



HELOISA VALENÇA CUNHA

**RESOLUÇÃO PRIVATÍSTICA DOS CONFLITOS
ORIUNDOS DO PRÉ-SAL**

*Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra –
Portugal, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos
em Direito (conducente ao grau de Mestre),
na Área de Especialização em Ciências
Jurídico-Políticas/ Menção em Direito
Constitucional.*

*Orientadora: Suzana Maria Calvo Loureiro
Tavares da Silva.*

Coimbra

2014

Heloisa Valença Cunha

RESOLUÇÃO PRIVATÍSTICA DOS CONFLITOS ORIUNDOS DO PRÉ-SAL

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal, no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Constitucional.

Data da defesa: _____

Resultado: _____

Banca Examinadora

Professor Doutor
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Professor Doutor
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Professor Doutor
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra
2014

A meus pais, Sérgio e Vânia,
meu esteio, sempre.

AGRADECIMENTOS

A Deus, minha mola propulsora a superar todos os desafios, minha luz e amparo maior.

A meus pais, mais uma vez e sempre, pelo apoio incondicional na concretização de meus sonhos e objetivos.

A minha estimada orientadora, Suzana Tavares da Silva, sem a qual jamais teria despertado o interesse por temas tão novos e interessantes. Pessoa a quem admiro e que me apresentou mais que um horizonte diferente, e sim, o gosto por desbravar meus próprios limites. Agradeço também a confiança no meu trabalho, a solicitude, as críticas e os conselhos, sempre válidos e enriquecedores.

A meus avós, reservas morais de nossa família, motivo de maior orgulho, espelho de dignidade e força. Pelo abrigo constante.

A Thiago em cujos olhos viveram, em tempos de renúncias, o amor, a paciência e a cumplicidade.

A meus familiares.

A Natália Moreno, grata surpresa e presente de Coimbra em minha vida. Amiga dedicada, solícita e sempre disposta a compartilhar ensinamentos e aprendizados, com quem muito cresci, acadêmica e espiritualmente, ampliando, também, as arestas do Direito e de suas fontes; com paciência para debater posições e que nunca se furtou a ajudar, seja com o empréstimo de um livro, um conselho amigo, ou mesmo com seu jeito simples e sensato de ver a vida, que só de observar, já nos acalenta a alma. Muito obrigada!!!

Aos meus miolinhos queridos - Juliana Perdigão, Maira Mirella, Rhomeyka Vasconcellos, Thais Luna, Natália Moreno.

A minha família conimbricense: Juliana Perdigão, Maira Mirella, Rhomeyka Vasconcellos, Thais Luna, Natália Moreno, Alexandre Moura, Larissa Palermo Frade, Luiza Antoniazzi, Fernanda Dourado, Regina Berardi, Raissa Pacheco, Camila Cavalcanti, Caio Cavalcanti, Hélio Morais, Marianna Chaves, Mariana Carvalho, Amélia e Edvaldo Campelo, Thalita Ventorini.

Às bibliotecárias queridas da FDUC, Dona Otília, Dona Ana Gabriela; da sala de revistas, todas, em especial, Ana Geraldês e da Biblioteca Geral, a Manoela.

“A busca da Justiça, enquanto anseio da atividade humana, não é monopólio de ninguém, nem mesmo das organizações políticas.”

Diogo Figueiredo Moreira Neto

RESUMO

A presente dissertação visou trazer as bases constitucionais para a aplicabilidade da resolução privatística de litígios, com enfoque na arbitragem petrolífera, mais especificamente na arena do pré-sal. Para tanto, restou imprescindível visitar algumas premissas do novo Direito Administrativo, pautada na eficiência nas atividades negociais, gerenciais e estratégicas praticadas pelo Estado, bem como da Constituição Econômica brasileira, a fim de delinear através de seus princípios e normatizações, a forma de participação do Estado, o resguardo à soberania econômica sobre os recursos naturais em países em desenvolvimento, como o Brasil. O pré-sal, descoberto em meados de 2006 pela Petrobras, surge como provedora de riquezas e esperança de desenvolvimento social. Nesse cenário de descobertas cresce a necessidade de mudança na adoção do regime de exploração, a fim de garantir maior participação ao Governo. Passado a vigorar no Brasil, um sistema híbrido de exploração das jazidas de pré-sal, composto pelo regime de concessão, regime de partilha de produção e de cessão onerosa da Petrobras com a União. Em virtude da convergência temporal de vários regimes a regular o pré-sal, inevitável é a ocorrência de conflitos técnicos, contratuais, de unificação da produção, contábeis, fiscais e até mesmo regulatórios. Ao longo do texto, percebemos que a arbitragem se apresenta como instituto mais especializado, eficiente, econômico e em consonância com as boas práticas da indústria do petróleo e do comércio internacional. Há, ainda, peculiaridades na eleição desses regimes contratuais e de sua convergência, nos casos de unitização, por exemplo, em que a arbitragem se mostra como meio mais adequado a sua solução.

Palavras-chaves: Constituição Econômica. Pré-sal. Unitização. Arbitragem.

ABSTRACT

This thesis aimed to bring the constitutional basis for the applicability of private litigation resolution, with a focus on oil arbitration, specifically in the area of pre-salt. Therefore, it remains essential to visit some of the concepts of the new public management, based on the efficiency and negotiation, strategic activities engaged by the state as well as the Brazilian Economic Constitution, in order to delineate through its principles and rules, the participation of the state, the safeguarding economic sovereignty over natural resources in developing countries, like Brazil. The pre-salt discovered in mid-2006 by Petrobras, emerges as a provider of wealth and hope of social development. In this scenario of important discoveries, there are changes in the adoption of operating system of exploitation practiced, in order to generate greater government participation. So, goes into effect in Brazil a hybrid system of exploitation of the pre-salt deposits, composed of the concession, production sharing agreements and onerous assignment of Petrobras with the State. Due to the temporal convergence of various regimes to regulate the pre-salt, is inevitable, the occurrence of technical issues, contractual disputes, unitization, accounting, tax, and even regulatory. Through the text, we find that the arbitration itself as more specialized institute, efficient, economical and consistent with best practices in the oil industry and international trade institute. There are also peculiarities in the election of these contractual systems and their convergence in cases of unitization, for example, where the arbitration is shown as the most appropriate of the solution.

Keywords: Economic Constitution. Pre-Salt. Unitization. Arbitration.

SIGLAS E ABREVIATURAS

al.	alínea
art.	artigo
AIP	Acordo de Individualização da produção
ANP	Agência Nacional de Petróleo
AGU	Advocacia Geral da União
Bi	bilhões
Boe	barris de óleo equivalente
Bol.	Boletim
CCAF	Câmara de Conciliação da Administração Federal
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Constituição Portuguesa
Cfr.	Confrontar
Cf.	Confira
CNPE	Conselho Nacional Pesquisa em Energia
Ed.	Editora
ed.	edição
E&P	Exploração e Produção de Petróleo
inc.	inciso
IOC	Companhia Internacional de Petróleo
MME	Ministério de Minas e Energia
Mercosul	Mercado Comum da América do Sul
NOC	Companhia Nacional de Petróleo
Petrobras	Petróleo Brasileiro S.A
PPSA	Pré-Sal Petróleo S.A
OC	Companhia de Petróleo
S.A.	Sociedade Anônima
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
ss.	seguintes
V.	Ver
v.	volume
vol.	volume
UE	União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO I – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL ..	16
1 NEOCONSTITUCIONALISMO	16
1.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	19
1.1.1 Da desmistificação do “princípio” da supremacia do interesse público	21
1.1.2 Indisponibilidade do interesse público (ou consensualidade e arbitralidade no direito administrativo)	24
CAPÍTULO II – A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	27
2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO	27
2.1 DA LIVRE INICIATIVA	31
2.2 DA LIVRE CONCORRÊNCIA	33
2.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	35
2.4 DA PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA	37
2.4.1 Da intervenção direta	39
2.4.2 A intervenção estatal indireta	43
2.5 DA SOBERANIA NACIONAL: UM ENFOQUE ECONÔMICO DIANTE DA GLOBALIZAÇÃO	48
2.5.1 A importância da soberania sobre os recursos nos países em desenvolvimento: o modelo de exploração	52
2.6 A PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO EM ÂMBITO NACIONAL	60
CAPÍTULO III - REGIME HÍBRIDO DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO NO BRASIL	68
3.1 DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO VIGENTES NA EXPLORAÇÃO DO PRÉ-SAL	70
3.2 DO REGIME DE PARTILHA DE PRODUÇÃO E DA LEI N. 12.351/2010	75

3.2.1 Peculiaridades da Lei n. 12.351/2010	78
3.3 O SISTEMA DE UNITIZAÇÃO DOS BLOCOS	81
3.4 A CRIAÇÃO DA PPSA E A PETROBRAS COMO OPERADORA ÚNICA	86
3.5 DA CESSÃO ONEROSA - LEI n. 12.276/2010	89
CAPÍTULO IV – ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE UNITIZAÇÃO DO PRÉ-SAL	92
4.1 MEIOS PRIVADOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS: ENFOQUE NA ARBITRAGEM	92
4.2 ARBITRAGEM COM ENTES PÚBLICOS	97
4.3 A ARBITRAGEM NA LEI DO PETRÓLEO (Lei n. 9.478/97)	101
4.4 DA LEI DO PRÉ-SAL E A ARBITRAGEM	106
4.5 DO PARECER DA AGU SOBRE A INAPLICABILIDADE DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL NOS CONTRATOS ENVOLVENDO A CESSÃO ONEROSA DA PETROBRAS	111
4.6 A ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE UNITIZAÇÃO DO PRÉ-SAL	114
CONCLUSÃO	118
REFERÊNCIAS	124

INTRODUÇÃO

O tema que pretendemos abordar suscitou-nos imensas dúvidas, não somente pela crueza de resultados práticos, por cuidar-se de assunto novo, que ainda dispensa muitas dúvidas e anseia por muitas soluções, uma vez que as rodadas licitatórias para leiloar o pré-sal se iniciaram neste ano, e os contratos ainda estão sendo entabulados. Apesar da existência de lei a regular esse recurso, desde 2010, algumas omissões e controvérsias, como a celeuma sobre o uso da arbitragem no pré-sal, nos instigam a buscar questionamentos e divagar por possíveis saídas que podem se delinear em um futuro bem próximo.

Ciente de que os fatos sempre precedem o direito, nosso esforço em olhar adiante e dar de encontro com os limites impostos pelo tradicionalismo jurídico, que, muitas vezes, se fecham para as soluções possíveis de problemáticas que se embatem com as fronteiras do direito, nossa missão é ainda pequena, pois, não temos a pretensão de exaurir a matéria vergastada, mas, tão somente, de contribuir para despertar o interesse do leitor sobre questões que estão na ordem do dia.

Assim, nossa pesquisa buscará fazer uma ligação entre os conflitos petrolíferos e a guarida concedida pelo novo cenário constitucional a esses interesses, observados no antagonismo da proteção da soberania econômica do Estado e da garantia de certo equilíbrio do quanto pactuado em contrato, assegurada, principalmente, na tutela dos investimentos estrangeiros. Para tanto, vislumbrou-se a necessidade de contemplar, simultaneamente, a constitucionalização do direito administrativo e a parte econômica da Constituição brasileira, com o objetivo de entender boa parte da normatização constitucional do petróleo no Brasil, através de seu regime híbrido, passando por cada modelo, seus conceitos, formas de participação e peculiaridades, a fim de desembocar no núcleo de nosso tema, que é a jurisdição privada na resolução de conflitos advindos do petróleo, nomeadamente, do pré-sal, com enfoque na arbitragem.

No capítulo primeiro, voltaremos nosso olhar sobre o neoconstitucionalismo que imprimiu um redesenho no arcabouço jurídico-administrativo brasileiro, minando vários dogmas que permearam a cultura publicista por séculos. Calcada em falsas premissas dicotômicas, a saber: a “supremacia” do interesse público e a “indisponibilidade” do interesse público. Para além dessa estrutura basilar inconsistente, que os percebia como

princípios, ou melhor, superprincípios, pois na concepção de certos administrativistas tradicionais, aqueles estavam acima dos demais princípios administrativos, constituindo uma hierarquia entre eles, ou seja, uma tautologia.

Procuraremos demonstrar que era preciso utilizar-se de novas lentes para perceber a nova ética administrativa, refletida em uma “redefinição de suas fronteiras e de suas formas de atuação policêntrica”¹. Pois, como hoje já se sabe, a divisão entre direito privado e público só coexiste para facilitar o seu estudo, pois os mesmos compõem uma “realidade unitária”². É importante perceber que hodiernamente já se denota o real sentido de existência da Administração Pública que é o de servir ao interesse público, e não o contrário.

Em sequência, no capítulo II, cuidaremos da base em que se fundamenta a constituição econômica, contextualizando-a em um breve incurso histórico, seguido dos princípios que dão validade à ordem econômica, sem adentrar no lado social-laboral, tergiversando sobre a livre iniciativa, a livre concorrência, a eficiência e a soberania estatal em face da globalização, dando uma atenção especial à soberania dos recursos naturais e aos modelos de exploração em um país em desenvolvimento, como o Brasil. Na explanação sobre esses modelos de exploração, tratamos de suas peculiaridades e estrutura normativa, realizando um apanhado histórico constitucional, desde a fase imperial até chegar ao modelo híbrido atual.

Trataremos, também, sobre a participação do Estado na economia, de forma direta, quando atua na condição de agente econômico (art.173CF), ou quando restringe a atividade econômica ao privado por entendê-la estratégica em função da proteção à soberania ou em razão de interesse coletivo e a monopoliza (art. 177 CF), ou, ainda, quando se insere na economia, a fim de prestar serviço público (art. 175 CF). E da forma indireta que é a realizada pelo Estado, na condição de coadjuvante, nomeadamente, através de agências reguladoras, a fim de fiscalizar, orientar, planejar e ativar determinadas atividades.

Em relação às agências reguladoras, para além de aferir o alto grau de autonomia reforçada e a discussão sobre a sua legitimidade democrática, atentamos para a questão da função da arbitragem regulatória que vem se desenvolvendo no seio dessas agências, sobre

¹ ESTORNINHO (2009).

² REBELO DE SOUSA; GALVÃO (1991).

possibilidade, procedimento e nuances em relação à arbitragem convencional, principalmente na Agência Nacional de Petróleo.

Outra questão que merece acuidade é a proteção do tratamento aos investimentos estrangeiros, a que faremos menção, ainda, no segundo capítulo. Com o pacote de reformas gerenciais na década de 1990, em que houve uma reestruturação maciça do Estado, com várias desestatizações e privatizações, o investidor passou a ampliar a sua credibilidade no país e a injetar capital, principalmente, naquelas áreas, antes, reservadas com exclusividade ao Estado, como as ligadas às telecomunicações, eletricidade, infraestrutura, petróleo e recursos naturais.

No que concerne ao petróleo, este incide em diversos riscos, sejam eles contratuais, geológicos, tecnológicos, fiscais, ambientais, políticos e econômicos, decorrentes do longo período de exploração e das mudanças intercorrentes nesse interregno. Por isso, faz-se mister que haja um grau de estabilização dos regimes contratuais e fiscais em comum acordo com as companhias internacionais. Aquela não pertine à imutabilidade das regras ou do regime aplicado, e sim, a uma garantia de equilíbrio, que assegure a aplicação dos Standards que influenciaram a escolha do modelo de exploração³.

O objetivo desse equilíbrio de forças para garantir a fluidez do contrato de longo prazo em que ocorre o investimento direto estrangeiro está fincado no balanço entre a proteção da soberania dos recursos minerais e a manutenção das cláusulas que vigem sobre esse tratamento do investimento.

No que tange ao assunto discutido nos tratados de investimento, temos as disposições que consagram os instrumentos de solução de disputas: a arbitragem Estado-Estado, com a formulação de BIT ou MIT e a arbitragem investidor-Estado.

Em seguida, o capítulo III, debruçou-se sobre o novo esquema regulatório que se delineou no Brasil para tratar das descobertas de óleo na camada de pré-sal e de outras áreas que o governo entender por estratégicas. Para tanto, analisaremos o tratamento legal dispensado ao petróleo no contexto brasileiro, desde a época do império até a Constituição de 1988 e as transformações iniciadas com o processo de flexibilização do monopólio da União nos idos de 1995, via Emenda Constitucional n. 9, em que o legislador optou pela

³ TORDO *apud* ANDRADE; MARCO (2013, p. 41).

implantação do modelo de concessão para gerir as atividades de E&P⁴ dos hidrocarbonetos, editando a Lei de n. 4.798/97, que ainda permanece vigente, salvo para as áreas ainda não concedidas do pré-sal.

Dedicamo-nos precisamente à compreensão da necessidade de transição do marco regulatório, que aprovou a adoção do contrato de partilha de produção para regular as camadas do pré-sal, tornando, assim, o regime jurídico misto na gestão do petróleo e seus derivados no contexto brasileiro. Procuramos enfrentar pormenorizadamente as peculiaridades daquela espécie contratual, no modelo adotado pelo Brasil, com enfoque em alguns pontos que entendemos controvertidos, dentre eles a unitização dos blocos com a adoção dos sistemas híbridos, a operacionalização dos blocos de pré-sal, exclusivamente pela Petrobras, criação da PPSA, esvaziamento de competências da ANP no pré-sal.

Por conseguinte, no capítulo IV trataremos à baila os instrumentos de resolução privada de litígios, com enfoque na arbitragem, em virtude de seu uso recorrente e crescente nos conflitos envolvendo a arena petrolífera, privilegiando as boas práticas recorrentes do mercado globalizado e atento ao comércio internacional.

Assim, faremos referência aos meios alternativos de solução de conflitos, fortalecidos no Brasil com a criação da Lei n. 9.307/96 que regulamentou o procedimento arbitral doméstico e com a sua posição perante tratados e acordos bilaterais de investimento que coadunam ou não com a arbitragem internacional. Aliás, exploraremos esse tema, tanto nos contratos de concessão em que há estipulação legal para a sua realização em território brasileiro, quanto questionaremos a omissão da Lei do pré-sal sobre a possibilidade de sua utilização, citando, inclusive, a indicação do parecer da AGU, ratificado pela União, no sentido de vedar a possibilidade de adoção da arbitragem internacional no que pertine aos contratos de cessão onerosa entre a Petrobras e a União.

Por derradeiro, faremos alusão às possíveis contendas advindas dos acordos de unificação de produção, principalmente, quando envolver a congruência de mais de um sistema de exploração do pré-sal, regime de concessão, partilha de produção e cessão onerosa.

⁴ Registre-se que por um limite de paginação e atento à relevância do tema e da amplitude de conteúdo que nele se insere, o presente trabalho se voltará à análise, tão-somente, da fase *upstream*, isto é, exploração e produção de petróleo, sem adentrar na fase *downstream* do setor de petróleo, tampouco nas questões pertinentes ao gás natural.

CAPÍTULO I – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

1 NEOCONSTITUCIONALISMO

A aporia em que se encontra o constitucionalismo para dar respostas eficientes à grave crise que se instaurou como resultado do longo período de estabilidade e bem-estar vivenciada pelo Estado Social do pós-guerra⁵, foi o mote que o direito encontrou para reler as suas bases, instituindo as reformas no Estado⁶, através de uma intervenção menos acentuada na economia que devolveu aos privados o controle de certas instituições, e possibilitou a incidência de um novo olhar sob a Constituição e uma reinterpretação constitucional de todo ordenamento com vistas a efetivar as suas normas, sob pena de esfacelamento da estrutura de Estado, até então, como o conhecemos, diante dos “fortes esquemas regulatórios”⁷.

Para alguns, o neoconstitucionalismo, que teve como marco filosófico o pós-positivismo, representou a releitura constitucional. É que antes, com o Estado de Direito e o Estado Social, a Constituição era tida como mero “estatuto jurídico do político”,

⁵ Basicamente, a transição do Estado liberal para o Social deu-se no pós-guerra, com a percepção da comunidade jurídica de que foi exatamente o positivismo e o legalismo exacerbado, que legitimou todo tipo de atrocidade cometida nos períodos totalitários, durante as 1ª e 2ª Guerra. Assim, com a ascensão do Estado Social ou do bem-estar, a sociedade ocidental vivenciou uma época de ouro do Estado, que se expandiu, nomeadamente, na Europa, onde teve as condições ideais para concreção de um projeto social, estendendo um manto de proteção ao indivíduo sob os mais variados campos de sua vida, desde a saúde à previdência e até mesmo ao funeral, quando necessário. Essa era de projeção do Estado Westfaliano começa a ser questionada, a partir dos anos 1970, pois, até então, não se vislumbrava os custos de promoção desses direitos. E as críticas se aglomeram com a queda do Muro de Berlim, divisor de águas e expressão mais pragmática de um novo amanhecer, trazendo com ele uma sequência de fatos emblemáticos como: o desmoronar do ideário socialista e da União Soviética, a expansão do modelo capitalista, o alargamento da globalização, a fragmentação da economia e a percepção de que o Estado Westfaliano já não conseguia conter o déficit público, havendo um grande fosso entre as receitas e as despesas do Estado.

⁶ Ao mesmo passo que a Constituição brasileira é promulgada em 1988, inicia-se uma enxurrada de reformas neoliberais, com a consequente reforma da estrutura do Estado e de privatizações, pelo mundo afora, vindo ecoar no Brasil de maneira mais incisiva na década de 1990, no comando do presidente Fernando Collor de Melo, que, inclusive, lançou o Programa Nacional de Desestatização (PND) e encontrou em seus sucessores Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, fortes aliados nesse projeto de reestruturação do Estado, através de uma intervenção mais indireta, e a consequente criação de várias agências reguladoras a fim de melhorar a eficiência e a tecnicidade de setores sensíveis ao interesse público, e, ainda, a desestatização de empresas importantes, como a Petrobras, com o nítido escopo de injetar capital estrangeiro para desenvolvimento nacional e a captação de tecnologia de ponta para melhoramento da indústria de base.

