do modelo de administração pública com o surgimento das chamadas agências reguladoras, trazidas a nosso texto Constitucional através das emendas de número 8 e 9, de 1995.

Apesar das dificuldades conceituais, pode-se definir resumidamente as agências reguladoras como órgãos administrativos, com a finalidade de regular setores de mercado para garantia de direitos e do próprio funcionamento do mercado. Estes órgãos detêm autonomia funcional, atuando principalmente em concessões de serviços públicos, como por exemplo a ANATEL, em relação a telecomunicações, e sobre monopólios públicos, como petróleo e gás natural, no caso da ANP. É importante frisar que as agências reguladoras detêm poder regulamentar sobre o setor de sua com-

petência, trata-se de regulamentação técnica, isto conjugado com o seu grau de autonomia as fazem diferir das autarquias públicas.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 84, inciso IV, estabeleceu que compete privativamente ao presidente da república "sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução". O poder regulamentar da Administração Pública é realizado através de decretos regulativos, instruções, determinações, regras administrativas e resoluções, toda esta atividade normativa não pode atuar *contra legem,* a necessariamente de se fazer *secudum legem,* como também não poderá criar direitos, obrigações ou penalidades.

A Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, criou a Agência Nacional do Petróleo, dispondo "sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo", e instituindo "o Conselho Nacional do Petróleo". Tendo como finalidade "promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da industria do petróleo", como expresso no art. 8º. Já no art. 1º, foram estabelecidos os princípios e objetivos da Política Energética Nacional, destacando-se o de "promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos"; "proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia"; "identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País"; "utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis"; "incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional", tornando o princípio da proteção ambiental um dos mais fortes quanto à legislação energética nacional.

A Agência Nacional do Petróleo, em suas atividades, poderá atuar ambientalmente através dos contratos de concessões para exploração de hidrocarbonetos, da necessidade de licença ambiental, ou do controle de abandono. Sendo atribuições ambientais desta agência: a implementação, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta de produtos; a promoção de estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das ati-

vidades de exploração, desenvolvimento e produção; a regulação da execução de serviços de geologia e geofísica aplicados à prospecção petrolífera, visando ao levantamento de dados técnicos, destinados à comercialização, em bases não-exclusivas; a elaboração dos editais e promoção das licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução; a fiscalização diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contratos; a instrução de processo com vistas à declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação e instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, construção de refinarias, de dutos e de terminais; e fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, dos derivados e do gás natural e de preservação do meio ambiente.

Os modelos de contrato de concessão para atividades de E&P estabelecem em suas cláusulas que o "concessionário assumirá sempre, em caráter exclusivo, todos os custos e riscos relacionados com a execução das operações e suas consequências, cabendo-lhe, como única e exclusiva contrapartida, a propriedade do Petróleo e Gás Natural que venham a ser efetivamente produzidos e por ele recebidos no Ponto de Medição". Pela cláusula 2.3:

> o concessionário será o único responsável civilmente pelos seus próprios atos e os de seus prepostos e subcontratados, bem como pela reparação de todos e quaisquer danos causados pelas operações e sua execução, independentemente da existência de culpa, devendo ressarcir a ANP e a União dos ônus que estas venham a suportar em consequência de eventuais demandas motivadas por atos de responsabilidade do concessionário.[10]

Apesar da autonomia conferida à ANP, os contratos de concessões não adotaram uma postura fechada quanto às questões ambientais, sendo excluídas dos contratos uma proteção ambiental mais rígida, deixou-se, na prática, para o campo regulatório a adoção dos limites ambientais destas ati-

10 Modelo de contrato de concessão utilizado pela ANP. Disponível em: http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Editais/Modelo_Contrato_R10_%2030Out08.pdf. Acesso 10.maio.2009.