⁷ Expressão usada por Canotilho (2009, p. 99 e ss.) e Canotilho e Silva (2009, p. 182-199), quando se referem à pressão sofrida pelo direito constitucional para se adequar aos moldes regulatórios, não somente, promovidos pelo Estado, mas, e, principalmente, à produção de direito revestido fora dele, por entidades ou órgãos que praticam e promovem a regulação dentro e fora do âmbito estatal.

prevendo o organograma de funcionamento estatal e os direitos individuais e políticos. Após essa nova lente constitucional⁸, a Constituição passa a ser encarada como a norma de aplicação imediata, que disciplina a democracia e os direitos e garantias fundamentais do cidadão, isto é, toda norma infraconstitucional tem que estar alinhada com o que está posto nela, sob pena de ser repelida do ordenamento por incompatibilidade.

Com o neoconstitucionalismo houve uma efetiva alteração nos textos constitucionais. Expandiu-se, com efeito, no Ocidente, um movimento de consagração, nas constituições contemporâneas, não apenas das liberdades clássicas e de diretrizes de organização do Estado, mas, além disso, uma profusão de valores, de determinações de prestações estatais positivas e de opções políticas das nações⁹.

Podemos considerar que o processo de inserção de novas categorias como direitos à cultura, ligados à economia, e as relações familiares etc., caracterizando os moldes da constituição contemporânea, remonta ao início do séc. XX, com a promulgação da Constituição mexicana de 1917, e a alemã, Constituição de Weimar, 1919. É nesse período que, como nos alerta Binembojm, a Constituição deixa de ser vista como uma norma voltada ao direito público e passa a regular a vida da sociedade como um todo, enfatizando a crise da dicotomia entre o campo público e privado¹⁰.

No Brasil, a constitucionalização do direito, abraçada pelo neoconstitucionalismo, roupagem que melhor lhe coube no processo de redemocratização de sua sociedade em 1988, após um longo período ditatorial, carecia de normas e valores que agregassem a diversidade do povo brasileiro em um projeto de inclusão das minorias, diminuição das desigualdades e busca do pleno desenvolvimento nacional, este traçado nos fundamentos e objetivos da Constituição e com instrumentos descritos no campo da ordem econômica pronta para sua efetivação.

Em uma sociedade plural e nova como a brasileira, a dinamicidade dos fatos tem um peso fundamental, devendo-se buscar sempre o sentido material¹¹ do que o constituinte se propôs a disciplinar, não sendo suficiente a literalidade ou mesmo a interpretação formal

⁸ A tendência observada no período — e que viria a se aprofundar nas décadas seguintes — era a de assunção de uma nova postura por parte dos hermenutas do direito. Era crescentemente rechaçada qualquer pretensão de afastamento entre o Direito e elementos de ordem moral e axiológica, reconhecendo-se que a tarefa do jurista não poderia ser reduzida à realização de subsunções e juízos de compatibilidade formal, mas deveria se orientar no sentido de buscar a concretização da justiça nos casos concretos.

⁹ CUNHA JUNIOR (2008, p. 34).

¹⁰ BINEMBOJM (2008, p. 63).

¹¹ BARROSO (2010, p. 26-28).

das normas. O jurista atual é um “gestor de normatividades”, e, por isso deve buscar a máxima efetividade da norma transcrita, pois as necessidades contemporâneas são demasiadas e os bens, escassos, e, portanto, sempre haverá conflito de interesses, e caberá ao aplicador da norma utilizar-se da ponderação dos valores pertinentes ao caso conflitante e da interpretação que promova o maior alcance e adaptabilidade à realidade da intenção do legislador.

São exatamente as normas que preceituam fins a serem perseguidos pelo Estado que dão o dinamismo necessário à interpretação constitucional, fazendo com que o texto se renove a cada decisão e encontre interpretações múltiplas em cada caso concreto. Nas palavras de Grau¹², a Constituição não pode ser lida aos pedaços, nem tampouco emendada como uma colcha de retalhos. É preciso criatividade e dinamicidade para que se mantenham vivos os fins pretendidos pelo Constituinte de 1988. A Constituição precisa ser lida e seus princípios interpretados de acordo com a evolução dos fatos, buscando a vontade última do alcance da norma em sentido amplo, que deve sempre ser adequada ao interesse público e à dignidade humana.

Em síntese, a Constituição brasileira de 1988, inspirada em alguns modelos europeus¹³, visou tutelar valores, princípios e, principalmente, normas programáticas de cunho dirigente¹⁴, ou seja, missões constitucionais a fim de alavancar o desenvolvimento nacional e promover a diminuição das desigualdades sociais e regionais através da implementação de políticas públicas e do apoio da sociedade civil, que em várias passagens do texto constitucional é convocada a participar dessas transformações. Para Bercovici, o enquadramento da Constituição como dirigente está associado a um projeto

¹² GRAU (1999, p. 164-170).

¹³ Sobre essa questão vale frisar que, muito embora a Constituição brasileira, desde a época de Brasil Império venha importando os modelos constitucionais a reboque dos europeus, nomeadamente, de um modelo híbrido inspirado nas Constituições portuguesa, francesa e alemã, não conseguiram acompanhar completamente, na prática, as suas tradições. Explico, é que o Brasil ainda permanece a implementar políticas públicas de minoração das desigualdades sociais e desenvolvimento mais equitativo às suas classes. Ou seja, diferentemente da Europa que vivencia um Estado pós-social, em que se percebeu que a efetivação de direitos tem custos (ver: *The cost of rights*, 1999, de Holmes e Sustain) e o Estado, em virtude disso, retirou de seus ombros o peso de certos setores deficitários do serviço público, atuando, prioritariamente em coordenação ou na fiscalização e controle de determinados setores regulados, o Brasil, ao revés, possui uma regulação nova, que é um *mix* de muitas outras e que não consegue se movimentar com a devida autonomia reforçada devido à forte pressão política em que concentra as decisões, sob o argumento de promoção de políticas sociais e de distribuição de renda visando ao maior interesse público de proteção da dignidade humana, em última análise.

¹⁴ Ademais, despertou grandes questionamentos sobre a vigência da Constituição Dirigente, a revisão do posicionamento adotado por Canotilho: “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador” (1982), cujas lições influenciaram sobremaneira a Constituição de 1988.

de construção nacional de desenvolvimento¹⁵.

Não podemos olvidar-nos das transformações nas estruturas dos Estados, que o restante do mundo ocidental vivencia desde a década de 80, com um Estado que percebe que a efetivação dos direitos sociais conquistados tem um custo muito alto, e tenta, por conseguinte, desvincular as atividades acessórias do encargo do público em transferência para o privado, agindo, nessa toada cada vez mais como um partícipe, ou um Estado regulador, ativador da economia e dos interesses públicos¹⁶.

O Brasil, ao revés, em sua conjuntura histórica, de conflitos sociais gritantes e efetivação tardia de direitos e garantias, faz, no momento, o movimento inverso dos países desenvolvidos, ao tentar implantar cada vez mais um Estado social, através de políticas públicas a fim de diminuir suas desigualdades; para tanto, age com manobras políticas e um pulso forte do Governo na intervenção econômica, minimizando a autonomia dos setores regulados e executando opções políticas, nem sempre mais benéficas ao mercado, porém, necessárias ao aumento do controle geracional dos setores sensíveis da economia regulados por ele.

1.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Binenbojm¹⁷ advoga a tese de que a criação do direito administrativo atrelado à legalidade e à separação de poderes da França pós-revolucionária não passa de um engodo, considerando como um equívoco histórico e uma “reprodução acrítica de um discurso de embotamento repetido por gerações”¹⁸. O que nas palavras de Paulo Otero¹⁹ poderia ser definido como uma “ilusão garantística da gênese”.

No Brasil, o sistema francês ganhou espaço para se legitimar e implantar ideias, como a noção de supremacia de interesse público como elemento de hierarquização das demais estruturas de poder; a discricionariedade como brecha do legislador conferindo

¹⁵ Idem (2007).

¹⁶ SILVA, S. (2011, p. 112).

¹⁷ BINENBOJIM (2011). Ele traça um novo esquema de interpretação do direito administrativo sob o olhar constitucional, quebrando paradigmas antigos e renovando as bases da teoria do direito administrativo.

¹⁸ A reprodução das ideias que o autor está a referir-se, nomeadamente, é: supremacia do interesse público, prerrogativas da administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo etc.

¹⁹ OTERO (2003).

certa liberdade decisória ao gestor²⁰.

Nessa toada, a constitucionalização do direito administrativo deve ser observada como uma postura de releitura e redefinição de institutos e conceitos da velha dogmática da disciplina²¹, à luz da normatividade e dos princípios informadores da Constituição, de maneira a firmar novos modelos, dotados não apenas de maior consistência teórica, mas comprometidos com o sistema democrático, com a busca da eficiência como mola propulsora de desenvolvimento e, sobretudo, com o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais²².

Outra questão que se evidencia é o alargamento das margens decisórias da administração no que concerne ao tratamento de políticas públicas e afins, através da importação do mecanismo de regulação, fiscalização e controle por agências reguladoras independentes²³ para o Brasil, nos anos 90.

Com efeito, as estruturas tradicionais em que se erigiram conceitos como legalidade, imperatividade, supremacia do interesse público, insindicabilidade do mérito administrativo, aos poucos vão sendo substituídos por conceitos de conotação mais aberta e de certa abstração, como: legitimidade, consensualidade, vinculação à juridicidade, moralidade, eficiência, confiança legítima, entre outros, a dirigir o modo de administrar do Estado²⁴.

Em síntese, a constitucionalização do direito administrativo pautou-se na vinculação administrativa à juridicidade, isto é, no acolhimento dos princípios e normas constitucionais a balizar e modificar a forma de interpretar alguns pilares do regime jurídico administrativo²⁵, enxergando a legalidade de forma ampla e abraçando o sentido

²⁰ Outro ponto importante que se observa é que a ausência de correspondência constitucional com o direito administrativo que foi mantido sob o pretexto da autonomia da disciplina, pretexto este que também alcançou a definição de discricionariedade, tida como uma “margem de liberdade decisória” do administrador, sem que isso implicasse remissão aos preceitos constitucionais. Ainda pertine ressaltar que mesmo as primeiras demonstrações de controle judicial dos atos administrativos (como a teoria dos motivos determinantes ou a teoria do desvio de poder) remetem à vinculação à lei e não à constituição.

²¹ Na alusão feita ao tema, sobre a transição do princípio da legalidade para uma vinculação à juridicidade, Andrade (2012, p. 38) afirma que, de fato, cuidou-se de uma “alteração do sentido e do conceito material de lei; alargamento do domínio juridicamente relevante; desenvolvimento exponencial das esferas de actuação administrativa – têm como consequência a ampliação e a diversificação das relações entre a Administração e o Direito, gerando um novo paradigma”.

²² BINENBOJM (2008, p. 780); SILVA (2010, p. 12).

²³ BINEMBOJM (2011, p. 21-22).

²⁴ MOREIRA NETO (2005, p. 2-3).

²⁵ Bandeira de Mello definiu o regime administrativo como sendo o ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo, assumindo roupagem de um efetivo

de interesse público como o interesse que melhor realize, legitimamente, os fins resguardados pelos direitos fundamentais e pelo interesse coletivo.

Nas palavras de Moreira Neto a transadministratividade²⁶ refere-se às relações de cunho administrativo, porém que perpassam os domínios do Estado, desenvolvendo-se, muitas vezes, entre privados que praticam “interesses públicos globais”, e, portanto, lidam com direito público; outrora, entre entes públicos que praticam atividades econômicas de privados²⁷, no caso do Brasil, seja na atividade de monopólio²⁸ ou na atividade econômica em sentido estrito²⁹.

Em suma, há um florescer de uma nova ética no poder, imbuída de um modelo de reestruturação das entidades político-administrativas e socioeconômicas, que vem expressar a mutação de um “Direito do Estado sobre o homem, para um Direito do homem no Estado”, utilizando, em última análise, o Estado como instrumento para a passagem da lei para a juridicidade do Direito³⁰.

1.1.1 Desmistificação do “princípio” da supremacia do interesse público

Os administrativistas tradicionais³¹ sempre apoiaram a ideia de uma “supremacia do interesse público” como sendo um dos vértices que balizam o regime jurídico administrativo, sendo o outro lado da moeda, a indisponibilidade do “interesse público³²”, considerando-os, inclusive como princípios norteadores de todo o arcabouço administrativo e de estrutura do Estado, apesar de não escrito, tampouco expresso na Constituição ou em qualquer norma infraconstitucional. Para eles, a supremacia do

regime jurídico-administrativo cujas "pedras de toque" consistem na supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração (MELLO, 2004, p. 46).

²⁶ O autor afirma que nenhuma constituição consegue sozinha resolver os problemas que assolam a humanidade. Para ele, temos em torno de duas mil organizações internacionais e entidades privadas que atuam na regulação de questões públicas ou de interesse de Estado, enquanto que há em média duzentos Estados, e que essas entidades privadas fazem parte dessa constelação, igualmente, como o Estado para garantir o interesse público. É nesse sentido o transconstitucionalismo de Neves (2009).

²⁷ Andrade (2012, p. 67-68) elenca três espécies de privatizações ocorridas na Administração, a saber: a privatização substancial (material) das atividades; a privatização formal ou instrumental e a privatização funcional.

²⁸ O monopólio está regulado no artigo 177 da CF/1988, e foi expresso em duas situações: no caso do petróleo e dos minerais nucleares. Ambos os monopólios foram flexibilizados pelas EC n. 09/95 e 49/06.

²⁹ Art. 173 da CF/1988 está adstrita a casos em que o Estado considere proteger os imperativos da segurança nacional ou um relevante interesse coletivo.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, *Mutações Constitucionais*, ob. cit., p. 08-12.

³¹ Dentre eles, MELLO (2006, p. 87-90).

³² O “princípio” da indisponibilidade do interesse público será abordado no próximo tópico.

interesse público se impõe sob o particular, em qualquer circunstância, desde que haja um choque de interesses entre as esferas pública e privada.

Em que pese esse entendimento, filiamo-nos aos pensamentos da corrente mais moderna³³ que acredita, não somente, que a supremacia do interesse público não é um princípio, como jamais, poderia sê-lo, uma vez que sendo colocado numa posição de superioridade, inclusive entre os demais princípios e direitos fundamentais, não estaria sujeito à ponderação³⁴ que entre eles existe nos casos concretos, podendo variar o grau de intensidade de sua aplicação, tornando-se, assim, uma tautologia³⁵.

Ademais, não há preceito ou norma que expresse a “prevalência” do interesse público sobre o privado; o que poderá acontecer é, em algumas circunstâncias, a própria lei ou a Constituição detalhar, anteriormente, feito o sopesamento de interesses, a “preponderância” do interesse público sobre o privado ou o inverso³⁶.

Antes da constitucionalização do direito, imperava a valorização de microssistemas isolados, como a devida importância do Código Civil a regular a autonomia da vontade e as relações entre privados, e doutra banda a administração e a dita legalidade a gerir as relações públicas com um condão de superioridade hierárquica e sobrepujança de poder sobre os particulares.

Com a mudança de paradigma, da força normativa da Constituição e a sua ideia de centro e compatibilização de seus preceitos com o restante do ordenamento, os intitulados “microssistemas” tiveram que se adequar a essa nova realidade constitucional, ou não seriam mais recepcionados pelo arcabouço jurídico-constitucional brasileiro.

No caso específico da Administração Pública, assiste-se a uma

³³ Entre eles, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Gustavo Binembojm, Daniel Sarmiento, Odete Medauar, Humberto Ávila.

³⁴ ALEXY (1993).

³⁵ BINEMBOJM (2008).

³⁶ Aragão (2013, pp. 82-84) traz alguns exemplos das duas situações, no primeiro caso, ele cita o exemplo das desapropriações ou das requisições administrativas, circunstâncias em que a Lei estabelece previamente o interesse que se deve assumir como prevalente. Ao revés, o autor também cita exemplo de caso em que o interesse privado é privilegiado em desfavor do público, como, por exemplo, dá preferência ao sigilo de correspondência em desfavor da apuração de crimes. Ainda ressalta que, mesmo quando é o interesse público que se sobrepõe previamente, como nos exemplos citados, há um cuidado em tutelar os interesses particulares, de algum modo, como na desapropriação em que o proprietário perde o bem, porém, é indenizado. Assim, conclui-se que mesmo nos casos em que a Lei ou a Constituição impõe previamente a prevalência de um interesse sobre o outro, não deixa de haver ponderação dos interesses em questão, mesmo que em menor proporção.

constitucionalização do Direito Administrativo³⁷ em geral, através de uma releitura dos pilares que ergueram a estrutura administrativa até então. Isso se torna nítido, principalmente, se partirmos da análise do “princípio” da supremacia do interesse público que perdeu espaço e razão de existir (se é que algum dia existiu) diante da valorização das garantias e direitos fundamentais. E identificou nos aplicadores desse direito uma relação de equalização dos interesses e minoração dos conflitos, através dos princípios constitucionais abertos, da proporcionalidade e da eficiência, como força motriz para promoção da justiça nos casos concretos³⁸.

Desta forma, é atento às missões entabuladas na Constituição que se poderá balizar o que de fato é interesse público, e assim perceber que nem sempre o interesse público está adstrito à administração pública, muitas vezes o interesse público poderá estar velado na tutela de um interesse particular ou privado³⁹. Ao efetivar e garantir o interesse público e os objetivos constitucionais passa muito mais pelo sopesamento de valores entre o coletivo e o individual, o público e o privado, tendo em mente sempre o uso do princípio da proporcionalidade para chegar a um denominador comum do que é garantir o interesse público e efetivar as políticas de desenvolvimento traçadas nas normas programáticas⁴⁰ da CF/88.

Ao fim e ao cabo, percebe-se que o que está em jogo é uma transformação não só de paradigma da estrutura administrativa como um todo, mas uma lente constitucional sobre a ideia de interesse público. O interesse público deve sempre existir na administração, mas não como um princípio superior a todos os demais, e, sim como uma medida otimizadora que garanta a ponderação sobre todos os princípios a balizarem as decisões⁴¹, funcionando como *standards* para situações futuras em que se maximize o uso racional da ponderação de interesses e da proporcionalidade com o escopo de se atingir com a máxima efetividade o real interesse público.

³⁷ BARROSO (2010, p. 38).

³⁸ SARMENTO (2007, p. 135-142).

³⁹ BINENBOJM (2007, p. 774-775).

⁴⁰ Para maiores esclarecimentos sobre as normas programáticas e constituição dirigente, leia: CANOTILHO (1982).

⁴¹ BINENBOJM (2008, p. 32).

1.1.2 Indisponibilidade do interesse público (ou consensualidade e arbitrabilidade no direito administrativo)

Sobre este “princípio” ou “consensualidade e arbitrabilidade no direito administrativo”⁴², como Aragão denominou, ensina-nos que não se trata de uma prerrogativa da Administração Pública, mas de um poder-dever de servir à sociedade em geral, a fim de atender, como última *ratio*, o “interesse público primário”⁴³, e sempre que possível primar pela via conciliatória nas questões administrativas.

Outra questão relacionada à indisponibilidade, e que será o enfoque dado neste trabalho, pertine à arbitragem envolvendo entes públicos, é que, de antemão, os interesses públicos assegurados pela Administração Pública seriam indisponíveis e não caberia solucionar as suas controvérsias pela via da arbitragem, que em geral se refere à autonomia de vontade em relação a interesses disponíveis, funcionando, desta maneira, a indisponibilidade do interesse público como uma limitação constitucional à sua prática.

Todavia, parte da doutrina corrobora que a arbitragem seria possível na Administração Pública para decidir interesses públicos secundários, que, consoante Alessi, trataria de questões “patrimoniais ou financeiras do Estado”, vedada a sua utilização para atividades-fim da administração que nomeadamente envolveria interesses públicos primários⁴⁴.

⁴² Expressão utilizada, devido às aberturas à consensualidade entre o particular e a administração, sem que isso ponha a causa em disponibilidade do interesse público, às vezes é mais interessante para a Administração (interesses da sociedade como um todo) que ela concilie com o privado/particular do que impor, propriamente, um ato unilateral, que nem sempre irá imprimir a melhor solução a viabilizar o real interesse público (ARAGÃO, 2013, p. 85). Ainda sobre o tema, o posicionamento do STF, no Recurso Extraordinário (REXTR n. 253.885-0 MG, primeira turma, Relatora Min. Ellen Gracie) em que analisou um acordo feito pela Administração sem prévia autorização legislativa, em que se discutiu a violação da legalidade e a indisponibilidade do interesse público; a decisão, ao final, considerou que “no caso, o acordo serviu a uma mais rápida e efetiva consecução do interesse público, não havendo, assim, que se falar em ofensa ao artigo 37 da Constituição Federal”.

⁴³ Sobre o interesse público primário, “é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Já os interesses secundários seriam relacionados com os interesses do erário em maximizar suas arrecadações e minimizar suas despesas” (BARROSO, 2005).

⁴⁴ De acordo com Aragão (2013, p. 82-87) e Moreira Neto (2001, p. 228), o interesse público ramifica-se em interesse público primário e o secundário ou derivado. O primeiro está adstrito com a sua relevância, considera a segurança e o bem-estar da sociedade; são definidos pelo ordenamento jurídico e compete ao Estado a sua consecução. Já o outro possui natureza instrumental. Está atrelado às pessoas jurídicas que os administram e existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em direitos patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis. Neste contexto, o autor considera que são disponíveis os interesses e os direitos deles derivados que tenham cunho patrimonial, isto é, que consigam ser contabilizados, e façam parte do comércio, e por isso são objeto de contratação com escopo de dotar a Administração ou os seus delegados, dos meios instrumentais a fim de estarem em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justifiquem a própria razão de ser do Estado.

Para Aragão nenhuma espécie de interesse público possibilita parte com a arbitragem, tanto é assim, que nem dos bens dominicais e tampouco dos créditos pecuniários a Administração pode dispor, sem autorização legislativa. Consoante esse entendimento, para o autor, apenas nos casos em que houver expressa autorização legislativa é possível o manejo da arbitragem na esfera pública. Entrementes, o autor ainda faz uma ressalva, a de que é inegável o uso recorrente a este recurso na consecução de contratos administrativos entabulados com empresas públicas ou sociedades de economia mista que estejam no mercado, e, que por inteligência dos princípios extraídos do art. 173, CF, essa autorização já estaria ínsita, para esses casos específicos⁴⁵.

Pese embora o entendimento de alguns doutrinadores, sobre a necessidade de prévia autorização legislativa, para que a Administração possa transigir, entendemos que não carece de haver autorização expressa pela via legislativa apta a desmerecer o livre arbítrio para a escolha do meio mais apto e eficiente à justa resolução de conflitos em que a Administração se envolva, bastando, para tanto, que ela faça uso da ponderação sobre a atividade em questão, e, se este está na esfera do interesse público primário, pouco importando se se trata da administração direta ou indireta.⁴⁶ Assim caminha a jurisprudência do STJ⁴⁷ e STF⁴⁸.

⁴⁵ ARAGÃO (2013, p. 85-88).

⁴⁶ Nesse sentido, “sempre que puder contratar – o que importa em existência de disponibilidade atinente a interesses e direitos patrimoniais – poderá a Administração (direta ou indireta) convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso importe disposição do interesse público, mas, muito ao contrário, um método para satisfazê-lo de modo mais célere, mais técnico, com custos menores e, sobretudo, com as vantagens da consensualidade” (TÁCITO, 2002, p. 83-88). Bem como, “[...] não pode comprometer-se por largo prazo a conformar-se com certa interpretação rígida do interesse público e com determinados processos de realizá-lo. O interesse público (lato sensu) é transcendente à administração, onde a sociedade pode impor mudança nos serviços administrativos instrumentais, eis que são meios diretos ou indiretos de satisfação das necessidades coletivas. [...] Daí uma cláusula de sujeição do contraente particular ao interesse público, implícito na definição de contrato administrativo O que importa manter ao sujeitado é o princípio da colaboração livre e remunerada” (CAETANO, Tomo I, p. 183/185). Deve-se informar ainda que a arbitragem está autorizada de forma genérica nos dispositivos legais existentes, entre eles o artigo 54 da Lei n. 8.666/93, o artigo 23, XV, da Lei n. 8.987/95, o artigo 1º da Lei n. 9.307/96. Conforme já mencionado neste trabalho, existem também leis específicas que admitem a participação da Administração Pública em arbitragens: Lei n. 5.662/71, art. 5º (BNDES); Decreto-Lei nº 1.312/74, art. 11 (empréstimos); Lei n. 8.693/93, art.1º, § 8º(transporte ferroviário); Lei n. 8.987/95, art. 23 (concessões); Lei n. 9.472/97, art. 93, XV (telecomunicações); Lei n. 9.478/97, art. 43, X (petróleo); Lei n. 10.848/04, art. 4º, § 6º (CCEE); Lei nº11.079/04, art. 11 (PPP).

⁴⁷ “Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro -, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalta-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos

Certo é que, como vimos anteriormente, o interesse público não pode ser atribuído com banalidade a toda e qualquer atuação da Administração. Como é sabido, deve-se distinguir o interesse da Administração Pública, enquanto ente público e gestor, dos interesses que garantem a sua atividade-fim, ou seja, o interesse coletivo geral. É o que preleciona Justen Filho, quando afirma que para uma melhor ordenação do conceito de interesse público, o “regime de direito público seja erigido sobre a ideia de supremacia de indisponibilidade dos direitos fundamentais”⁴⁹.

a direitos patrimoniais disponíveis [...] Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não sujeitos à arbitragem”. Vale registrar que no Agravo Regimental do Mandado de Segurança n. 11.308-DF, a amplitude da admissão da arbitragem, pois não se tratava de atividade econômica em sentido estrito, realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista, e, sim, sobre o arrendamento de instalação de portuária, que caracteriza serviço público. Mesmo assim, foi considerado legítimo o uso da arbitragem sem qualquer reserva quanto à ausência de autorização legislativa (RE n. 612.439-RS e RE n. 606.345-RS. – Julgados no STJ).

⁴⁸ Registre-se que o *leading case* "Caso Lage" foi articulado por meio de uma autorização legal específica para a arbitragem (Dec.-Lei 9.521/46). O STF afirmou que o juízo arbitral sempre foi consagrado no direito brasileiro, até mesmo em litígios contra a Administração, e que pensar de modo contrário significaria restringir a autonomia contratual do Estado. Sendo assim, para resolver a pendência do valor a ser pago em decorrência da desapropriação de bens com as Organizações Lage, constituída por empresas privadas que se dedicavam à navegação, estaleiros e portos, a própria União submeteu-se à arbitragem o que foi considerado válido (STF. Agravo de instrumento nº 52.181-GB, Rel. Min. Bilac Pinto. RTJ 68/382).

⁴⁹ JUSTEN FILHO (2006, p. 35-47). No mesmo sentido, Carmona (2010) assevera que são arbitráveis controvérsias relativas a matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem.

CAPÍTULO II – A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Este capítulo se detém a observar a inserção da ordem econômica traçada na Constituição de 1988, com o fulcro nos preceitos e garantias que buscou tutelar em relação ao petróleo. Para tanto, abordaremos alguns fundamentos, princípios normatizadores e dispositivos específicos que se alinham com essa proposta, a fim de identificar o perfil constitucional, as missões e os valores que ela se propôs a resguardar quanto a esse bem.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO

Denominar uma Constituição por econômica é agregar nela uma parte de suas normas e princípios cujo viés seja econômico⁵⁰. E tenha por escopo disciplinar as “liberdades, direitos, deveres e responsabilidades”,⁵¹ de privados ou de pessoas jurídicas do Estado que haja no interesse público, em prol da coletividade.

É preciso notar que a ideia de uma constituição econômica é ainda um termo bastante impreciso e variável, conforme as experiências históricas de cada povo⁵². Portanto, não a podemos classificá-la de maneira uniforme e centralizadora, partindo de dado contexto histórico ou de fatos comuns⁵³.

⁵⁰ Toda parte econômica que esteja instituída em um título específico ou que demonstre constituir uma lógica com fundamento econômico e/ou social, pode ser considerada como a Constituição Formal Econômica.

⁵¹ Vale salientar, ainda, que a Constituição econômica abrange apenas preceitos e normas fundamentais à estruturação da ordenação econômica que não se subsume a esta, uma vez que encontramos normas esparsas que preceituam diretrizes e restrições à atividade econômica em diversos segmentos, a saber: na parte de contratos e propriedade, no direito civil; no direito administrativo econômico, da regulação; no direito da energia; no direito penal econômico; no direito laboral e no direito comercial-empresarial (SANTOS *et alii*, 2011, p. 33-34).

⁵² Diante de todos os fatos históricos e em meio às experiências de modelos econômicos que variaram do liberalismo clássico ao socialismo, permitiu a conjugação dessas ideias de matriz ideológico-política que, com certeza, influenciaram a Carta Maior de diversos estados. Assim, não causa estranheza que muitas delas tenham agregado valores muitas vezes contraditórios entre si, como é o caso do Brasil, que ao mesmo tempo abriga valores nacionalistas e protecionistas, e adere também à filosofia de mercado, com a valorização da livre iniciativa, da livre concorrência, ao passo que tutela a valorização do trabalho humano e a intervenção direta do Estado na economia.

⁵³ Para Moreira (1974, p. 09), para definir uma constituição como econômica, há de associá-la a um “determinado sistema social”. Já para Reich (1985, p. 68-72), poderíamos elencar quatro possíveis métodos de enxergar a constituição econômica: um primeiro seria considerá-la como o próprio sistema econômico adotado na realidade social; o segundo seria o compêndio de normas constitucionais aptas a lastrear a intervenção do Estado na economia em um determinado contexto e para um determinado fim; o terceiro teria uma conotação da constituição como instrumentalizadora da intervenção do Estado na

Em um breve cotejo temporal, temos que desde a origem do Constitucionalismo até meados do Séc. XX, as Constituições não tinham a preocupação em disciplinar a arena econômica, em virtude da profusão das ideias liberais. Até que durante os períodos totalitários⁵⁴ e após os períodos de guerras e recessões que interligaram, de maneira mais coesa, as nações e os povos, o Estado percebe que para efetivar a democracia, carecia de ter uma ordem econômica estruturada, sob a égide de um instrumento que promovesse o diálogo entre política e economia, introduzindo essa temática, com a devida importância e peculiaridade, no bojo de diversos ordenamentos.⁵⁵⁻⁵⁶

Em outras palavras, no Estado Liberal não havia a necessidade de se promover a ordem econômica ao patamar constitucional, pois aquela se regulava através do próprio mercado. Devido à sucessão de fatos acima narrados, os Estados perceberam a necessidade de propiciar a consecução de políticas públicas que somente poderiam ser instrumentalizadas pela força constitucional que contivesse uma política econômica alinhada aos compromissos políticos que deveriam ser implementados⁵⁷.

Em relação à ordem pública econômica, concepção mais restrita que a de Constituição econômica, adotamos o posicionamento daqueles que defendem ser composta pelos mandamentos vocacionados a tutelar determinados “interesses fundamentais da coletividade”⁵⁸.

No Brasil⁵⁹, a ordenação econômica constitucional foi introduzida pela Carta de

economia e, por último, seria não só a garantia de instrumentos ou meios presentes na constituição, como também limitações ao exercício de intervenção.

⁵⁴ A intenção de constitucionalizar princípios de relevância econômica iniciou com o fim da Primeira Guerra e com a implantação de regimes totalitários: o fascismo e o socialismo, os quais trouxeram uma vivência “prática” e latente da intervenção do Estado na economia (CASSESE, 2000, p. 3).

⁵⁵ No início do séc. XX houve uma proliferação de Cartas a constituir direitos econômicos, a saber: a Constituição mexicana de 1917, a Constituição de Weimar, de 1919, a Russa de 1918, a da URSS, de 1924, a Constituição espanhola, de 1931, a Constituição portuguesa de 1933 e a Constituição brasileira de 1934 que instaurou uma espécie de organização constitucional de atividade econômica, a qual foi aprimorada e permaneceram as Cartas posteriores (TAVARES, 2011, p. 87-99).

⁵⁶ CAGGIANO (2007, p. 3-5).

⁵⁷ Embora a necessidade de regular o direito econômico pela via constitucional tenha se acentuado a partir da forte intervenção do Estado na economia, não podemos afirmar que a garantia de uma ordem econômica constitucional se resume às normas que versam sobre a intervenção do Estado na economia, como precisou Laubadère (1979, p. 27-28).

⁵⁸ MOREIRA (2011, p. 50).

⁵⁹ É bom que se diga que o trabalho não tem a pretensão de incluir a constitucionalização do direito econômico sobre o abrigo do neoconstitucionalismo, ou seja, o fato de tratarmos do neoconstitucionalismo e da releitura do direito administrativo não reflete o caráter das normas de cunho econômico, pois estas se ordenaram muito antes, e teve dois marcos importantes como vetores de sua

1934, salvo a de 1937 de cunho ditatorial que a extirpou, retornando com a Constituição de 1988, repaginada e apartada da ordem social⁶⁰.

Sem maiores delongas, e adentrando por seu turno na Constituição de 1988, temos que houve, de fato, uma real transformação sociocultural, em virtude da redemocratização⁶¹ do país, composta por anseios pluralistas, valores, missões constitucionais, fins e tutela a identidades múltiplas⁶²⁻⁶³.

Assim, é indispensável que, ao menos, as diretrizes e finalidades⁶⁴ essenciais que se buscam atingir com o mercado estejam contempladas na Carta Maior, não apenas a fim de favorecer a identificação dos direitos que legitimam a sua atuação, mas também para assegurar os limites e responsabilidades dos sujeitos econômicos que nele operam⁶⁵. Esse sistema que visa balancear uma “economia de mercado” com “interesses públicos e sociais”⁶⁶ estão assentes no fundamento e dispostos em vários artigos pela Constituição, que visou contrapor uma realidade jacente de amplo intervencionismo estatal assente na Constituição de 1967 e ratificada pela EC n.1/1969⁶⁷, permeada por acepções neoliberais, ratificando a opção pelo sistema capitalista, com uma economia apoiada no mercado e descentralizada.

Como as Constituições anteriormente vigentes, a matéria econômica ganhou um título exclusivo que conformou os seus fundamentos e princípios, disciplinando o modelo a

ascendência nas Cartas Constitucionais, que foi a Revolução Russa e o Keynesianismo, que identificaram a necessidade de uma intervenção estatal.

⁶⁰ GRAU (2008, p. 73).

⁶¹ Estamos a nos referir ao longo período ditatorial que se entardeceu no Brasil e perdurou de 1964-1985.

⁶² De acordo com Moreira (2011, p. 42), a ordem econômica não é composta por um sistema singular, mas a simbiose de vários sistemas, sendo um deles, prevalente.

⁶³ O artigo 3º da CF/88 é um instrumento normativo que transformou fins sociais e econômicos em jurídicos, atuando como linha de desenvolvimento e de interpretação teleológica de todo ordenamento constitucional. [...] Nesse sentido, o Estado deve ser entendido como o “portador da ordem social”, o que pressupõe uma vontade política disposta a colocar o programa constitucional em andamento (BERCOVICI, 2011, p. 209).

⁶⁴ Podemos considerar uma perspectiva finalista à Constituição, isto é, tendo por escopo a organização da atividade econômica, o cumprimento das metas sociais e, de forma geral, a regulação da atividade econômica como um todo. Além disso, assim como na Constituição espanhola de 1978, há um desejo de mudança estrutural do sistema (Idem, p. 210).

⁶⁵ MOREIRA (2011, p. 79).

⁶⁶ Estas expressões foram citadas por Marques (1999, p. 6), ao fazer referência sobre as características e o tratamento constitucional português na temática econômica.

⁶⁷ Art. 160 da EC n.01/1969: A ordem econômica vigente na Constituição teria por escopo realizar o “desenvolvimento nacional” com base na “justiça social” (CORRÊA, 1991, p. 200 *apud* TAVARES, 2011, p. 117).

ser seguido e equilibrando os valores da iniciativa privada com a regulação pública⁶⁸.

Ao implantar uma política de mercado como vetor de desenvolvimento e promoção da ordem econômica, em seu artigo 170⁶⁹, expressou uma função social à economia, tendo como vértice a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano. Assim, a intervenção do Estado na economia só se realiza, direta ou indiretamente, com fulcro no interesse público, refletido na tutela da soberania nacional ou na proteção de um interesse coletivo legítimo.

Ainda, a despeito de sua “função estruturante⁷⁰”, os princípios de cunho econômico se impõem ora em um modo “operativo⁷¹”, ora de forma “programática⁷²”, passando por uma maturação do conteúdo material para uma “unificação e harmonização da Constituição econômica formal”, a fim de constituir uma vertente constitucional econômica cada vez mais aberta e realizadora de políticas públicas⁷³.

Doutra banda, salienta-se a redução do papel do Estado e o protagonismo da iniciativa privada em agregar espaços, antes, dominados por uma “estrutura estatal ineficiente e inoperante”, com o intuito de fomentar os investimentos estrangeiros e modernizar os setores de base e a indústria. Essas transformações restam nítidas com a onda de desestatizações que se cria no início da década de 90, no Brasil⁷⁴. Porém, é de se ressaltar que o Estado não se desvinculou totalmente das atividades econômicas em

⁶⁸ BEDNARSKI; AZEVEDOO (2007, p. 32).

⁶⁹ Art. 170, CF: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob a lei brasileira e que tenham sua sede e administração no país.” (BRASIL, 1988).

⁷⁰ Essa ideia perpassa a ordem econômica conferida à Constituição portuguesa de 1976, segundo Rui Guerra da Fonseca, todavia, até mesmo pela similaridade de missões, institutos e estrutura constitucional, podemos importar tais ensinamentos para a ordem econômica brasileira, instituída na CF/88. Tais conceitos de “função estruturante”, “vertente operativa vs. programática” nos são dados pelo autor, ao fazer referência aos princípios da organização econômico-social portuguesa (FONSECA, 2011, p. 21).

⁷¹ Operativo no sentido de que cabe a todos os operadores do direito se aterem às linhas traçadas pelos princípios informadores e estruturantes da ordem econômica, durante todo o percurso de consecução da atividade.

⁷² Programática quanto à observância dos órgãos competentes ao cumprimento das normas, principalmente, os que desempenham atividade política-legislativa, devendo pautar o exercício de suas “competências na progressiva concretização inovadora da ideia de direito e de justiça subjacente aos vários princípios”.

⁷³ FONSECA (Idem, p. 21-25).

⁷⁴ Foi no Governo de Fernando Collor de Melo que se instituiu o Programa Nacional de Desestatização, através da Lei n. 8.031/90.

espécie⁷⁵, pois, manteve sob sua custódia, ainda, atividades que entendeu possuírem em sua essência um caráter de soberania nacional e de interesse coletivo⁷⁶.

Para tanto, faremos a seguir, um rápido esboço, sobre os princípios que entendemos essenciais, a fundamentar de forma sistemática a normatização constitucional do petróleo e as nuances do quadro político-econômico, a regulamentar os marcos regulatórios existentes.

2.1 DA LIVRE INICIATIVA

Mesmo estando presente no seio constitucional desde a Carta de 1946⁷⁷, foi somente com a Constituição de 1988 que ele se elevou a princípio e fundamento da República (art. 1º, inc. IV, CF⁷⁸)⁷⁹. A Constituição brasileira adotou o sistema capitalista, tendo por base a proteção à propriedade privada e à livre iniciativa, propensa a gerar lucros em uma economia de mercado⁸⁰.

Para os mais fundamentalistas, a liberdade de iniciativa e a propriedade privada são as insígnias maiores do modelo privatístico e da ordem econômica capitalista. Tanto é assim que a aquisição da propriedade é regra, só cabendo a sua desapropriação nos casos estabelecidos pela Lei, de forma expressa e mediante justa indenização em pecúnia.

Da mesma maneira, o setor privado deve exercer a livre iniciativa em qualquer setor, cabendo ao Estado só intervir diretamente na economia nos casos em que a Constituição assim prescreva, não cabendo ao administrador o uso da margem

⁷⁵ Grau (2008, p. 99-116) diferencia a atividade econômica em sentido amplo, como gênero, da qual fazem parte também os serviços públicos e a atividade econômica em sentido estrito, como espécies.

⁷⁶ BEDNARSKI; AZEVEDO (2007, p. 39).

⁷⁷ Através do seu art. 145 “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.” Já a Carta constitucional de 1967, além de adotá-la como princípio, o inseriu no título da “Ordem econômica”, que foi ratificado pela EC/1969 e mantido até hoje lá.

⁷⁸ “Art. 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: inc. IV – Os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa**” (grifos nossos).

⁷⁹ A livre iniciativa deve ser encarada em um sentido alargado, isto é, não se deve limitá-la ao viés econômico, e sim, abarcar todas as vertentes do sistema econômico, sejam eles, individuais ou coletivos, entes cooperados, além de fazer menção à própria liberdade de contratar. Para Silva (1999, p. 767), “liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”.

⁸⁰ Muito embora, parte da doutrina não os entenda como um direito fundamental, encarando-os como uma “garantia constitucional de uma liberdade pública, não de um direito subjetivo público, conformada pela própria ordem constitucional” V. BERCOVICI (2011, p. 260-265).

discricionária para a criação de monopólios públicos⁸¹. Pese embora a liberdade de iniciativa seja ampla, como toda liberdade que se concede um viés constitucional, é, igualmente, relativa, estando adstritas as finalidades e objetivos coletivos, cujas restrições são condicionadas pelo Estado⁸²⁻⁸³.

Alinhado a uma matriz maniqueísta do conceito de livre iniciativa, esta deve estar acompanhada de um fundo social, que privilegie os interesses coletivos e não somente as individualidades, servindo, assim, aos interesses econômicos gerais e tendo como contributo o progresso social. Dito de outra forma, os princípios basilares da ordem econômica devem ser lidos de maneira interligada, comungando dos preceitos exarados nos artigos 1º, 3º e 170, da Constituição de 1988, devendo preservar o conteúdo das normas programáticas imbuídas da promoção do desenvolvimento nacional e de redução das desigualdades sociais e regionais⁸⁴.

Em linhas gerais, o princípio da livre iniciativa tem por escopo propiciar o livre acesso aos bens e serviços produzidos no mercado, bem como a sua comercialização, produção ou troca, com a finalidade primordial da obtenção de lucro. Não é de se estranhar que essa definição causasse a imediata associação ao conceito de liberdade de empresa. Todavia, esta se relaciona apenas como uma espécie do gênero da livre iniciativa cuja liberdade está assente também na liberdade contratual, laboral, de associação e de organização do processo produtivo⁸⁵⁻⁸⁶.

Para parte da abalizada doutrina, o princípio da livre iniciativa contempla um subprincípio, qual seja o da subsidiariedade⁸⁷, que poderíamos considerar como um braço

⁸¹ IANNOTTA, Lucio; PEREIRA (2012-2013, p. 37).