vidades. Dessa forma, no modelo de contrato utilizado pela ANP, a cláusula vigésima primeira trata especificamente da proteção ambiental, ordenando que o concessionário deve observar a legislação e a regulamentação ambiental, e em caso de lacunas adotará as melhores práticas da indústria do petróleo para a conservação dos reservatórios e de outros recursos naturais, e para a proteção do ar, do solo, da água de superfície ou de subsuperfície.[11]

Quanto à responsabilização do concessionário, estabeleceu a cláusula 21.5 a responsabilidade objetiva, assumindo este o risco integral pelos danos e prejuízos causados ao meio ambiente e a terceiros, resultantes de conquências diretas ou indiretas de suas atividades, sendo obrigado inclusive a reparar e indenizar a União e a ANP pelas ações, recursos, demanda, ou impugnações judiciais, juízo arbitral, auditoria, inspeção, investigação ou controvérsia de qualquer espécie.[12]

As licenças ambientais devem ser obtidas pelo concessionário para realização de suas atividades, bem como, as autorizações, permissões e direitos, pelas autoridades competentes. Para obtenção da licença ambiental, o concessionário poderá requerer a assistência técnica da ANP, no entanto, a concessão da licença é atribuição do órgão ambiental competente.

Os contratos de concessão estabelecem um importante instrumento para garantir a proteção ambiental, que é o seguro ambiental, estabelecido nas cláusulas 22.1, 22.2, 22.3 e 22.4[13]. Adoção do seguro garante tanto a indenização pelos danos e prejuízos ambientais causados pelas atividades petrolíferas, como o melhor gerenciamento dos riscos ambientais destas atividades, já que quanto maior o risco, maior o custo do seguro. É impor-

11 Idem. Cláusula 21.1: O Concessionário adotará, por sua conta e risco, todas as medidas necessárias para a conservação dos reservatórios e de outros recursos naturais, e para a proteção do ar, do solo e da água de superfície ou de sub-superfície, sujeitando-se à legislação e regulamentação brasileiras sobre meio ambiente e, na sua ausência ou lacuna, adotando as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo a respeito. Dentro desse princípio, e sem com isto limitar sua aplicação, ficará o Concessionário obrigado, como regra geral, e tanto no que diz respeito à execução das Operações quanto à devolução e abandono de áreas e remoção e reversão de bens, a preservar o meio ambiente e proteger o equilíbrio do ecossistema na Área da Concessão, a evitar a ocorrência de danos e prejuízos à fauna, à flora e aos recursos naturais, a atentar para a segurança de pessoas e animais, a respeitar o patrimônio histórico-cultural, e a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e a praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelos órgãos competentes.

12 ANTUNES, Paulo de Bessa (org.). **Proteção Ambiental nas Atividades de Exploração e Produção de Petróleo Aspectos Jurídicos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 48-49.

13 Modelo de contrato de concessão utilizado pela ANP. Disponível em: http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Editais/Modelo_Contrato_R10_%2030Out08.pdf. Acesso 10.maio.2009.

tante mencionar que a obrigatoriedade da adoção do seguro dependerá de determinação de qualquer autoridade competente, ou mesmo da ANP, que no caso poderá ser posta como beneficiária do seguro contratado.

Além das hipóteses estabelecidas nos contratos de concessão, a necessidade de licença ambiental, e do controle de abandono, a ANP desfruta legalmente da atribuição de fiscalização, que amplia bastante a atuação ambiental da agência, através da fiscalização de segurança operacional, a ANP pode agir preventivamente, evitando acidentes da indústria do petróleo, o que no mais das vezes causa sérios danos ambientais. Já quanto à fiscalização de abastecimento, a Lei nº 9.847/99, traz em seu texto a inspeção das construções, instalações e equipamentos de atividades ligadas ao petróleo, gás natural, e biocombustíveis, fato de extrema necessidade ante os riscos destas atividades para a boa qualidade ambiental, principalmente, quanto à estocagem destes produtos.