⁸² Sendo assim, a normatização da livre iniciativa instituída na constituição possui uma dupla dinâmica, que poderíamos considerar como “positiva” e outra “negativa ou absenteísta”, ou seja, a primeira tem uma razão de ser garantística, de habilitar qualquer indivíduo ou empresa que deseje praticar uma atividade ou exercer um ofício, com ampla liberdade de escolha. Já a segunda, está atinente ao Estado, impondo a sua abstenção no campo econômico, respeitando as exceções asseguradas pela Lei ou pela Constituição. No mesmo sentido, TAVARES (2011, p. 238-239).

⁸³ Exemplos desses conflitos aparentes podem ser a garantia da propriedade privada e a função social da propriedade, a livre iniciativa e o pleno emprego (SOUZA, 2002, p. 10).

⁸⁴ GRAU (2008, p. 213-214).

⁸⁵ BUONOCORE (2006, p. 15-21).

⁸⁶ TAVARES (2011, p. 238-239).

⁸⁷ Sobre o princípio da subsidiariedade, V. SOUTO (2002, p. 212) e DI PIETRO (1996, p. 22): “[...] não se confunde o Estado Subsidiário com o Estado Mínimo; neste, o Estado só exercia as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da ideia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal; naquele, o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve

derivado do mesmo. Este consiste na restrição do papel do Estado na economia, intervindo, tão-somente como ente regulador, ativador e fiscalizador no âmbito econômico, dispensando à iniciativa privada a promoção e o desenvolvimento do mercado, em virtude da ineficiência do serviço público⁸⁸⁻⁸⁹.

Com efeito, a participação do Estado, quando não estiver atuando na condição de Estado-empresário em que possui condições de igualdade com o setor privado, deve ser sempre secundária na economia, a fim de normatizá-la e regulá-la. Somente sendo esta excepcionada, através da Constituição, de forma expressa, quando esta habilite a sua atuação, em virtude de garantir o interesse público, casos em que se verifica a instalação de monopólios, os quais poderão conviver em harmonia com o princípio da livre iniciativa, porém são inversamente proporcionais à assunção da livre concorrência⁹⁰.

2.2 DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A liberdade de iniciativa não se confunde com a livre concorrência, tampouco são sinônimos ou corolários. Porém, a interligação entre eles conduz a uma dinamicidade de preservação das estruturas de uma economia de mercado⁹¹. Assim, só é possível a existência da livre concorrência onde haja a livre iniciativa, todavia, o contrário não se presume⁹², pois, poderá haver livre iniciativa, mesmo em situações em que não ocorra a livre concorrência, como será exposto mais adiante⁹³.

incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de **fomento**, já referida”.

⁸⁸ A primeira legislação a instituir o princípio da subsidiariedade foi a Carta Del Lavoro, em Itália (1927). Igualmente, o regime militar brasileiro, que consagrou no art. 163 da Carta de 1967 o fomento à iniciativa privada e ao capital estrangeiro.

⁸⁹ Mendes (2000, p. 105) anota que nos Estados Unidos, com exceção de poucos casos isolados, jamais houve “a preocupação estatal de avocar a titularidade de uma dada atividade econômica, para que depois se delegasse a particulares o seu exercício em regime de Direito Público”, tendo ocorrido, gradativamente, “a necessidade de regulação de atividades que se mostraram de especial interesse da coletividade, os chamados *business affected with a public interest*”.

⁹⁰ Neste sentido, valiosa é a lição de Souto (2002, p. 171-172): “O princípio da livre iniciativa não impede a imposição de limites e condicionamentos ao exercício de atividades econômicas, objeto da função regulatória normativa; o que se exige, frise-se, é a ponderação entre os custos da limitação à liberdade e os benefícios a serem distribuídos à sociedade, sempre com vistas à maximização desses (no mínimo, na mesma proporção do sacrifício imposto, matéria ligada à interpretação econômica do direito)”.

⁹¹ FAZZIO JUNIOR (2009, p. 99).

⁹² Ademais, o constituinte teve o cuidado de separar os dois princípios em incisos diferentes do art. 170, garantindo certa autonomia à livre concorrência no inc. IV, do art. 170. Nesse sentido, FARIA (1990, p. 149).

⁹³ Reale (1990, p. 14) aduz: “Ora, livre iniciativa e livre concorrência são conceitos complementares, mas essencialmente distintos [...]”.

Para Tavares, a livre concorrência se resume na “abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social”⁹⁴.

A orientação de manter a livre concorrência como um instrumento de fomento do desenvolvimento nacional e do modelo capitalista, não está assente somente no inc. IV, do art. 170, mas se observa em todo tratamento econômico, como, por exemplo, quando dispõe que as empresas públicas e sociedades de economia mistas, constituídas com finalidade lucrativa, não gozarão de privilégios na ordem civil, trabalhista, fiscal ou empresarial, a fim de garantir a isonomia com as empresas privadas que disputem o setor, e, principalmente, assegurar a liberdade de mercado, sob o manto de uma concorrência “saudável”⁹⁵⁻⁹⁶.

Com efeito, é sabido que tanto o Estado pode agir na condição de empresário e atuar na esfera privada, sob suas regras, conforme o disposto no art. 173 CF, quanto o particular pode assumir atividades de ingerência pública, de acordo com o art. 175 CF, na prestação de serviços de natureza pública, desde que sob a orientação e o resguardo do direito público. Assim sendo, nota-se que o fato de o Estado intervir diretamente na economia ou quando os privados assumem atividades com condão público, não isenta a existência da liberdade de concorrência, sendo evidente que ela irá existir em maior ou menor grau.

Todavia, há atividades que o próprio legislador reservou a competência da atuação no regime de monopólio, por entender essas atividades como estratégicas. Nessas hipóteses, em particular, há limitação à liberdade de concorrência por decisão do próprio constituinte, sendo avaliada a sua incidência, somente, na ocorrência em concreto, pelo administrador, cabendo utilizar-se da proporcionalidade da medida para auferir discricionariamente, quando deverá lançar mão dessa exceção, sabendo-se, consigne-se,

⁹⁴ TAVARES (2011, p. 256); LAUBADÉRE (1999, p. 152).

⁹⁵ Nessa linha, BASTOS (1998, p. 456); TAVARES (2011, p. 258).

⁹⁶ Todas as vezes que a liberdade de concorrência é utilizada com fins de abuso do poderio econômico, gerando condutas antissociais, cabe ao Estado agir, através da regulação da concorrência, para balizar os interesses contrapostos e reafirmar esse posicionamento. Foram criadas diversas leis no Brasil, visando coibir essas condutas, como: a Lei n. 8.137/1990 que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo; a Lei n. 8.176/1991 que regula os crimes contra a ordem econômica e a Lei n. 8.884/1994, que foi batizada como Lei Antitruste, cuja aplicação incide em diversas sanções administrativas a quem comete condutas que violem a liberdade de concorrência.

que seu uso deve ser restrito e ponderado, pois a concorrência deve ser prevalente, em uma economia de mercado. Em última *ratio*, a proteção da livre concorrência se presta a legitimar o mercado a ser mais eficiente e otimizar seus lucros, e, em contrapartida, também repercute na preservação dos direitos do consumidor, inclusive quando coíbe os abusos do poder econômico.

2.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Com a pulverização das demandas, o acesso à informação e o fomento dos valores democráticos, já não é suficiente o cumprimento das atividades administrativas pelos órgãos competentes, mas, de fundamental importância à consecução de maneira eficiente dessas funções⁹⁷.

A economia embalou as atividades estatais de promoção do bem-estar no Estado social, e buscou demonstrar que a igualdade e a universalidade de direitos poderiam ser substituídas por mecanismos mais eficazes e eficientes e que através da “nova economia”, poderiam “os privados produzirem bens de mérito e bens acessíveis, libertando o Estado da produção de bens públicos e semipúblicos. [...] Não se trata, portanto, de uma questão ideológica, como a que se discutia no advento do Blairismo, quando foram adotadas em diversos países reformas estruturais da Administração de Bem-Estar ditadas pelo princípio da eficiência, mas sim da verificação da impossibilidade de manter o actual estado da arte em matéria de socialidade”⁹⁸.

Este princípio foi consagrado pelo constituinte derivado, expressamente, no art. 37, *caput*, da Carta Maior, através da EC n. 19/1998. Imbuído pelas reformas de cunho gerencial que vêm ocorrendo na Administração, com reformas estruturais no seio do Estado, houve a necessidade de se imprimir no texto constitucional essa diretriz, com o escopo de se aperfeiçoar uma consciência administrativa afastada da marcha burocrática, ligada à lei formal e tradicional, e conectá-la a uma administração com foco nos resultados, sem perder de vista a qualidade na prestação dos serviços e com diminuição nos custos⁹⁹.

⁹⁷ Nesse sentido, LOUREIRO (1995, p. 124).

⁹⁸ SILVA (2010, p. 99-100).

⁹⁹ Assim, “a eficiência não pode ser entendida apenas como maximização financeira, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto

O contexto do neoconstitucionalismo e da fragmentação provocada pelo direito global, aceleraram o afugentamento das receitas fiscais do Estado, provocando um imenso déficit público que somado à ineficiência na prestação dos serviços, alinhado à burocratização de suas estruturas, promoveram a ascensão da busca pela Administração gerencial, fincada na desregulamentação e flexibilização para garantir maior eficiência e menores custos ao erário, com o enxugamento da máquina pública.

Para Moreira Neto, o princípio da economicidade, com abordagem constitucional no art. 170 da CF, possui íntima ligação com o princípio da eficiência, sendo, na realidade, a sua expressão no âmbito financeiro¹⁰⁰.

Outro intercâmbio interessante ocorre entre o princípio da eficiência e da legalidade, ou melhor, da juridicidade. E essa relação reside no fato de que a juridicidade não carece de ser “mitigada ou ponderada” para favorecer a aplicação da eficiência, apenas, deverá ser apreciada sob a ótica material e finalística na persecução do melhor interesse público.

Desta maneira, a eficiência visa ao máximo alcance prático da norma vislumbrada pelo legislador, pois, o objetivo principal deste princípio é servir como um vetor de otimização para consecução das metas e diretrizes instituídas no ordenamento.

Nesse sentido, a Administração tende a estar adstrita a princípios e não propriamente à Lei, tornando-se uma administração de resultado, principalmente na seara econômica, em que precisa manter o compromisso de entrega em tempo das obrigações, com o asseguramento da quantidade e da qualidade do serviço. É em essência, a transformação da administração autoritária (imbuída dos preceitos liberais e burocráticos) vestindo a roupagem de uma administração gerencial, mais enxuta em seu aparelhamento estatal, porém imbuída de melhores meios para consecução de seus objetivos¹⁰¹.

Para Silva, o princípio da eficiência ainda busca uma autonomização de sentido no Estado contemporâneo, pois seria utilizado por seus aplicadores, de maneira acrítica, sendo concebido de modo geral como o mecanismo apto a galgar o melhor resultado, com um máximo rendimento – qualitativo e quantitativo – e com diminuição do gasto de recursos – tempo, trabalho, energia e matérias-primas –. E mais, o diferencia da economia

para o Estado, inclusive de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos” (ARAGÃO, 2013, p. 73).

¹⁰⁰ MOREIRA NETO (2009, p. 1.118). Ainda sobre o tema: MARCELLINO JR (2009, p. 181-182).

¹⁰¹ IANNOTTA (2000, p. 37-38). No mesmo sentido GROISMAN *apud* ARAGÃO (2005, p. 3).

e da eficácia¹⁰²⁻¹⁰³. Em suas palavras, “a eficiência tem sido entendida sobretudo como um critério ou parâmetro de actuação e de decisão das entidades administrativas, controlado no quadro da dimensão informadora da racionalidade global do agir administrativo”¹⁰⁴.

Por todo o exposto, torna-se evidente que por mais técnico e eficiente que o Estado possa se tornar e passe à mão dos privados a consecução de certas atividades sensíveis à infraestrutura e ao bem-estar da sociedade, é também correto dizer que o mesmo não poderá descurar da gestão do risco, do controle e da fiscalização dessas atividades, seja na regulação de atividades complexas ou mesmo na função de ativador de agentes econômicos em âmbito concorrencial, sem prescindir dos mecanismos ínsitos à intervenção pública com a finalidade precípua de promoção da eficiência aos interesses da sociedade¹⁰⁵.

2.4 DA PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA

A Constituição brasileira ao estabelecer o papel do Estado na economia tratou de “legitimar o poder” e, simultaneamente, restringi-lo. Para tanto, utilizou-se do “planejamento” para consecução do desenvolvimento econômico, do “fomento”, através do incentivo e subsídios, da “defesa da concorrência” e da “exploração direta da atividade”¹⁰⁶.

A priori, devemos ter em atenção a classificação de Grau quanto à atividade econômica *lato sensu*, enquanto gênero, tendo como espécies: os serviços públicos e a atividade econômica em sentido estrito.

Para ele, “toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção”, muito embora, afirme que na qualidade de prestador ou regulador de um serviço público, o Estado não estaria a atuar de maneira interventiva, pois estaria imerso em seu espaço de

¹⁰² Embora Moreira Neto, como citado alhures, entenda a economicidade como um braço desse princípio, Silva enxerga a economia como “um menor custo para um determinado resultado”. Isso não significa que por entendê-los distintos, eles não sejam complementares, não dispensando a sua atuação em conjunto. Da mesma forma, ocorre com a eficácia, que para a autora, refere-se ao “alcance dos objectivos propostos com a utilização dos meios”. E por último, entende a eficiência como “o melhor resultado para uma mesma estrutura de custos” (SILVA, 2013, p. 521). Na verdade, a eficiência é o meio de se atingir e a eficácia são os fins em si.

¹⁰³ V. ARAÚJO (2005, p. 38).

¹⁰⁴ SILVA (Idem, p. 522).

¹⁰⁵ SILVA (2010, p. 111).

¹⁰⁶ Para SOUTO (2009, p. 93).

titularidade pública¹⁰⁷. Ademais, considera que há três formas de intervenção estatal na economia, quais sejam: (i) intervenção por absorção ou participação¹⁰⁸; (ii) intervenção por direção¹⁰⁹; e (iii) intervenção por indução¹¹⁰.

São os acontecimentos históricos que irão influenciar as decisões políticas que dimensionarão o maior ou menor alcance da atuação estatal do setor econômico¹¹¹. Em virtude da adoção do regime capitalista¹¹², e em consonância com as reformas do Estado, visando à eficiência¹¹³, é notório que uma das esferas mais afetadas com a intervenção do Estado na seara econômica foi a parte de regime jurídico dos contratos, atuando, principalmente, em sua revisão e na liberdade de contratar¹¹⁴.

¹⁰⁷ Intervenção ou o ato de intervir faz referência a posicionar-se ou atuar em campo distinto da sua abrangência, isto é, no campo privado. Pois quando o Estado atua no serviço público ou regula estas atividades, está, apenas, atuando e não intervindo. Assim, temos que quando o Estado atua na esfera da atividade econômica em sentido estrito, eles estão praticando intervenção, já quando atua em área de sua própria titularidade, através da atividade econômica em sentido amplo, pratica a sua atuação estatal (GRAU, 2008, p. 91-92).

¹⁰⁸ Por absorção ou participação, temos que “o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, atua em regime de monopólio” (GRAU, Idem, p. 147).

¹⁰⁹ Na intervenção por direção: “[...] o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. [...] No caso das normas de intervenção por direção estamos diante de comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito” (GRAU, Idem, p. 147-148). Para Bercovici, “os monopólios de direção atendem à finalidade das diretrizes constitucionais econômicas, conformando parte das atividades econômicas sob a intervenção direta do Estado, por meio de empresas estatais e do setor público da economia. O caráter intervencionista de direção e controle sobre a produção e/ou comercialização de determinadas atividades ou produtos também diferencia o ‘monopólio de direção’ dos serviços públicos. A indústria mineral e a reserva estatal sobre o petróleo e outros minerais são exemplos de monopólios de direção” (BERCOVICI, 2011, p. 281).

¹¹⁰ Já na intervenção por indução, “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. [...] nem sempre a indução manifesta-se em termos positivos. Também há norma de intervenção por indução quando o Estado, v.g., onera por imposto elevado o exercício de determinado comportamento, tal como no caso de importação de certos bens. A indução, então, é negativa. A norma não proíbe a importação desses bens, mas a onera de tal sorte que ela se torna economicamente proibitiva. O segundo aspecto, ao fato de que outras tantas vezes determinados comportamentos econômicos são induzidos não em razão da dinamização, pelo Estado, de normas de intervenção por indução, mas sim em decorrência da execução, por ele, de obras e serviços públicos de infraestrutura, que tendem a otimizar o exercício da atividade econômica em sentido estrito em certos setores e regiões” (GRAU, 2008, p. 147-149).

¹¹¹ BERCOVICI (Idem, p. 272).

¹¹² “O Ministro JOBIM afirmou, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 20.906-9-DF, que, “no tratamento dos direitos econômicos, o texto de 1988 reforçou a opção por uma constituição do Estado Liberal.” Essa constatação choca-se com alguns que, condicionados por perspectivas políticas não positivadas, insistem em ver, no texto original de 1988, quanto aos direitos econômicos, uma constituição do Estado de Direito Social.” (ARAGÃO, 2007, p. 679).

¹¹³ SOUTO (2009, p. 95 e 101).

¹¹⁴ GRAU (Idem, p. 94).

2.4.1 Da intervenção direta

Apartando-nos da superficialidade do óbvio e adentrando na peculiaridade dos detalhes, temos que a Constituição de 1988 tratou de distinguir em artigos apartados a especificidade das atividades econômicas a serem empreendidas pelo setor privado, daquelas em que o Estado atua na condição de empresário, ou quando presta serviço público, e, ainda, particularizou as situações em que se enquadram nas atividades monopolizadas¹¹⁵.

As espécies dessa divisão são obtidas no próprio bojo da Constituição, quando discrimina no seu artigo 173 a intervenção direta no domínio econômico, ou seja, considera o tratamento isonômico às empresas públicas¹¹⁶, sociedade de economia mista e/ou suas subsidiárias em relação às demais empresas privadas¹¹⁷, todas, a atuarem com regimes jurídicos próprios. Bem como, através do artigo 175 que cuida das atividades que deverão ser prestadas a título de serviço público.

Além disso, a Constituição teve o zelo em distinguir o regime de monopólio¹¹⁸ (art. 177) das demais formas de participação do Estado na economia, seja nos serviços

¹¹⁵ Registre-se que aqui não estamos a nos referir à criação de monopólios naturais, ou de fato, compostos pelo setor privado com o foco de maximização dos lucros, em desrespeito às regras concorrenciais, estes, inclusive, são inconstitucionais (art. 173, §4º, CF) – e repelidos por ela, através de normas que visam coibir o abuso econômico.

¹¹⁶ “A empresa pública sempre terá privilégios em sua atuação, nem que seja no seu financiamento com capital público, cujo acionista é menos exigente em relação a dividendos. Por isso, a competência leal entre a empresa pública e a privada é quase impossível, o que torna necessário o princípio da subsidiariedade da empresa pública, a fim de que a liberdade da empresa em uma economia de mercado seja efetiva” (ORTIZ, 1999, p. 221).

¹¹⁷ “CF, art. 173: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §1º: A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II- a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação dos acionistas minoritários; V – os mandatos, avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores; [...]” BRASIL, 2014. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 02/08/2014).

¹¹⁸ Valioso é o apontamento de Aragão (2008, p. 176-177) sobre a questão da finalidade de se monopolizar uma atividade, quando aduz: “Há atividades econômicas exploradas pelo Estado, em regime de monopólio ou não, que possuem, naturalmente, interesse público, mas que não são relacionadas diretamente com o bem-estar da coletividade, mas sim a razões fiscais, estratégicas ou econômicas (p. ex.: o petróleo, as loterias, em alguns países o tabaco, os cassinos etc.)”.

públicos¹¹⁹ (art. 175) ou na sua atuação direta na economia¹²⁰ (art. 173).

Para Bercovici, o art. 173 da CF não veio trazer uma limitação à atividade do Estado na economia, coroando a livre iniciativa como uma liberdade exclusiva de privados, na verdade, aquele artigo veio constitucionalizar a possibilidade de atuação estatal em sentido estrito na economia, sempre que entendesse presentes os conceitos jurídicos indeterminados do relevante interesse coletivo ou da defesa de sua soberania¹²¹.

No que concerne à intervenção estatal em defesa da soberania nacional, a mesma só se justifica através de lei federal (art. 21, III, art. 22, XXVIII, e 91 da CF), por cuidar-se de competência privativa da União. Quanto ao relevante interesse coletivo, este pode ser editado por lei federal, estadual ou municipal, pois sua competência é concorrente para realização dos fins da política econômica, conforme preceitua o artigo 23 da Constituição. A regra é clara, como se vê, a subsidiariedade do Estado na economia não foi acolhida pela constituinte de 1988 que o autorizou, a sempre que se demonstrar necessário, intervir diretamente na atividade econômica, seja na qualidade de empresário (art. 173), na prestação de serviços públicos (art. 175) ou mesmo no regime de monopólio em certas atividades (art.177), como é o caso do petróleo. Ressalva-se que todas essas hipóteses devem ser precedidas de lei¹²².

O monopólio autorizado e expresso na normativa constitucional, que gera a

¹¹⁹ Ainda sob o escólio de Alexandre Aragão (Idem, p. 178-179): “Os serviços públicos têm por objetivo o atendimento direto de necessidades ou utilidades públicas, não o interesse fiscal ou estratégico do Estado, como ocorre com as atividades econômicas *stricto sensu*”.

¹²⁰ Ademais, salutar é a observação de Ortiz (Idem, p. 180), segundo a qual atenta para o fato de que a exploração econômica pelo Estado na qualidade de empresário não é conduzida pelo “interesse de utilidade do público, mas um interesse econômico global”. E acrescenta que apesar da semelhança na busca da consecução das finalidades públicas, tanto na função de prestador de serviços públicos quanto na qualidade de empresário, os mesmos se distinguem “na gestão econômica não há uma finalidade de serviço ao público, isto é, aos cidadãos individualmente considerados, mas uma finalidade de ordenação econômica, de conformação social, de serviço nacional, isto é, de promoção econômico-social da nação considerada em seu conjunto”.

¹²¹ BERCOVICI (2011, p. 274-275).

¹²² “Esta reserva de setores ou atividades econômicas para a atuação do Estado, que deve sempre ser criada por lei, pode ser classificada, segundo Coma, em três categorias: os recursos essenciais, os serviços públicos e o monopólio propriamente dito. Os recursos essenciais são os bens materiais ou imateriais, geralmente, de domínio público, cuja individualização é objeto de legislação setorial e cuja essencialidade varia historicamente de acordo com os interesses sociais e econômicos. Os efeitos jurídicos da reserva sobre recursos essenciais se projetam na sua exploração e aproveitamento, que são subtraídos do regime da livre iniciativa privada, legitimando o Estado a assumir sua gestão empresarial direta ou permitindo a atuação dos particulares por meio de concessões administrativas. Embora não necessariamente seja um requisito formal para a essencialidade dos recursos, a propriedade dos bens legitima juridicamente a sua exploração. No caso dos bens de domínio público, no entanto, a dominialidade possibilita que a pesquisa, exploração e comercialização (ou qualquer das fases econômicas) sejam excluídas, no presente ou no futuro, da esfera de atuação dos agentes econômicos privados (COMA *apud* BERCOVICI, 2011, p. 278).

exclusividade da atuação estatal ou a quem este o delegue, exprime o interesse público desde a sua criação. A sua principal distinção em relação ao monopólio privado está no escopo econômico, para a concessão da exclusividade, e não ao regime jurídico aderido, se, maioritariamente, público ou privado. Simultaneamente, essa postura fundamenta-se na necessidade de articulação da política econômica de determinada atividade pela mão estatal.

Esclarece-se que o monopólio limita a liberdade de iniciativa em determinada área, em razão do interesse público, estando este relacionado com o monopólio da atividade a ser prestada, não mantendo uma correlação necessária quanto à “propriedade estatal ou a exclusividade dos meios de produção”¹²³. Ademais, a atividade não será prestada necessariamente pelo próprio Estado, podendo haver “quebra de reserva” na delegação a particulares, desde que haja lei precedente que o autorize.

Outra questão interessante sobre os monopólios públicos se reflete na vedação ou não de instituição de novos monopólios pelo legislador. Para parte da doutrina, com a qual coadunamos, novas hipóteses de monopólios só poderiam ser criadas através de emendas à Constituição, por entendermos expressas as opções que o Constituinte entendeu por relevante isolar da livre iniciativa, que deve ser a regra, diga-se de passagem.¹²⁴ A única discricionariedade que cabe ao legislador ordinário é definir quais os critérios, cedidos pela Constituição, que se enquadram no caso concreto.¹²⁵

Com efeito, no que concerne ao monopólio do petróleo, este se cuida de bem público¹²⁶, isto é, de propriedade da União e é inalienável. Portanto, a despeito da

¹²³ Idem, p. 281.

¹²⁴ Esse posicionamento é corroborado no voto do Min. Marco Aurélio, na ADPF 46-7 DF, senão vejamos: “Se em certa sociedade o Estado prega o dirigismo econômico, mais e mais atividades serão realizadas sob as mãos do Estado e alçadas à condição de serviço público. Ao contrário, se exorta a livre-iniciativa e a liberdade econômica, a regra é que os particulares desenvolvam tais atividades livremente, desde que atendam à disciplina própria para cada setor da economia, atuando o Poder Público apenas de maneira subsidiária” [...] Em igual sentido, “quando o art. 173 abre margem à atuação estatal na economia, franqueia ao ente estatal, indubitavelmente, a possibilidade de nela atuar de forma concorrencial (o dispositivo em questão diz respeito à atividade econômica, ou seja, as atividades atinentes a serviços públicos estão tradicionalmente vinculadas à atuação estatal e nelas não há que se falar em monopólio, mas sim em exclusividade)” (TAVARES, 2011, p. 245-247; GRAU, 2008, 147-148).

¹²⁵ Porém, não podemos deixar de consignar entendimento diverso de Bercovici (Idem, p. 284-285), que defende que o legislador infraconstitucional poderia criar novas espécies de monopólios, caso assim entendesse importante, pois, para ele, o preceito do art. 177, não é *numerus clausus*, e não excepciona a decisão política do legislador infraconstitucional.

¹²⁶ O petróleo e os recursos minerais são bens da União por expressa determinação dos dispositivos constitucionais, art. 20, IX e 176, *caput*. Os bens públicos são bens afetados, isto é, a afetação relaciona-se com a destinação do bem a uma determinada finalidade pública, inerente ao domínio público. Já a

flexibilização pela EC n. 09/95¹²⁷, ressalvamos que a possibilidade de exploração da atividade petrolífera é que foi oportunizada à iniciativa privada. Isto é, não é a jazida ou o bloco que repassa à mão dos privados, mas, em linhas gerais, a exploração econômica do bem rentável por ele produzido.¹²⁸

Neste sentido, ressalvamos que no caso da capitalização da Petrobras, em virtude da lei de cessão onerosa, não se trata da instalação de novo monopólio, uma vez que o monopólio do petróleo já estava consagrado na Constituição, tendo a sua atividade sido flexibilizada com a EC n. 09/95, quando, mediante lei, por interesse e conveniência da União assim desejar. Em outras palavras, não se trata de uma obrigatoriedade, a União ter que contratar com privados a exploração de petróleo, com a flexibilização, isso se tornou uma possibilidade discricionária, que passa por uma decisão política baseada nos critérios pretéritos estabelecidos na Constituição de 1988.

Há ainda outras modalidades contratuais, que diante de seu uso no mercado global, acabou por gerar alguma ingerência estatal, conotando uma intervenção direta, em maior ou menor grau, pelo Estado, por motivos econômicos e estratégicos. São algumas delas: as parcerias público-privadas, as empresas público-privadas.

Em que pese à amplitude do conceito de parceria público-privada, vulgarmente,

desafetação é a retirada do bem do domínio público e a sua inserção no domínio privado do Estado ou do administrado. Ainda em relação à natureza jurídica do petróleo como bem público, a questão da propriedade sobre o resultado da lavra do petróleo e gás natural foi debatida no STF no contexto da ADIN n. 3273-9/DF, impetrada pelo governador do Paraná, Roberto Requião, alegando a inconstitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei n. 9.478/1997, especialmente o seu art. 26, caput. Nessa ADIN, GRAU, relator, entendeu que o petróleo seria bem público dominical e afirmou que o monopólio diz respeito à atividade econômica, não à propriedade dos bens.

¹²⁷ “Elencava a Constituição, como reservadas ao Estado, as seguintes atividades: 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 números 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 a Emenda n. 9/95 que alterou o §1º do art. 177 da CF, declarando que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I ao IV, acima indicados, observadas as condições estabelecidas em lei. (...) Mais a frente, a EC 49/2006 também alterou o inc. V do art. 177, flexibilizando-se o monopólio sobre os minérios nucleares, que passou a ser admitida por meio e permissão” (TAVARES, 2011, p. 244-245).

¹²⁸ Nesse sentido, sobre a distinção entre o monopólio da jazida e o monopólio da atividade: “Há no tema quatro elementos a serem considerados: 1) a propriedade das jazidas; 2) a titularidade da atividade incidente sobre as jazidas; 3) o exercício da atividade incidente sobre as jazidas; e 4) o produto do exercício dessa atividade. Apenas os elementos 3 e 4 podem ser cogitados de, na forma estabelecida pelo §1º do art. 177 da CF, serem transferidos pela União contratualmente, desde que haja lei nesse sentido” (ARAGÃO, 2013, p. 482).

conhecida por “PPP”, principalmente inspirada no molde inglês¹²⁹ e português¹³⁰, a Lei brasileira de n. 11.079/04 foi bem mais modesta, asseverando apenas dois tipos de cooperação, quais sejam: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas¹³¹.

Note-se que a parceria público-privada da empresa pública privada se distingue, uma vez que naquela o objetivo final é a realização de um serviço estatal, com conotação de política pública, embora indiretamente beneficie a coletividade. Já na segunda, há participação estatal, mesmo que minoritária, por fins estratégicos, relacionados à política econômica.

Assim, as empresas público-privadas, que também se distinguem das sociedades de economia mista, devido àquelas conterem participação minoritária do Estado, mas não só. Por não serem consideradas sociedades de economia mista, logo não compõem a administração indireta e não estão sujeitas aos preceitos de controles públicos entabulados no art. 37 da CF¹³².

2.4.2 A intervenção estatal indireta

No Brasil, o pacote de reforma gerencial da administração pública cumulada a

¹²⁹ No modelo inglês, as PPP aludem a qualquer colaboração realizada entre organizações públicas e setor privado. Em suma, são laços baseados numa ideia consensual de divisão de riscos, entre o público e o privado, incluindo, muitas das vezes, o terceiro setor, a fim de atingir o escopo intencionado, para realização da política pública. Essa prática, geralmente, se dá através de um contrato de longa duração, objetivando a consecução de um projeto ou serviço público financiado (IFSL, 2003).

¹³⁰ No direito português, acolhemos a definição dada por Santos (2011, p. 171).

¹³¹ No direito brasileiro, as PPP, segundo a lei, podem ser definidas como: “Art. 2º: é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. §1º: Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; §2º: Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

¹³² Aragão sistematiza várias razões para o surgimento de empresas público-privadas, organizadas sob o manto de um acordo de acionistas e/ou de uma *Golden Share* (termo que denomina as ações de classe especial ou propriamente, ações de ouro – essas ações possuem extrema importância, no tocante às empresas que foram desestatizadas e por motivos político-econômicos, o Estado permanece carecendo ter uma participação mais direta e não só fiscalizatória). Para ele, essas razões seriam: “(1) para fomentar determinados setores da atividade econômica; (2) para realizar de forma mais eficiente as atividades-fim de suas sociedades mistas; (3) para direcionar em determinados sentidos as atividades de uma empresa privada, através de eventual titularidade de uma *golden share* ou da celebração de acordo de acionistas; ou (4) para ter uma maior fiscalização sobre as atividades e contabilidade de concessionárias privadas de serviços públicos, reduzindo a assimetria informacional que existe em relação ao Estado, já que, como sócio, terá mais acesso direto aos dados do que como um regulador externo” (ARAGÃO, 2013, p. 139-140).

uma intensa mudança no padrão de atuação do Estado na economia deveu-se, principalmente, às desestatizações e às medidas de enxugamento da máquina pública, adotadas pelos presidentes Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso, respectivamente. Basicamente, a busca por eficiência e a geração de atratividade de investimentos, direcionaram o Estado a um papel de coadjuvante no cenário da intervenção direta, fortalecendo a vertente de “coordenação” e “regulação”, baseadas no planejamento e no fomento das estruturas de mercado¹³³.

É nesse panorama que se erige a figura das agências reguladoras independentes no Brasil, com o escopo de normatizar, fiscalizar, controlar, entre outras funções, setores sensíveis à economia e aos interesses estratégicos do país, que careciam de um olhar mais técnico, especializado e independente dos braços da administração pública tradicional, inspirando uma roupagem gerencial, eficiente e imbuída de certos preceitos de desenvolvimento privado, sem tantas amarras dos setores burocratizados e ineficientes de outrora¹³⁴.

Para que as agências pudessem desempenhar esse papel diferenciado, ela careceu

¹³³ “Quanto ao primeiro tipo de transformação, o objetivo enunciado da Reforma foi o de redefinir as formas de atuação do Estado brasileiro em favor de um modelo marcado pela prevalência das funções de coordenação e regulação, reduzindo em contrapartida a intervenção direta (empresas estatais, controle de preços e planejamento, por exemplo) na atividade econômica. Desdobramentos mais visíveis dessa orientação foram as ações destinadas a transferir ao setor privado a responsabilidade pela provisão de serviços públicos até então ofertados pelo Estado sob a forma de monopólios públicos: a alienação de empresas estatais e a criação de marcos regulatórios no âmbito dos quais a exploração privada dos serviços passaria a se desenvolver. Quanto ao segundo tipo de transformação, a Reforma buscava aumentar a eficiência da administração, na sua formulação original. Consubstanciada no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRE), esse objetivo seria perseguido em grande medida por meio da implementação da chamada “reforma gerencial” da administração pública, bem como por meio da reforma do regime dos servidores públicos. A criação de agências reguladoras no Brasil dialoga com as duas dimensões da Reforma do Estado. De um lado, cabe a essas novas estruturas – parte da burocracia – desempenhar funções normativas e fiscalizadoras em setores específicos de atividade econômica, dando corpo à forma típica ideal de organização estatal que se convencionou designar por “Estado Regulador” (MAATTOS et al., 2006, p. 9-10).

¹³⁴ Se o regime administrativo se caracteriza por uma combinação de prerrogativas e restrições, a fuga para o direito privado permite que as administrações centrais (ou diretas) conservem suas prerrogativas, despindo-se das restrições por meio da constituição de entidades administrativas com personalidade de direito privado. Mas não só isso. Esta privatização da atividade tem se dado por variadas formas e em diferentes setores. A emergência do gerencialismo procura aplicar técnicas de organização e gestão empresariais privadas à Administração Pública. A ideia de consensualidade tem cada vez mais permeado as relações entre administrados e Administração. A intervenção direta do Estado na economia tem sido substituída por parcerias com a iniciativa privada, pelas quais empresas não estatais passam a explorar serviços públicos e atividades econômicas antes sujeitas a monopólio estatal. O Estado prestador é agora sucedido por um Estado eminentemente regulador. Assiste-se, assim, à emergência de filhotes híbridos da vetusta dicotomia entre a gestão pública e a gestão privada: a atividade de gestão pública privatizada (regime administrativo flexibilizado) e a atividade de gestão privada publicizada ou administrativizada (regime privado altamente regulado) (BINEMBOJM, 2008, p. 236).

de algumas prerrogativas e peculiaridades inerentes às suas funções. Ou seja, elas são constituídas no formato de autarquia especial, e, por isso, possuem alto grau de independência da administração central; além de gozarem de autonomia reforçada, seus diretores são nomeados pelo presidente da república, após a aprovação do Senado Federal, por termo fixo e não podem ser exonerados *ad nutum*¹³⁵.

Doutra banda, em virtude da proliferação de agências reguladoras no país, inspiradas nos moldes estadunidense e francês, trouxeram à tona algumas celeumas constitucionais que se refletiram na própria estrutura do Estado. Dentre elas está o risco institucional em face do suposto “déficit de legitimação democrática, passando pela questão da separação de poderes e desembocando na discussão acerca da intangibilidade do Poder incumbido da prestação jurisdicional.”^{136,137}

Ademais, convém expor algumas nuances da função judicante que vem se desenvolvendo no seio das agências. Cuida-se, na verdade, da arbitragem regulatória, que pertine à “solução de conflitos entre os operadores num determinado segmento econômico”¹³⁸.

Essa competência arbitral da agência reguladora ainda é bastante questionada e controversa na doutrina, não só pela ausência prévia de compromisso arbitral, como também porque a lei de arbitragem brasileira disciplina a sua utilização para o tratamento de direitos disponíveis e patrimoniais. Assim, aderimos ao posicionamento de Souto, para quem a arbitragem comercial, a que a lei faz referência, só poderia ser comparada à arbitragem regulatória, em alguma analogia à forma procedimental, pois, no mais, em nada se assemelham¹³⁹.

¹³⁵ Idem, p. 272/273.

¹³⁶ GOMES (2006, p. 40).

¹³⁷ BINEMBOJM (Idem, p. 243-245).

¹³⁸ SOUTO (Idem, p. 376).

¹³⁹ “No processo regulatório de solução dos conflitos se tem, obrigatoriamente, uma etapa em que se deve procurar compor amigavelmente o litígio. Pela via da conciliação, classificando os interesses em tensão, aproximam-se as partes, para que elas, uma vez alertadas para os interesses que estão em jogo, procurem compor o conflito, chegando a um resultado de consenso. O agente regulador não chega a assumir a direção dessa solução, fazendo, simplesmente, o papel de apresentador de uma parte a outra, de um interesse ao outro, para que os envolvidos, então, examinando o ponto em conflito, cheguem, por suas próprias forças, a uma decisão. Não chegando à conciliação a bom termo, a administração regulatória assume uma posição mais ativa, de propor soluções para a controvérsia, apresentando laudos, dados, registros e propostas objetivas em torno dos quais os agentes regulados devem sopesar os riscos, interesses e benefícios que podem resultar da manutenção ou não do conflito. Só a partir da frustração dessa mediação é que a agência reguladora assume o poder de impor às partes a solução que ela entenda como, tecnicamente, a mais adequada a manter o equilíbrio do setor regulado, sendo as partes obrigadas a

Essa postura coaduna com a tendência atual de “valorização da consensualidade”¹⁴⁰, que se torna cada vez mais usual, inclusive no âmbito da administração, para tratar de interesses da coletividade, e, em última *ratio*, do próprio interesse público.

Ademais, sobre a disciplina da regulação na Constituição brasileira, fê-la, em seu art. 174¹⁴¹.¹⁴². Ressalta-se que em matéria de direito econômico, a competência dos entes federativos é concorrente (art. 24, I), isto é, tanto a União, os Estados, DF e os Municípios devem atentar ao cumprimento das metas, planejamento do desenvolvimento econômico e fiscalização dessas atividades, a fim de resguardar os fundamentos e preceitos dos art. 170 e 174 ambos da CF. É na concreção da ideia de subsidiariedade que se reconhecem os instrumentos propícios a promover o desenvolvimento com planejamento, em vias de

aceitar tal decisão. [...] Há quem não reconheça a competência para a arbitragem regulatória. Isto porque, no Direito brasileiro (Lei n. 9.307, de 23/09/96), a arbitragem comercial exige um prévio compromisso arbitral, pelo qual as partes acordam que qualquer conflito seja solucionado por um árbitro. Entretanto, a arbitragem comercial, que trata de interesses disponíveis, não se confunde com a arbitragem regulatória (que lida com os interesses de uma coletividade afetada pelo conflito) em razão de os comandos da Lei de Arbitragem não se aplicarem aos segmentos regulados, salvo, por analogia, na parte procedimental. Não há qualquer violação ao Princípio da Autonomia da Vontade. Quem adere a um segmento regulado se compromete a cumprir e a se submeter a todo o ordenamento jurídico setorial que orienta o seu funcionamento, que tem implícito o poder da agência reguladora baixar normas estabelecendo limitações à liberdade do contratado, interferindo nas relações entre fornecedores e entre fornecedor e consumidor. Este contrato relacional vai ser constantemente fiscalizado e atualizado por normas emanadas da agência reguladora e os conflitos vão ser possivelmente, solucionados pela via arbitral regulatória também. [...] Outra distinção importante de chamar a atenção entre um processo regulatório e o processo administrativo ou judicial, é que o processo regulatório é fruto da competência regulatória, que deve constantemente ponderar tecnicamente entre custos e benefícios. O processo administrativo e o judicial tradicional são voltados para o passado (o fato que originou o conflito). No processo regulatório, esse tipo de preocupação não esgota a responsabilidade regulatória. A partir de uma decisão regulatória, a agência reguladora, sopesando custos e benefícios, fixa um entendimento acerca do que deve ser a correta conduta ou o resultado eficiente, não apenas das partes conflitantes, mas de todo o segmento regulado. Portanto a decisão regulatória judicante é voltada para o futuro e não para o passado, ela é voltada para todo o segmento regulado e não apenas aquelas partes em conflito e, assim, deve ponderar sobre o impacto que aquela decisão vai gerar não só sobre as partes, mas sobre todo o segmento regulado. [...] Sempre existe a possibilidade da sanção, fruto da regulação, ser substituída por uma medida que, na ponderação de custos e benefícios, na visão prospectiva que deve ter o regulador (voltado para o futuro impacto da decisão no mercado e não para o passado, da origem do conflito) vai representar a tradução técnica da melhor solução para o mercado e não apenas para o conflito.” (SOUTO, 2005, p. 377-378).

¹⁴⁰ Expressão utilizada por Moreira Neto. A adoção da arbitragem pode ser considerada nas hipóteses dos serviços públicos delegados, do disposto no art. 23, XV, da Lei n. 8.987/95, assim como de modo mais específico, da lei de criação de algumas agências (e.g., arts. 20, 27, parágrafo único, e 43, X, da Lei n. 9.478/97, que cria a ANP; art. 35, XVI, da Lei n. 10.233/01, no âmbito da ANTT e ANTAQ).

¹⁴¹ Art. 174, CF: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” Disponível em: www.planalto.org.br. Último acesso em: 02/08/2014.

¹⁴² GRAU (2008, p. 107).

regulação¹⁴³.

Em virtude do tecnicismo e complexidade da sociedade atual, que não mais exige que o Estado preste diretamente às atividades econômicas, apenas, que garantam a sua prestação com eficiência, muitas daquelas atividades foram delegadas aos cuidados da administração descentralizada, sendo reguladas pelas suas agências competentes, pois trariam a solução normativa mais adequada e específica, de acordo com o caso em concreto¹⁴⁴.

Nesse sentido, a lei do petróleo (Lei n. 9.478/97), que regulamentou o art. 177 da CF, trata da política energética nacional, das atividades de monopólio praticadas no setor, e cria a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE). Logo após a lei do petróleo, foi editado o Dec. N. 2.455/98, dispondo sobre o regimento interno da agência¹⁴⁵.