5 CONCLUSÃO

A evolução histórica do Estado passou por diversas fases, desde o Estado absolutista à forma mais contemporânea de Estado; estas transformações tiveram fortes causas ligadas aos movimentos econômicos mundiais e às mudanças sociais advindas. O Estado constitucional não foge a esta verdade, dentro de sua própria história encontram-se transformações substanciais, indo dos conceitos do Estado liberal até o atual Estado regulatório. Este novo modelo de Estado vivido hoje reduziu de fato a participação do ente Estatal na economia, principalmente através de desestatizações e concessões de serviços públicos, porém, sua presença ainda é bastante visível com a adoção da ideia de regulação de atividades, isto permite que o Estado atue para minorar as distorções causadas pela aplicação exagerada do princípio do livre mercado, e da livre iniciativa.

O movimento constitucionalista iniciado nos tempos modernos foi estabelecendo uma série de direitos fundamentais humanos, de acordo com a construção de direitos essenciais aos seres humanos. A partir da conferência de Escolmo de 1972, esse movimento começou a positivar nos textos constitucionais o direito ao meio ambiente sadio. Apesar de recente em termos juríi-

dicos, a norma do direito ao meio ambiente equilibrado vem ganhando cada vez mais destaque, ampliando sobremaneira sua juridicidade, esta podendo ser dividida em quatro dimensões: garantista-defensiva, positivo-prestacional, vinculante em todo ordenamento jurídico, e a jurídico-participativa.

A ampliação da juridicidade ambiental fez estabelecer uma série de benefícios, alguns deles ganham destaque diante do atual Estado regulatório, como a vinculação da norma ambiental as atividades reguladoras estatais, isto permite ao Estado conter os distúrbios da aplicação do princípio da livre iniciativa, conjugado com a ideia de mercado livre. Outro importante benefício, este de cunho formal é a proeminência e a preeminência das normas ambientais, não apenas vinculando o ordenamento jurídico, como servido de norte para o intérprete.

Seguindo a ideia de regulação, dos preceitos de proteção ambiental, e tomando por base a juridicidade ambiental, as agências reguladoras, estabelecidas com o fim de regular setores de mercado para garantia de direitos e do próprio funcionamento do mercado, devem atuar no sentido da preservação ambiental como forma de concretização do direito ao meio ambiente equilibrado; no Brasil, posto em ordem constitucional no art. 225, *caput*, e principalmente, no art. 170, incisos III, VI, e de certo modo o próprio inciso V. Desta maneira, pode-se afirmar na existência de um Estado regulatório ambiental.

A Agência Nacional do Petróleo criada pela Lei nº 9.478/90, diante de suas atribuições legais, promove a defesa ambiental das atividades econômicas de petróleo, gás natural e biocombustíveis, através dos contratos de concessão, do controle de abandono, e da fiscalização. O modelo de contrato de concessão utilizado pela ANP, apesar de não tratar exaustivamente da proteção ambiental traz em seu texto cláusulas com esta finalidade, fato que limita as empresas concessionárias destas atividades quanto à irracionalidade na utilização de recursos naturais, e na própria execução de suas atividades.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa (org.). **Proteção Ambiental nas Atividades de Exploração e Produção de Petróleo Aspectos Jurídicos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007,

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. BELLO FILHO, Ney de Barros (orgs.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, Woldemar. Estado de direito ambiental no Brasil. In: KISHI, Sandra Akemi S.; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês V. Prado (orgs.). **Desafios do direito ambiental no século XXI**: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEME MACHADO, Paulo Affonso. **Direito ambiental brasileiro.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras.** Barueri: Manole, 2003.

OST, François. **A natureza à margem da lei:** a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004.

THÉRET, Bruno; BRAGA, José Carlos de Sousa (orgs.). **Regulação Econômica e Globalização.** Campinas: UNICAMP, 1998.

Correspondência | Correspondence:

Yanko Marcius de Alencar Xavier
Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Campus Universitário, s/n, Lagoa Nova, CEP 59.072-970. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-3487.
Email: ymxavier@ufrnet.br

Recebido: 01/06/2009.
Aprovado: 08/05/2010.