No que concerne à lei do petróleo e aos avanços de autonomização e de amplitude de poderes concedidos à ANP, identificamos um recuo, ou mesmo esvaziamento das competências outrora delegadas à agência, em virtude do novo marco regulatório do pré-sal, que retomou a concentração de decisões e gestão da comercialização nas mãos do Governo, através do Ministério de Minas e Energia. Enfrentaremos melhor esse tema no terceiro capítulo.

¹⁴³ Marcos Juruena aduz que no Brasil o elemento jurídico definidor dessa noção de subsidiariedade deveria ser um plano de desenvolvimento econômico (CF, art. 174), por meio do qual se identifica, num diagnóstico, onde estão as carências e expectativas da coletividade, para, então, se propor um prognóstico definindo ações para o seu tratamento. O Estado, ao deixar de ser executor de atividades, passa a ocupar um segmento que até então não priorizava, o da orientação das empresas no setor privado. Passa-se a exigir um maior grau de distanciamento entre o Estado e o segmento regulado, de modo a se criar um cenário favorável ao investimento, que viabilize segurança jurídica no investidor” (SOUTO, 2002, p. 362-368).

¹⁴⁴ Devido à complexidade e especificidade de certos setores da economia, o legislador resolveu adotar, nesses casos, regulamentações com baixa densidade normativa, atribuindo a competência de normatizar, especificamente, em razão da situação em concreto. Quanto à densidade normativa, Aragão ensina que “são aquelas que se limitam a estabelecer as políticas públicas referentes a um determinado setor econômico, através da indicação das linhas gerais que deverão ser observadas pelas Agências no desenvolvimento das suas funções” (ARAGÃO *apud* ALVES; FIDALGO, 2006, p. 212).

¹⁴⁵ “O setor petrolífero, de acordo com Aragão, foi o segmento mais atingido pelas reformas do Estado brasileiro, no qual foi criado um modelo inédito onde a empresa pública (Estado) coexiste com a agência reguladora (também Estado) (ARAGÃO, *Idem*, p. 212).

2.5 DA SOBERANIA NACIONAL: O ÂNGULO ECONÔMICO PERANTE A GLOBALIZAÇÃO

A soberania¹⁴⁶ de um Estado há muito que deixou de fazer referência a sua sobrepujança militar quanto ao poderio de uma nação, perante seus pares e seu povo, estando adstrita ao maior ou menor grau de dependência de um Estado no cenário econômico mundial¹⁴⁷. Isto é, está mais relacionada com o “poder de autodeterminação do Estado”, em estabelecer a “livre concorrência” no âmbito nacional e a adequação recíproca quanto ao cumprimento de “normas e práticas transnacionais” atinentes ao exercício da atividade econômica.

Como é sabido, desde a década de 80, as relações econômicas vêm se transformando na velocidade da luz, em virtude da “globalização financeira” e da revolução tecnológica e das telecomunicações que têm ditado novas regras na convivência entre Estados, sociedades e o comércio internacional, tornando-as muito mais fluidas, complexas e interconexas¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

As relações desenvolvidas pelo Estado vêm assumir um caráter de parceria e de regulação das atividades onde imperam a livre iniciativa e a livre concorrência, abandonando, cada vez mais, a roupagem intervencionista, estando cada vez mais limitada a setores sensíveis e estratégicos da política econômica, a fim de assegurar um lastro de sua soberania econômica e de galgar um espaço no cenário econômico mundial¹⁵⁰⁻¹⁵¹.

O enlace paradoxal entre Estado e mercado tem sua proeminência albergada nas

¹⁴⁶ Refere-se à capacidade de mando exercida, em última instância, por uma sociedade política.

¹⁴⁷ Dito isto, não se está a negar ou mitigar as ligações comerciais no âmbito internacional, tampouco a dependência comercial entre Estados, as crises financeiras do Séc. XX e XXI atestam isso por si só. Porém, se está a dizer que a soberania econômica se presume de uma relação equilibrada no jogo político-econômico entre as nações, sem que haja uma relação de subserviência extrema aos interesses de uma delas.

¹⁴⁸ Grau (2008, p. 44-57) defende que houve uma mudança no papel do Estado a partir da década de 80, em razão da desregulação e do neoliberalismo.

¹⁴⁹ O incentivo à neoliberalização e às políticas instrumentalizadoras do consenso de Washington, pela classe A brasileira, trouxe à tona a contradição de “um discurso liberalizante” oriundo dos “grandes beneficiários da ineficiência estatal”. “Ao fazer isto, confundem a reforma do Estado com a simples redução do tamanho do setor público, destruindo o aparato estatal e abandonando a perspectiva de internalização dos centros de decisão econômica pela associação subordinada ao mercado internacional” (BINENBOJM, 2008, p. 238).

¹⁵⁰ TORRES; PASSAFARO JR (2007).

¹⁵¹ Com efeito, almeja-se uma redefinição do papel do Estado, na realidade, um meio termo entre a intervenção mínima e a maciça proteção social e fiscal. Uma posição intermédia que possibilite o equilíbrio entre os princípios da concorrência e da proteção, através de reformas políticas estruturais com o escopo de desenvolvimento macroeconômico, de infraestrutura e tecnologia.

complexas relações sociais, jurídicas e políticas conformadas sob os impactos da globalização¹⁵². Muito embora, para alguns, atualmente, haja convivência ou a omissão dele, perante a iniciativa privada, que comanda os seus interesses, servindo o Estado como um facilitador dos mecanismos de mercado nacional à interação com o mercado global¹⁵³.

Neste contexto, a crescente projeção para além da estatalidade, em que o próprio Estado para manter a sua soberania econômica necessita se incluir em “constelações jurídicas pós-nacionais”, em uma constante atividade de rede com outros Estados e até mesmo organizações internacionais, demonstra que os problemas antes mesmo de serem exclusivamente constitucionais, fazem conexões com microssistemas internos, como, por exemplo, o direito civil, administrativo ou econômico, é ainda e, sobretudo, uma problemática de “mundialização”, pois a grande maioria dos interesses sensíveis à sociedade são questões globais, que se conectam com interesses públicos globais¹⁵⁴.

Todavia, em que pese tais argumentos, para nós soa infrutífera a discussão acerca da queda ou do fortalecimento do Estado como ente soberano. Os debates mais atuais sobre o assunto projetam-se no reconhecimento de mudanças importantes na estrutura do Estado e reconhecem a essencialidade de uma transformação na definição de soberania e do papel do Estado, trazendo à tona um desenvolvimento de noção multidimensional de Estado soberano, que autoriza enxertá-lo precisamente na “constelação pós-nacional”¹⁵⁵.

Com efeito, o Estado continua a ser uma entidade imprescindível no cenário mundial; todavia, para ter eficiência interna carece de assegurar suas bases muito mais além.

No escólio de Pires, “para defesa de si próprio tem de evitar a abertura de um

¹⁵² Essa globalização não é apenas vivenciada pelas relações transnacionais, e nos espaços de integração internacional, ela se depreende, também, da profusão desses valores e padrões de consumo e de organizações e organismos internacionais, na cultura local, influenciando a política, os mercados, a cultura e a sociedade de uma forma geral. Poderíamos dizer, assim, que a globalização é “glocal”, isto é, se assume no âmbito externo e interno, em proporções maiores ou menores, a depender da interação permitida entre o mercado e a política de cada Estado.

¹⁵³ “Essa relação é analisada de acordo com alguns enfoques teóricos de onde sobressaem as seguintes visões: (i) o enfoque privatista; (ii) no extremo oposto, o enfoque estatal ou intervencionista; (iii) interativo e reformista, encontram-se aqueles para quem Estados e mercados compõem realidades ecléticas, que se conectam por laços de complementaridade ou por justaposição” (FEITOSA, 2005, p. 89).

¹⁵⁴ Assim contribuindo para que o direito público deixe de ser o direito do Estado e passe a se revelar como o direito do cidadão, cidadão da mundialização (PIRES, 1997, p. 08). Também, SILVA (2010, p. 11).

¹⁵⁵ Zurn *apud* M. Canotilho (2008, p. 19) traz a ideia do “Estado como elemento de uma estadualidade a vários níveis, já que as dimensões constitutivas desta última – reconhecimento, alocação de recursos e realização de objectivos de governança – tradicionalmente convergentes numa única entidade política (o Estado-Nação), se encontram agora repartidos”.

hiato para lá de sua alçada, mesmo como Estado democrático. É, aliás, devido a essa necessidade de enquadramento externo que ganha sentido a fórmula de passagem de Estado-dirigente a Estado-subsidiário”¹⁵⁶.

É nesse sentido, que Moreira Neto reflete que nenhuma Constituição poderá isoladamente resolver os problemas atinentes à convivência global. Há questões que perpassam os interesses e a regulação dos Estados, dentre elas, aquelas relativas à administração global ou mesmo a certos mercados, pois, estes dependem de uma constelação de entidades privadas que igualmente realizam direitos, autorregulam-se e promovem interesse público¹⁵⁷.

Possibilita-se o enlace de interesses nacionais, internacionais, organizacionais e comunitários, que em virtude da sinuosidade dos conflitos envolvidos, demonstram a necessidade, cada vez mais premente, da articulação de diversas e distintas fontes e poderes a fim de dar cabo à resolução de conflitos que ultrapassam os interesses nacionais, mas, ao revés, a eles também se impõem, constituindo, algumas vezes, um direito público não estatal¹⁵⁸.

Ost, em sua obra *De La Pyramide au réseau*, explicita a celeuma em que vivemos, quando chega à conclusão de que os juristas e filósofos do séc. XX¹⁵⁹ que redigiram suas obras em tempos caracterizados pela ordem e estabilidade, com a ordem política centrada

¹⁵⁶ PIRES (1997, p. 14). CANOTILHO, J. J. Gomes. Interconstitucionalidade e Interculturalidade. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; SILVA, Suzana Tavares. *Brançosos e Interconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 108-110.

¹⁵⁷ MOREIRA NETO (2012). No mesmo sentido, “Élie Cohen, após examinar detidamente a grande transformação da segunda metade do século XX, as várias modalidades de regulação e desregulação, aponta o nascimento de um poder arbitral internacional compartilhado, em diferentes níveis, por inúmeros organismos e entidades dotados de competências móveis e fluidas, com o marcante comprometimento das soberanias nacionais. [...] As forças econômicas que se manifestam na economia globalizada devem ser orientadas, o que exige governos responsáveis, determinados a agir com voluntarismo, instituições multilaterais legítimas e transparentes que respeitem os direitos de todos os Estados. Assim, a comunidade internacional poderá organizar a mundialização segundo e conforme o direito e a justiça” (COHEN *apud* GRAU, 2008, p. 54).

¹⁵⁸ Segundo Cassese (2000, p. 24-26): “Os soberanos da globalização são as grandes multinacionais. A governança e os ordenamentos públicos globais não são instrumentos da globalização, mas formas de mantê-la sob controle. Por isso, a globalização e a governança global devem ser entendidas como fenômenos diferentes, e até mesmo opostos, ainda que caminhem na mesma direção, de subtrair uma parte do direito ao seu soberano habitual, o Estado. [...] A governança global não se formou por sobreposição, mas por cooperação. Seus principais problemas não são soberania, relações centro-periferia e representatividade (como observados no caso do Estado) e sim relacionados à decisão conjunta, à colaboração e à *rule of law*”.

¹⁵⁹ O autor cita alguns autores da teoria clássica, como: Kelsen, Schmitt, Heller, Hart, Smend, afirmando que eles já não servem mais para explicar a pluralidade constitucional vivenciada hoje, que ultrapassa as fronteiras estatais, atingindo, inclusive, outras ordens jurídicas, extralegais.

no Estado e soberania nas relações exteriores, tendo sua ordem jurídica fundada na norma imperativa e na coação, já não conseguem pôr fim às problemáticas gizadas pela globalização dos mercados financeiros, a interdependência entre as economias, a integração europeia, o aumento do poder dos juízes, o surgimento da sociedade de informação, a emergência do poder privado (corporações transnacionais e organizações não governamentais), multiculturalismo dentro dos Estados, a reverência aos direitos humanos etc.¹⁶⁰ É cristalina, assim, a necessidade crescente de um entrelaçamento entre o direito público e o privado, ampliando as suas vias de comunicação¹⁶¹.

Ademais, na normatização brasileira temos como um de seus fundamentos a soberania nacional, em seu art. 170, I¹⁶². A conotação trazida pela Constituição sobre ela vem demonstrar, não um isolamento da seara econômica, como se a ordem econômica brasileira fosse uma ilha no espaço mundial, mas realçar que se deve privilegiar e promover de maneira mais eficiente possível o desenvolvimento nacional nas relações produzidas no mercado, nacionais, supranacionais ou transnacionais.

Em suma, embora a mundialização das relações caminhe para uma determinada mitigação das soberanias nacionais, em virtude do alastramento transfronteiriço do mercado global e de suas normatizações, que muitas vezes são produzidas à margem do Estado, nomeadamente, as *Soft Law*, a *Lex mercatória*, *Lex Petrolea*, as arbitragens (realizadas por entidades privadas ou mesmo agências independentes), o *Common Law* e os Tribunais *ad hoc* etc., o Brasil, tem demonstrado, através de sua matriz constitucional (objetivos, fundamentos da Constituição, elencados nos arts. 1º 3º e 170) e de várias decisões políticas a resistência em manter um cunho nacionalista e protecionista, no que pertine ao petróleo e seus derivados, assim como vem perpetuando uma postura tradicionalista em relação à proteção da soberania econômica, que, quase sempre, funciona como uma limitação ao princípio da livre iniciativa.

¹⁶⁰ OST (2002, p. 11-12).

¹⁶¹ “Nosso ordenamento não ficou imune ao fenômeno da convergência entre o direito público e o privado, tornando intercambiáveis alguns conceitos. Pode-se afirmar que, se por um lado o Direito Público se privatiza, este processo não anula a publicização do Direito Privado, ou melhor, sua progressiva constitucionalização. Esse processo tem repercussão para a formação dos contratos, com a acentuação da importância do princípio da boa-fé, que passa a ser erigido a princípio geral de conduta consagrada na ordem jurídica brasileira.” (RIBEIRO, 2010, p. 31-32).

¹⁶² GRAU (2008, p. 225-232).

2.5.1 A importância da soberania sobre os recursos nos países em desenvolvimento: o modelo de exploração

De antemão, faz-se mister esclarecer que o protecionismo estatal em relação aos recursos minerais funciona não só como uma garantia de promoção de sua soberania, mas também, como alavancagem econômica a fim de perquirir a melhoria dos níveis de desenvolvimento social em decorrência dos frutos de sua exploração.

No que concerne à vinculação entre o petróleo e a soberania econômica de um Estado, Bercovici afirma cuidar-se de uma “relação umbilical”, constituída desde os idos de Brasil colônia na exploração de recursos minerais¹⁶³. Por ser considerado um instrumento de política econômica nacional, a exploração de petróleo é tida como uma área estratégica e de fomento à “política industrial¹⁶⁴”, à obtenção e ao aprimoramento de tecnologias para desenvolvimento interno e, principalmente, na concentração dos centros de decisões políticas sob o argumento da preservação da soberania nacional.

A noção de que a exploração dos hidrocarbonetos constitui uma riqueza nacional e agrega valor à obtenção de um espaço de proeminência no cenário econômico global exige certo equilíbrio por parte do Estado, em balancear o fomento ao desenvolvimento, na gestão especializada e na introdução de tecnologias de ponta ao setor, por parte da iniciativa privada e a manutenção do bem como propriedade da União a fim de gerar receitas e produzir distribuição de renda e proporcionar bem-estar à coletividade¹⁶⁵.

Nessa toada, a independência energética soma parte de um conjunto importante na questão da soberania econômica nacional. O Estado tem o dever de promover o desenvolvimento da tecnologia necessária ao aumento da produção através de decisões

¹⁶³ BERCOVICI (2011, p. 10).

¹⁶⁴ Há os que defendem a visão da política industrial como uma política orientada para o mercado, cujo objetivo seria a correção de falhas de mercado ou aprimorar o seu funcionamento. Neste caso, o papel do Estado seria mais limitado. E há aqueles que entendem a política industrial em uma perspectiva mais ampla, incluindo não apenas medidas específicas para a indústria, mas também medidas de política macroeconômica que afetam a competitividade industrial. A política industrial, neste caso, é fruto de uma opção política pelo desenvolvimento industrial, implicando que a política econômica seja voltada primordialmente para a expansão do setor industrial e do mercado interno (SUZIGAN; VILLELA, 2012, p. 15-30).

¹⁶⁵ Nesse sentido, já afirmava Getúlio Vargas, na época de criação da Petrobras e de monopolização estatal do petróleo, em discurso solene: “Já o disse e repito solenemente, que quem entrega o seu petróleo, aliena a sua própria independência.” Como se verifica, a ideia de nacionalismo do óleo foi incutida na percepção dos brasileiros, desde o início da exploração e comercialização das reservas de petróleo. E a máxima dessa tendência foi cunhada na expressão “o petróleo é nosso”, justamente, quando se decidia se o petróleo seria explorado pela iniciativa privada ou através de uma empresa nacional, na condição de monopólio, como foi o caso da Petrobras, quando de sua criação.

independentes. Assim, “o controle estatal sobre as fontes de energia consiste em um eixo central de um projeto democrático em que a política macroeconômica” esteja alinhada aos “interesses nacionais”, para além de proporcionar um “planejamento energético” de longa duração¹⁶⁶.

Fazendo um breve retrospecto na história do petróleo no Brasil, temos que a primeira modalidade de exploração foi o sistema regaliano¹⁶⁷, na Constituição de 1824¹⁶⁸. O sistema regaliano foi modificado pela Constituição de 1891 que optou pelo regime de acesso¹⁶⁹. Todavia, após a I Guerra Mundial e a ascensão do óleo como principal demanda energética, a recém Constituição de 1934 resolveu conceder maior participação ao Estado, reservando no quesito petrolífero a mudança para o regime dominial de propriedade¹⁷⁰, disposto em seus artigos 118 e 119, o qual permanece até hoje. Foi nesse período que foi criado também o Conselho Nacional de Petróleo, através do Dec-Lei n.º. 395/1938¹⁷¹.

¹⁶⁶ BERCOVICI (Idem, p. 234 e ss.).

¹⁶⁷ Art. 179, XXII – “É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A Lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.”

¹⁶⁸ Na fase imperial, o petróleo significava uma riqueza mineral qualquer, e como tal, era explorado. Com a vigência da Constituição de 1824, o regime adotado foi o regaliano, pelo qual o Estado teria a discricionariedade de explorar diretamente ou mediante terceiro, os recursos minerais do subsolo, através de uma indenização fixa ou variável (PIRES, 2000, p. 8).

¹⁶⁹ Artigo 72, §17, que dispunha: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude [...]. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração desse ramo da indústria”. Como se assevera do dispositivo transcrito, não há mais distinção na propriedade entre solo e subsolo, pertencendo ao proprietário do solo também a propriedade de seu subsolo. No entanto, atenuou-se a acesso ao passo que se admitiu a restrição da propriedade das minas, em caso de demonstração de interesse da indústria.

¹⁷⁰ Este regime permanece vigente até hoje e traduz-se no Estado como proprietário dos recursos hídricos e minerais, sendo discricionário a ele conceder autorização ou concessão para um terceiro exercer essas atividades. Salienta-se, ainda que, o parágrafo primeiro do artigo 119, reservou-se a nacionais ou a empresas sediadas e de origem brasileira a exploração desses recursos na qualidade de terceiros. Essa ressalva foi mantida até os idos de 1997 com a entrada em vigor da Lei do Petróleo (Lei n.º. 9.478 de 1997), embora tenha sido mitigada pela Constituição de 1946. No período de promulgação da Constituição de 1934, também foi editado um Dec. n. 23.979, que instituiu o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), com o escopo de gerir a exploração mineral no Brasil, inclusive das atividades petrolíferas que à época não tinham um departamento regulador específico. Já em 1938, incentivado pelas descobertas de óleo em poços de Lobato, no interior da Bahia, fora criado o Conselho Nacional de Petróleo, através do Dec-Lei n.º. 395/1938, que veio a separar a regulação das atividades petrolíferas dos demais minerais. Contudo, devido a divergências políticas, o CNP foi incapaz de surtir a atuação esperada no desenvolvimento da indústria. De acordo com os dados divulgados, no ano 1943, somente 1% do consumo interno de óleo era fornecido pelos poços que se encontravam sob o comando do CNP (PIRES, Idem, p. 60).

¹⁷¹ “O Decreto-Lei n. 366, de 11 de abril de 1938, incorporou ao Código de Minas de 1934 dispositivos específicos sobre o petróleo e gás natural (artigos 96 a 118 do novo Título VIII). A exploração de petróleo

Com o fim do Estado Novo, o Decreto-Lei n. 2.558, de 06 de maio de 1945, identifica-se a mudança do pensamento quanto à política nacionalista do petróleo, ao fazer menção à necessidade de investimentos estrangeiros no setor, a fim de qualificar a mão de obra e trazer a tecnologia necessária ao desenvolvimento de diversos segmentos energéticos, que eram (são) insuficientes ao país. No próprio decreto, interessante destacar a importância percebida quanto ao equilíbrio de interesses internos e externos, sem deixar de lado o interesse público e a segurança nacional¹⁷².

O descontentamento com a produção nacional de petróleo trouxe à baila inúmeras discussões, dentre elas, o debate entre “entreguistas” e “nacionalistas”¹⁷³, que culminou com a decisão de monopolizar o petróleo e a criação da Petrobras, em 1953¹⁷⁴⁻¹⁷⁵.

poderia ser feita por meio de concessões especiais, com participação da União, ou diretamente pela União (artigo 117, *caput*). O Decreto-Lei n. 36/1938 determina, ainda, que as jazidas de petróleo e gás natural que existirem em território nacional pertencem ao domínio público (artigo 97), da União ou dos Estados, e que a lei não reconhece o domínio privado sobre jazidas de petróleo e gás natural (artigo 96)” [...] O Decreto-Lei n. 395, de 29 de abril de 1938, instituiu a utilidade pública da produção, importação, exportação e transporte de petróleo, a fim de viabilizar o abastecimento nacional do óleo, declarando a competência exclusiva da União de atuação no ramo petrolífero, bem como a responsabilidade do Conselho Nacional do Petróleo (CNP) para tratar da política relacionada ao setor, vinculado à Presidência da República (art. 4º). A importância desses decretos se observa no fato de que estas foram as legislações que vigoraram até a formatação do monopólio estatal do petróleo e a instituição da Petrobras, em 1953 (BERCOVICI, *Idem*, p. 119 -122).

¹⁷² BERCOVICI, (*Idem*, p. 132-133).

¹⁷³ Os considerados “entreguistas” que almejavam abrir, totalmente, a indústria ao capital estrangeiro; em posição diametralmente oposta, os que defendiam o monopólio estatal do petróleo, posição esta vencedora, que cunhada na expressão “o petróleo é nosso”, no governo de Getúlio Vargas, acabou por aprovar a Lei n°. 2004 de 1953, que criou a empresa de Petróleo Brasileiro S.A., mais conhecida como Petrobras, uma sociedade por ações comandada pela União com restrições na própria lei à participação dos particulares. Além de instituir o monopólio estatal para o desenvolvimento de pesquisa e lavras em jazidas de petróleo, hidrocarbonetos fluidos e gases raros, refinação de óleo e transporte marítimo e por meio de conduto de petróleo bruto e seus derivados. Com efeito, o artigo 162 da CF de 1967 dispunha que “a pesquisa e lavra de jazidas de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei” (BRASIL, 1967).

¹⁷⁴ Acometida pela aspiração nacionalista, a parte mais conservadora do Congresso venceu representada pela UDN (União Democrática Nacional) que garantiu o monopólio da União sobre determinadas atividades, inclusive o petróleo. Quanto aos recursos minerais, permaneceu a distinção feita desde a Constituição de 1934, de diferenciação entre a propriedade do solo e do subsolo. Além disso, o art. 153, ao dispor que as concessões ou autorizações seriam concedidas pela União, exclusivamente a nacionais ou a sociedades organizadas no país, garantido ao proprietário do solo a preferência na exploração. Isto é, apesar de proibir o investimento estrangeiro, ao dizer que “sociedades organizadas no país” poderiam fazê-lo, em outras palavras, abriu um leque de possibilidades, inclusive de um investidor estrangeiro ser sócio ou acionista de empresas nacionais de mineração (BERCOVICI, *Idem*, p. 136-137).

¹⁷⁵ Temos que a solidificação da indústria brasileira, tida, até então, para substituição das importações, passou a servir à acumulação de capitais, e, se deu, de fato, com a instituição da Petrobras, seguida, da consecução do plano de metas idealizado pelo então presidente da república, Juscelino Kubitschek. “A nova etapa iniciaria a articulação entre o capital estatal (nas empresas estatais e no financiamento público da expansão industrial e da infraestrutura), o capital privado nacional (na construção civil e na engenharia pesada, além de alguns setores de bens de capital) e o capital estrangeiro (nas empresas multinacionais), ainda nos setores de demanda final, como a indústria automobilística.” [...] “O Estado brasileiro, segundo

Doutra banda, vale salientar que entre as décadas de 70 e 80, o Brasil adotou, também, a modalidade dos contratos de risco, imbuído pelas altas dos barris de petróleo e com o alastramento da crise do petróleo de 1973, percebeu-se a necessidade de fomentar a produção interna e fortalecer a busca por novas reservas, uma vez que o Brasil era um mero importador¹⁷⁶. Assim, foram entabulados contratos entre a Petrobras e algumas companhias estrangeiras, que conduziram as atividades sob a condição de prestadoras de serviços, visando trazer investimentos internacionais ao setor.

Todavia com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que constitucionalizou o monopólio em seu art. 177 e vedou os contratos de risco¹⁷⁷ através do inciso I, do mesmo artigo, restabelecendo a atuação exclusiva da Petrobras, até a edição da EC n. 09/95¹⁷⁸⁻¹⁷⁹⁻¹⁸⁰⁻¹⁸¹, flexibilizando a atividade de exploração do óleo. Observe-se que com a modificação do parágrafo primeiro do art. 177, CF, permaneceu o monopólio das atividades petrolíferas com a União, porém, abriu-se a possibilidade de ela executar por si própria, através do exercício exclusivo da Petrobras, ou mesmo de poder contratar com privados¹⁸².

Carlos Lessa, consolidou seu papel de grande produtor direto nos setores estratégicos da economia e de importante controlador indireto de vários setores preponderantemente privados. O grande articulador deste processo seria o BNDE (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico), responsável pela maior parte do financiamento do setor público” (LESSA, 2010, p. 99-105; 110-117; 140-142).

¹⁷⁶ PIRES (2000, p. 94-95).

¹⁷⁷ Nos termos do parágrafo único do art. 45 da ADCT da CF /88, excetuaram-se da proibição dos contratos de risco os que já estavam em vigor na data de promulgação da Constituição.

¹⁷⁸ RIBEIRO (2003, p. 308).

¹⁷⁹ Conforme explicitado alhures, a onda neoliberal da década de 90 influenciou também o governo de Fernando Collor de Melo que criou o Programa Nacional de Desestatização, muito embora a temática do petróleo não tenha entrado no pacote do programa idealizado pelo governo. Já há muito era discutido no Congresso Nacional se caberia a privatização da Petrobras ou não e se a mesma deveria persistir no exercício do monopólio das atividades petrolíferas. E foi nesse cenário que no ano de 1995, sob o comando do governo de Fernando Henrique Cardoso, foi promulgada uma Emenda Constitucional de n. 09, que alterou o parágrafo primeiro do art. 177 da CF/88, e simbolizou, em parte, uma abertura da economia brasileira ao mercado estrangeiro (LIMA, 2008, p. 66).

¹⁸⁰ 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 – [...] §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.

¹⁸¹ GRAU (2008, p. 219).

¹⁸² “Trata-se, pois, de uma nova concepção de monopólio, não mais relacionado à intervenção estatal no domínio econômico com exclusividade no controle dos meios de produção (intervenção por absorção),

Assim, a partir da “flexibilização desse monopólio” surgiu para o legislador infraconstitucional, mediante lei, a discricionariedade de instituir o regime jurídico apto a gerir essas atividades. E assim o fez, editando a Lei 9.478/1997, denominada lei do petróleo, que elegeu para as atividades de exploração e produção o sistema de concessão¹⁸³ e para as demais funções monopolizadas atinentes aos hidrocarbonetos, a autorização.

Com efeito, a partir da abertura, proporcionada pelo §1º do art. 177 da CF, a Petrobras passa a atuar, em regime de concorrência com outras empresas do setor, conforme preceitua o art. 173, CF.

Com o novo quadro, duas alterações se mostram de fundamental importância, quais sejam: primeiro, afastou a restrição imposta pela Lei n. 2004/1953 quanto à presença de particulares nas ações da Petrobras, o que se manteve foi somente que a União deveria manter o controle acionário da empresa, com a posse de metade das ações, e voto de 50% + 1 (art. 62, Lei 9.478/97), além de ter criado a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis- ANP¹⁸⁴ e o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE¹⁸⁵.

No cotejo de forma entrelaçada de alguns artigos que versam sobre a ordem econômica e a tutela dos recursos minerais e energéticos, temos: o art. 20, IX, da CF/88, dispõe que: “São bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo”, e, complementa no art. 176, *caput*: “As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário, a

mas sim relacionado ao monopólio de escolha do Poder Público, que poderá, conforme as normas constitucionais, optar entre a manutenção da pesquisa e da lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos por uma só empresa, ou, ainda, pela contratação com empresas estatais ou privadas” (MORAES, 2001, p. 3).

¹⁸³ Art. 23 da Lei 9.478/1997 determina que as atividades de E&P estejam restritas ao regime de concessão. Já as atividades *downstream* (refino, importação, exportação e transporte marítimo ou por dutos) serão feitas por meio de autorização, conforme os artigos 53, 56 e 60 da mesma Lei do petróleo.

¹⁸⁴ De acordo com os arts. 7º e 8º da Lei 9.478/1997, a ANP é uma autarquia federal voltada à regulação do petróleo e de outros hidrocarbonetos, ligada ao Ministério de Minas e Energia (MME). Tem por escopo a promoção da contratação, fiscalização e regulação da indústria do petróleo, com função administrativa, normativa, fiscalizatória e sancionatória. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?id=478>>. Acesso em: 15 set. 2013.

¹⁸⁵ Já o CNPE é um órgão de assessoramento da Presidência da República, para engendramento de políticas e diretrizes energéticas, com o fito de promover a eficiência e o abastecimento de todas as localidades do país. Com as descobertas do pré-sal, o CNPE passou a desempenhar novas competências (tópico a ser mais bem explorado mais adiante), como a definir os blocos a serem objeto de concessão e de partilha de produção, além de inferir nos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços, a serem tratados em licitações e contratos de concessão e de partilha de produção. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/menu/conselhos_comite/cnpe.html>. Acesso em: 7 jul. 2013.

propriedade do produto da lavra” e em remate aduz o art. 177: “Constituem monopólio da União a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos”.

Para Moraes, os bens elencados no art. 177 da CF/88 são bens públicos especiais¹⁸⁶.¹⁸⁷. Já para Grau, o monopólio da União em relação ao petróleo continua intacto, o que se relativizou foi o monopólio sobre a exploração do produto da lavra. É o que se extrai de seu voto na ADI 3.366 DF/2005¹⁸⁸.

Ou seja, quando a Constituição estabelece, por meio da criação de lei, a autorização ao poder público de um regime de monopólio, não significa dizer que considere o monopólio da atividade como um serviço público, mas, tão-somente, intervenção do Estado no domínio econômico por absorção¹⁸⁹. Assim, não se trata de concessão de serviço público, e sim, de concessão para exploração de um bem público¹⁹⁰.

Desta forma, a Lei 9.478/1997 reservou às atividades de exploração e produção o sistema de concessão e para as demais atividades monopolizadas (importação, exportação, refino e transporte marítimo e por dutos) a autorização. A concessão se restringiu à exploração e produção uma vez que não seria plausível a abertura de concorrência em virtude de uma delimitação espacial da mesma jazida. Além de que, por cuidar-se de bem público, a sua fruição é um privilégio¹⁹¹.

Insta, ainda, relacionar que as principais mudanças trazidas pela EC 9/95 e,

¹⁸⁶ MORAES (2001).

¹⁸⁷ Assim, mesmo com a flexibilização do monopólio estatal a partir da EC n. 09/95 que deu a opção de o poder público manter as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural como até então executadas com exclusividade pela Petrobras ou de contratar com outras empresas públicas e/ou privadas, mantém-se, não obstante o monopólio da atividade pelo Estado.

¹⁸⁸ De acordo com o autor: “O monopólio permanece íntegro; não foi extirpado da Constituição; apenas tornou-se relativo em relação ao contemplado na redação anterior do texto da Constituição. [...] Anteriormente, de modo bem amplo, projetava-se sobre o produto da exploração petrolífera. Ia para além da atividade monopolizada. A Constituição impedia que a União cedesse ou concedesse qualquer tipo de participação, em espécie ou valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, isto é, a participação dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem assim dos órgãos da Administração Direta da União, no resultado da exploração de petróleo ou gás natural etc. Esse preceito do parágrafo fazia, como permanece a fazer, exceção ao regime de propriedade das jazidas, matéria da propriedade dos bens da União [inciso IX desse mesmo artigo 20]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3366, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/2005, DJ 02-03-2007 PP-00026 EMENTA v.02266-02, p. 281.

¹⁸⁹ Grau (1999, p. 156) afirma que no caso de intervenção por absorção a atividade econômica é desenvolvida em sentido estrito, o Estado age na condição de agente econômico.

¹⁹⁰ MORAES, Alexandre. *Regime Jurídico da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 36, 2001, São Paulo: RT, p. 4.

¹⁹¹ ARAGÃO (2002, p. 171 e ss.).

principalmente, pela Lei 9.478/97 foram: (i) criação da agência reguladora para o setor; (ii) introdução de outras participações governamentais, além dos *royalties* (como o bônus de assinatura, participação especial e aluguel pela ocupação e retenção das áreas); (iii) elevação da alíquota de *royalties* de 5 para 10% sobre a produção; (iv) mecanismo próprio de valoração do preço do petróleo e gás produzidos no Brasil; (v) inovações na forma distributiva e de recolhimento da arrecadação, (vi) abertura do mercado para outras companhias, e (vii) incentivo ao desenvolvimento da indústria local¹⁹².

Como exposto, a lei do petróleo regulamentou uma nova política energética nacional¹⁹³, editada para viabilizar uma forte injeção de capital no setor¹⁹⁴, principalmente estrangeiro e importar *know how* técnico para qualificar a indústria petrolífera nacional através dos investimentos e operações com as IOCs. É bom que se diga também que no momento de elaboração da Lei n. 9.478/97, as reservas de óleo até então encontradas no

¹⁹² LEITE; GUTMAN (2007, p. 31).

¹⁹³ Sobre a regulação da política energética, Souto (Idem, p. 139-140) ensina que, desde a edição da ECn. 09/95 que permitiu, também, a exploração petrolífera por privados, a Petrobras se viu enredada por um novo desafio, “exercendo uma regulação operativa pelo desempenho de atividade econômica de competição com as empresas privadas. Nesse contexto, o Grupo Petrobras tem ônus adicionais decorrentes de sua condição de estatal como, por exemplo, a obrigação de explorar setores não atrativos do ponto de vista comercial, mas cujo atendimento reúna os requisitos do relevante interesse coletivo ou segurança nacional (CF, art., 173, *caput*), que justificam a sua preservação e a consequente exclusão do Programa Nacional de Desestatização (Lei n. 9.491/97); cite-se, ainda, o livre acesso aos seus dutos e dados. A norma constitucional foi disciplinada pela Lei n. 9.478, de 6/8/1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo – ANP e dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo e institui o Conselho Nacional de Política Energética. Com isso se viabiliza um planejamento integrado dos setores petrolífero, elétrico e demais segmentos de energia, com objetivos de valorizar recursos energéticos (art. 1º, II) e não só petrolíferos, e de atrair investimentos na área de energia (art. 1º, X), tratando-se, não só da Política do Petróleo, mas de política energética”.

¹⁹⁴ Com o Decreto 2.705/98, que regulamentou a Lei do Petróleo, estabelecendo os requisitos para cálculo e cobrança das participações e o Decreto 2.745/98 que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, previsto no art. 67 da Lei 9.478/97. O intuito desse Procedimento era dar agilidade na atuação da Petrobras, em um contexto de alta competitividade, sem prejudicar os princípios básicos da Administração, aplicáveis às licitações públicas. Tais normas levaram em consideração, por exemplo, os investimentos despendidos pela Petrobras ao longo dos anos, conforme verificado quando da realização da Rodada Zero pela ANP. Cabe esclarecer que o período de transição, cujo término se deu em 31 de dezembro de 2001, consistiu no processo de mudança da situação anterior, com os preços dos derivados sendo controlados pelo Governo, à condição atual, na qual é praticada a livre iniciativa de mercado, embora sujeita à regulamentação da ANP, instituída pela própria Lei 9.478/97. Ao fim do período de transição, a norma aplicável ao preço dos derivados de petróleo é a mesma que vigora para os preços de uma maneira geral, ou seja, livre negociação entre produtores e compradores. De lá para cá, 10 (dez) Rodadas de Licitações já foram realizadas pela ANP, sendo a 10ª Rodada realizada 18 de dezembro de 2008 e as reservas provadas brasileiras de petróleo e gás natural tiveram um crescimento bastante significativo. A produção anual de petróleo, no mesmo período, cresceu tão consideravelmente que marcou a autossuficiência do Brasil.

Brasil eram de baixa rentabilidade e de alto risco exploratório¹⁹⁵.

Ocorre que, com a forte leva de investimentos, que fomentou a indústria de base do setor e incitou o avolumamento de pesquisas e tecnologias da exploração *offshore*, foram proporcionadas duas aquisições importantes: a condição de autossuficiência do país em produção de petróleo, em 2006, e as descobertas de camadas de pré-sal, no campo de tupi, na bacia de Santos, em 2007, ambas, conquistas da Petrobras.

A perspectiva de crescimento exponencial das nossas reservas e a posição estratégica no cenário internacional que o Brasil iria assumir motivou, já em 2007, inúmeros debates políticos acerca da necessidade de alteração da legislação então vigente de modo a promover um melhor aproveitamento da exploração e produção do óleo no Pré-sal, haja vista o seu baixo risco exploratório. Assim, o governo cancelou a nona rodada de licitações para as camadas do pré-sal, através da Resolução n. 6, de 08 de novembro de 2007, do CNPE, solicitando a ANP a alteração do edital às vésperas da licitação¹⁹⁶.

Desta forma, desde 2010, vigoram no Brasil dois sistemas contratuais para regulação da atividade de exploração e produção petrolífera: os contratos de partilha e produção para as áreas do pré-sal e outras áreas estratégicas e os contratos de concessão para todas as áreas remanescentes em que se encontram as E&P e não constam das definições da Lei nº 12.351, promulgada em 22/12/2010; ressalva-se que com a entrada da nova lei, não haverá mudanças para as áreas já concedidas, inclusive, as localizadas no âmbito do pré-sal.

Cuida-se de um ponto a favor da adoção, no Brasil, de um regramento jurídico misto, admitindo-se que a exploração de petróleo se faça tanto por meio da concessão

¹⁹⁵ Quando se fala de risco, nesse contexto, quer-se falar em risco de descobrir petróleo em acumulações comerciais, e não do risco da atividade de exploração e produção, que infere sempre em muitos riscos, sejam eles geológicos, ambientais, técnicos etc.

¹⁹⁶ “Following the Pre-Salt discovery in 2007, the Brazilian government abruptly withdrew forty-one blocks of Pre-Salt acreage from the ninth bidding round weeks prior to its scheduled commencement.⁷⁵ The disposition of these blocks was withheld, and the Brazilian government in **2008** instead appointed an interministerial commission to evaluate whether a new legal regime should be established to regulate exploration and production in the Pre-Salt. The commission concluded that a new, parallel regulatory regime for the Pre-Salt area should be adopted, to utilize a production sharing model. The rationale for the change was that the Pre-Salt areas are unique due to the large size of their deposits and abnormally low exploration risk, which together dramatically increase the odds that Pre-Salt wells will be commercially viable. Brazil's existing concession system, on the other hand, was designed to compensate oil companies for taking on high exploration risk.⁷⁹ An overhaul of the system was deemed necessary to reapportion parties' respective takes” (BLADES, 2010, p. 9).

como por meio da partilha de produção, tendo-se em conta a diversidade de riscos geológicos e os volumes de petróleo existentes em cada bloco exploratório.

Assim, ao invés de manter a sua parte da receita energética através de tributos, o Estado assume para si a responsabilidade de comercializar petróleo pertencente à União nos mercados internacionais.

Nessa conjuntura, extrai-se que o petróleo desde o início de sua exploração no Brasil seguiu o percurso dos países subdesenvolvidos, explorado apenas como *commodities*. À medida que o país foi se industrializando e angariando tecnologias, vislumbrou-se a intenção de transformar o óleo extraído não só em *commodities*, capaz de mexer com a balança comercial, bem como em fazer política industrial e recolher um maior grau de ingerência política nesse bem, o que auxiliou o Brasil a se tornar uma nação em desenvolvimento. Isso foi possível graças à manutenção do petróleo como um bem público, resguardado através de monopólio a fim de promover o interesse público e levado a cabo sob a vertente da soberania nacional.

2.6 A PROTEÇÃO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO EM ÂMBITO NACIONAL

Pela tradição do direito consuetudinário não há uma obrigação por parte do Estado em aceitar o investimento estrangeiro em seu território, tampouco em um setor especializado. Essa condição é eletiva do país hospedeiro, e cuida-se de uma vertente expressiva de sua soberania nacional¹⁹⁷. No Brasil, a Constituição regulamentou no art.172¹⁹⁸ o investimento estrangeiro, ao passo que condicionou o investimento ao interesse nacional; por outro lado, através da EC n.6/95, disposta no §1º, do art. 171¹⁹⁹, concedeu

¹⁹⁷ DOLZER; SCHREUER (2008, p. 7).

¹⁹⁸ Art. 172, CF: "A lei disciplinará, com base no interesse nacional os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros".

¹⁹⁹ "Não se teve no Brasil, historicamente, a tradição de indutores de investimento formalmente dirigido ao capital estrangeiro. Os sistemas de regulação e contenção de capital estrangeiro no país compreendiam dois principais mecanismos: (i) *o de controle de fluxo de divisas*, por meio do monopólio cambial e das restrições à remessa e ao retorno de capital, e (ii) *o da tributação*, por meio da instituição de impostos suplementares. Essas restrições objetivavam manter o controle público, nacional, sobre determinados segmentos da atividade econômica, principalmente aqueles em regime de monopólio. Tal cenário se modifica com a abertura da economia, na década de 90, e a sucessiva onda de privatizações. [...] Consubstanciada no art. 171 da CF, com a redação revista pela Emenda Constitucional nº 6 de 1995. Resta evidenciada a consagração da nacionalidade da pessoa jurídica de acordo com o critério da Constituição, associado ao critério da sede. Considerando que não é o critério do controle da origem do capital que determina a nacionalidade das sociedades no direito brasileiro, pois este é meramente relegado

tratamento isonômico às empresas nacionais e estrangeiras, desde que possuíssem sede e administração no país.

O Brasil é considerado um ator importante no cenário do comércio internacional, mormente, no quesito do investimento estrangeiro²⁰⁰, e as razões que despertam essa atenção são várias, seja pelo seu potencial econômico, por suas dimensões territoriais, pela projeção de crescimento exponencial de sua população ou mesmo pela diversidade de riquezas naturais e minerais, indispensáveis ao cotidiano humano.

Por outro lado, dentre os principais critérios adotados pelas empresas a fim de se internacionalizarem, está o investimento direto estrangeiro (IDE)²⁰¹, este, geralmente efetivado em países em desenvolvimento e com alto potencial em riquezas naturais, embora nutridos de boas oportunidades, também estão permeados por riscos, para além de econômicos, mas principalmente sociais e políticos, por se situarem em zonas de incerteza e pela ausência, muitas vezes, de uma democracia consolidada.

O estímulo à participação estrangeira em empresas locais, muitas delas em fase de mutação, passando da estatização para a privatização, atrai algumas vantagens que são logo percebidas com a entrada de transnacionais no país, como: pode servir para o aumento da venda dos ativos estatais, além de fornecer fontes de melhoria na tecnologia e na gestão, tornando-o mais competitivo no mercado global²⁰².

às situações especialíssimas ressalvadas pelo próprio texto constitucional, as empresas constituídas no Brasil, e que aqui operam, estão abrigadas de qualquer forma de discriminação. É, portanto, incompatível com a nossa Carta Magna qualquer forma de discriminação contra o capital estrangeiro que não seja parte das exceções de áreas restritas ao controle por brasileiros que foram nela estabelecidas” (RIBEIRO, Idem, p. 30).

²⁰⁰ De acordo com os dados de 2013, do World Investment Report, “o Brasil ganhou participação nos ingressos globais de IDE. Esta foi de 4,8%, em 2012, ante 1,7%, em 2007. Os BRICS seguem como destino cada vez mais preferencial de IDE. A participação destes nos fluxos globais de IDE passou para 19,5%, desde 10%, em 2007. Houve uma queda acentuada do fluxo de IDE para economias desenvolvidas, em especial para a Europa. A economia brasileira passa para a 4ª posição no *ranking* dos principais polos de atração de IDE, em 2013. De acordo com pesquisa da UNCTAD sobre atratividade de países para realização de investimentos, das 21 principais economias com potencial para recepção de IDE, 13 são economias em desenvolvimento ou em transição e 10 são asiáticas. O Brasil segue até 2015 na quinta posição no *ranking* de destinos preferenciais de IDE, ficando atrás de Indonésia, Índia, Estados Unidos e China” (UNCTAD. World Investment Report, 2013).

²⁰¹ AGUIAR ; GULAMHUSSEN (2009, p. 15).

²⁰² Um forte exemplo disso é o setor de telecomunicações, em que as empresas locais, muitas vezes, são ineficientes e limitadas no financiamento de tecnologias complexas e de gestão da produção, sem conseguir acompanhar os avanços tecnológicos do mercado a bom ritmo. Portanto, ao atrelar o investimento com a privatização, os países em desenvolvimento podem se beneficiar do capital injetado, do repasse de *know how* tecnológico e de aprimoramento da gestão de qualidade do serviço ou produção prestado, rumo à autossuficiência e à sua expansão. Por outro lado, as empresas transnacionais também se interessam em investir seu capital e adquirir certas empresas, maioritariamente no ramo de serviços, como

De acordo com dados da OCDE, impulsionado pela melhora substancial de sua estabilização macroeconômica, o Brasil tem se destacado como um destino atrativo aos investimentos estrangeiros, principalmente, aqueles setores, antes, reservados com exclusividade ao Estado, como os ligados às telecomunicações, eletricidade, infraestrutura, petróleo e recursos naturais. Destarte, a OCDE incentiva o país a prosseguir com as reformas instituídas e acelerá-las, a fim de ampliar os instrumentos e políticas de normatização da instituição, para promover um maior alcance das relações baseadas nos princípios norteadores do comércio internacional²⁰³.

Em virtude do complexo de questões econômicas, políticas e sociais decorrentes do investimento estrangeiro, identifica-se, não mais uma preocupação somente em relação aos riscos dessa transação, mas também, quanto à criação de leis específicas ou de *Standards* sobre o investimento direto estrangeiro, com dimensão global. Ou seja, evitaria a multiplicação de legislações esparsas, a regular o IDE, no espaço nacional²⁰⁴.

Na arena do petróleo, todos os investimentos incidem em muitos riscos; são incertos e de longa duração. E, fristem-se, esses riscos (políticos, econômicos, geológicos,

telecomunicações, energia, transportes e bancário, pois esses setores, geralmente são (ou já foram) monopolizados, e, por isso, adquiriram conseqüentemente, seus mercados, com boas perspectivas de rentabilidade após a sua reestruturação. Neste caso, deve-se ter atenção com esta aquisição, pois, embora seja salutar para o governo esta disputa entre empresas pelo setor, gerando concorrência e valorização, por outro lado, incide no risco de se permitir que os monopólios públicos sejam substituídos por monopólios privados, explorando essa posição no país de acolhimento. Outras desvantagens que podem suceder estão relacionadas como a ausência de garantia, por requisitos ou contratos específicos que garantam que o investimento seja perdido a longo prazo, embora se trate de um risco baixo, até porque o investimento não cessa após a aquisição da empresa. Outro risco está relacionado à diminuição na geração de emprego no setor, visando à otimização dos custos e da eficiência, podendo acarretar problemas institucionais, ligados ao social e à economia, em último plano (UNITED NATIONS, FDI (2000, p. 45-57).

²⁰³ Esses dados podem ser sentidos, em alguns números, como: a entrada de investimentos de capital estrangeiro na cifra de 9.9 milhões de euros, em 1996, sendo considerado como o quinto país com maior nível de investimento dos membros da OCDE. Ainda nesse sentido, a OCDE informa que a pedra de toque para a reforma estrutural do Estado brasileiro foi, de certo, a liberalização do investimento estrangeiro. E para tanto, as medidas mais significativas foram edições das EC n. 06/1995 e 09/1995. A primeira que alterou o caráter nacionalista imbuído na Carta de 1988. O artigo 171 que distinguia a empresa nacional da empresa brasileira de capital nacional foi revogado. O artigo 170, IX, foi alterado, para fomentar um tratamento diferente a empresas brasileiras de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e de capital nacional. Para além disso, trouxe uma modificação no artigo 176, §1º, ao garantir também as multinacionais a exploração dos recursos minerais, desde que constituam filial com sede e administração no território nacional, garantindo, dessa forma, a inclusão do capital estrangeiro na exploração dos bens minerais. E a segunda, que possibilitou a exploração do petróleo pelos privados, inclusive não nacionais. Além das emendas subsequentes que garantiram a isonomia do tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras, desde que estabelecidas no país (OCDE, 1998, p. 09-11).

²⁰⁴ SORNARAJAH (2004).

contratuais etc.) se modificam ao longo do “ciclo de exploração”²⁰⁵. Daí a necessidade de estabilização dos regimes contratuais e fiscais entabulados com as companhias internacionais. Aquela não faz referência à imutabilidade das regras ou do regime aplicado, e sim, a uma “garantia de equilíbrio”, que assegure a aplicação dos *Standards* que inspiraram a adoção do regime²⁰⁶.

Vislumbra-se que o grande equacionamento que deve ser feito em matéria de investimento estrangeiro direto no setor petrolífero é o sopesamento da soberania estatal permanente dos recursos minerais²⁰⁷, *in casu*, o petróleo, em relação à estabilidade das cláusulas contratuais acordadas para proteção desse investimento de longo prazo²⁰⁸.

Recordando a lição de Ost, diante das questões postas pelas “novas fronteiras do direito”, em que o apego ao positivismo (modelo piramidal) e a lei estatal como única fonte hierárquica, válida e aceita, já não correspondem aos desafios lançados pela globalização e o direito em rede, mormente, pela estandardização dos negócios, autoridades estatais concorrentes, em constante processo de colaboração e variedade de fontes e pela autorregulação dos privados, através de códigos de condutas, normas técnicas e contratos. Isto é, essas mudanças assinalam o retorno ao processo de privatização do direito, que se manifesta numa sociedade autorregulada²⁰⁹.

Diante desse novo quadro internacional, o direito constitucional brasileiro,

²⁰⁵ “Antes de iniciar os trabalhos, é o Estado que se apresenta mais vulnerável perante a necessidade de captação do investimento estrangeiro, uma vez colocado no terreno o investimento, é o investidor que fica mais vulnerável, pois o investimento de capital (as infraestruturas, as perfurações, os reservatórios) transforma-se em *sunk cost*, dependendo a sua amortização das condições geológicas, dos mercados e da manutenção dos regimes contratuais e fiscais acordados com o Estado-anfitrião” (TORDO *apud* ANDRADE; MARCO, 2013, p. 40).

²⁰⁶ TORDO *apud* ANDRADE; MARCO, 2013, p. 41).

²⁰⁷ O princípio da Soberania Permanente Sobre Recursos Naturais (Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources) foi consagrado na Resolução nº 1.803 de 1962 das Nações Unidas, que reconheceu o direito dos países de dispor das riquezas nacionais em acordo com os interesses nacionais (JOFFÉ; STEVENS; GEORGE; LUX; SEARLE, 2009, p. 5).

²⁰⁸ Para Favacho, a solução para esse impasse entre o Estado e o capital de investimento estrangeiro estaria na: 1) a inserção de cláusulas de estabilização nos contratos de petróleo e 2) a remissão à arbitragem como meio de solução de eventuais conflitos não resolvidos pela via negocial prévia. E afirma: “Enquanto os primeiros querem garantias de estabilidade das condições de seus contratos, os segundos não abrem mão de exercer a soberania permanente sobre seus recursos naturais e a autonomia para a fixação de regimes regulatórios, tributários, ambientais, entre outros. Estes conflitos devem ser minimizados e resolvidos mediante uma gestão competente de conflitos, seja ela preventiva, como a busca de contratos claros, transparentes, uniforme e com expressões inequívocas, seja pela utilização de uma normatização supraestatal, com caráter universalizante, como os princípios da UNIDROIT e a *Lex petrolea*, seja em face do conflito estabelecido, com a adoção da arbitragem como o melhor meio de solução disponibilizado às partes envolvidas” (FAVACHO, 2011, p. 243-246).

²⁰⁹ OST (1996).

imbuído dos preceitos neoconstitucionalistas, imprimiu essas revisões nas noções de princípios como a segurança jurídica, da confiança legítima, da boa-fé objetiva, bem como da soberania nacional²¹⁰. Atualmente, a relação entre os países acerca do tratamento bilateral de investimento é feita através dos BITs (Acordos Bilaterais de Investimento)²¹¹⁻²¹² que representam o principal mecanismo de regulamentação internacional de investimentos face à dificuldade de implementação de uma via consensual global que abarcasse os contratos e relações multilaterais envolvidas.²¹³ Os acordos bilaterais caracterizam-se pela postura *ad hoc* e pela preocupação em resolver os conflitos de forma amigável, restando os menores danos a ambas as partes, com o escopo último, de proteção aos investimentos do risco de nacionalização ou expropriação²¹⁴⁻²¹⁵.

²¹⁰ RIBEIRO (Idem, p. 5-6).

²¹¹ “Os BIT são convenções internacionais celebradas entre dois Estados, pelas quais estes disciplinam os aspectos da promoção e proteção – e por vezes, também da liberalização – do investimento estrangeiro recíproco” (ANDRADE; MARCO, 2013, p. 200).

²¹² “Detectou-se uma quadruplicação dos investimentos estrangeiros entre 1990 e 2000, acompanhada de um crescimento vertiginoso dos tratados bilaterais de investimentos (BITs), que passaram de 500 em 1990 a 2000 no ano de 2000 e de 2500 em 2005. Esse expressivo número de 2.500 BITs ratificados por mais de 170 países do mundo permitiu a standardização relativa desses modelos, que têm algumas cláusulas principais: (i) *tratamento justo e equitativo*; (ii) *proteção completa*; (iii) *não discriminação*; (iv) *tratamento nacional*; (v) *tratamento da nação mais favorecida*; (vi) *garantias relativas aos casos de nacionalização e/ou desapropriação*; (vii) *garantias relativas à repatriação de capital e remessa de lucros ao exterior*. Em formulação análoga, são apontadas as seguintes disposições: (i) *escopo de aplicação*; (ii) *condições para a entrada do investimento estrangeiro*; (iii) *padrão de tratamento dos investimentos estrangeiros* (iv) *transferências financeiras*; (v) *condições operacionais para o investimento*; (vi) *proteção contra a expropriação*; (vii) *reparação das perdas*; (viii) *solução de controvérsias*.” (RIBEIRO, Idem, p. 16-17).

²¹³ “Importante nestes BITs, ainda, é a existência de cláusulas guarda-chuva (*umbrella clause*), disposição que determina que a inadimplência de um contrato entre um investidor de um Estado participante e outro Estado participante será entendido como inadimplemento do próprio contrato em si, levando a solução do conflito necessariamente para a arena internacional prevista para a solução das questões referentes ao descumprimentos de acordos e tratados internacionais. A existência de um BIT dando guarida a um contrato de petróleo é tão importante que já se forma uma verdadeira indústria de Treaty Shopping e a consequente reação dos Tribunais arbitrais” (FAVACHO, Idem, p. 251).

²¹⁴ “Desde o início o objetivo dos BITs tem sido proteger os investimentos contra a nacionalização ou a expropriação, além de garantir a transferência de recursos e prever mecanismos de controvérsias entre investidor e Estado receptor. O fato de historicamente os BITs terem surgido do interesse dos países desenvolvidos em proteger seus investidores, fez com que esses países possuísem uma abordagem própria. Em geral eles possuem um modelo de acordo, que serve de base para as negociações. Os modelos de acordos bilaterais de investimentos dos EUA e do Canadá representam a abordagem mais ampla, enquanto os modelos dos países europeus são mais restritos. A abordagem europeia tende a centrar o foco na proteção dos investimentos estrangeiros, enquanto a norte-americana e a canadense defendem a proteção quanto à liberalização dos investimentos estrangeiros. A tendência dos BITs Sul-Sul é adotar o modelo europeu, estabelecendo regras de proteção e promoção dos investimentos, evitando a proibição de requisitos de desempenho e limitando as exigências de transparência ao estágio de pós-estabelecimento dos investimentos. Além disso, estes acordos distinguem-se por estabelecer maior número de exceções e por incluir a cláusula “fork-in-the-road”, que obriga os investidores a optar entre a jurisdição nacional e a internacional em caso de litígio” (FONSECA, 2007, p. 42).

Com a ampliação da interação global, surgem também os acordos multilaterais, que não comportam apenas a relação Estado-Estado ou Estado-Privado; agora, essa relação envolve vários atores, inclusive blocos regionais em disputa, além de organizações internacionais, empresas transnacionais e Estados, o que deverá auxiliar a concretização dos *Standards* pelos núcleos de arbitragem em maior relevo.

Em relação à matéria versada nos tratados de investimento, podemos assinalá-las em duas categorias: “nas disposições consagrando mecanismos de resolução de disputas, entre os quais se destacam a arbitragem Estado-Estado e a arbitragem investidor-Estado; bem como nas disposições que contêm os *Standards* de protecção do investimento estrangeiro propriamente ditos”. No que concerne a esses *Standards*, seriam a “protecção contra a expropriação²¹⁶, o *Standard* FET²¹⁷ e a garantia de tratamento não discriminatório^{218_219}.

No que concerne à protecção do investimento estrangeiro em face do risco de

²¹⁵ Os BITs promovem o fomento dos fluxos de investimentos estrangeiros, pois contribuem para a redução do risco político inerente à atividade econômica em outras jurisdições e buscam assegurar a tutela do investidor estrangeiro, com o objetivo de evitar a expropriação sem a devida compensação, mudanças cambiais danosas, o tratamento discriminatório pelo Estado-hospedeiro e outras formas de prejuízo à parte privada. Eles também sinalizam um compromisso em futuramente honrar com as obrigações assumidas (VANDELDE, 2000, p. 8-9).

²¹⁶ Não estamos a nos referir aos casos de expropriação violenta, estes são de fácil percepção e enquadramento, mas, aos casos de expropriação regulatória ou a *creeping expropriation*. Estas são medidas ou condutas que o Estado toma e que podem levar à expropriação indireta, uma vez que torna inviável a manutenção do contrato (MONTT *apud* ANDRADE; MARCO, 2013, p. 207).

²¹⁷ “O domínio de aplicação do princípio da proporcionalidade é neste caso o das situações em que o Estado que acolhe o investimento estrangeiro adopta uma conduta que pode ser qualificada como expropriação indirecta, violadora do standard FET ou em que o Estado invoque uma situação de estado de necessidade financeiro. [...] No domínio da protecção dos investidores estrangeiros, o que encontramos, maioritariamente, são situações de frustração de expectativas legítimas e não propriamente uma restrição de direitos patrimoniais, o que exige um reforço da argumentação anterior, com uma análise mais profunda da relação de complementaridade entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da protecção da confiança legítima [...] O standard FET está hoje presente em diversos Tratados multilaterais e bilaterais de protecção do investimento estrangeiro, tendo sido elevado a um princípio de direito costumeiro inarredável na resolução de litígios sobre esta matéria. Originário dos textos dos tratados de amizade comercial e de navegação, este standard impede os Estados de adoptarem condutas discriminatórias, procurando, por esta via, garantir um quadro normativo mínimo para a estabilidade dos direitos dos investidores estrangeiros. [...] uma das dimensões do standard FET é precisamente a dimensão procedimental, da qual se extrai a indispensabilidade de um fair procedure na adopção da medida, traduzindo-se num processo de auscultação e ponderação de argumentos a favor e contra a medida” (SILVA, 2012, p. 664-667).

²¹⁸ É o que ocorre com a reforma introduzida pelo pacote de Emendas Constitucionais no ano de 1995, no Brasil, a fim de propiciar esse tratamento mais consentâneo com o mercado internacional. “A regra do tratamento nacional requer que o Estado conceda aos investidores estrangeiros um tratamento não menos favorável do que aquele que confere aos investidores nacionais ‘em igualdade de circunstâncias’” (ANDRADE; MARCO, 2013, p. 213).

²¹⁹ ANDRADE; MARCO (Idem, p. 206).

nacionalização, é importante identificarmos que no âmbito da regulação petrolífera²²⁰, essa problemática se amplia, em virtude de ser o petróleo um bem público, cuja exploração perpassa pela tutela da soberania estatal. Assim, o desafio se torna encontrar um “equilíbrio entre a determinação da remuneração justa do Estado (das Comunidades Nacionais) e a proteção da estabilidade do investimento”²²¹.

O meio mais recorrente para se garantir esse justo equilíbrio tem sido o recurso à arbitragem internacional²²², que no campo do IED, e, especialmente do petróleo, assume uma constituição material distinta²²³, com uma atenção acurada à “gestão/renegociação dos contratos”, a fim de lesionar o mínimo possível os interesses das partes conflitantes, servindo a harmonização e restabelecimento do contrato ou ao seu desfazimento com os menores custos possíveis²²⁴.

Dessa forma, o Estado não pode se descurar da observância dos tratados bilaterais e multilaterais de investimento, bem como dos costumes internacionais; para tanto, não é preciso prescindir das regras de nacionalização, consoante entender pertinentes, bastando,

²²⁰ “A regulação yardstick ou regulação do desempenho é típica do sector energético, dominado por grandes companhias que actuam em regime de “quase monopólio” e baseia-se em comparações de performance entre empresas, que permitem encontrar as melhores soluções para disciplinar a actividade e combater os efeitos económicos perversos da falta de concorrência, ou seja, dos acertos naturais que decorreriam do funcionamento normal do mercado se este existisse. Sobre o conceito e a sua aplicação” (SCHLEIFER *apud* ANDRADE; MARCO, *Idem*, p. 42).

²²¹ ANDRADE; MARCO (*Idem*, p. 43).

²²² Alguns dos espaços internacionais de arbitragem que cuidam de questões atinentes aos projetos de investimento estrangeiro, são eles: o International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID; a International Chamber of Commerce – ICC; o The London Court of International Arbitration – LCIA; o Permanent Court of Arbitration – PCA; ou a Stockholm Chamber of Commerce – SCC (ANDRADE; MARCO, *Idem*, p. 42).

²²³ “As arbitragens internacionais são subordinadas a regras processuais específicas de entre as quais destacamos as UNCITRAL rules of arbitration, as LCIA rules of arbitration, as PCA rules of arbitration e as ICSID rules of arbitration aplicadas pelo ICSID. A resolução arbitral desses conflitos guia-se pelo direito internacional (onde assumem especial relevância as disposições da Convenção de Washington e as normas do UNCITRAL, bem como o conteúdo dos múltiplos Bilateral Investment Treaties), mas essencialmente por um “direito ad hoc” consubstanciado nos denominados Standards de protecção, entre os quais se incluem o Fair and Equitable Treatment (FET), o Most-Favoured-Nation Treatment (MNF), a Umbrella Clause, a protecção contra direct and indirect expropriations, etc.” (DOLZER/SCHREUER *apud* ANDRADE; MARCO, 2013, p. 42).

²²⁴ “Estes Standards de protecção que se formaram a partir das decisões arbitrais dos litígios e que hoje se integram no que podemos denominar como uma categoria especial do direito costumeiro internacional, visam essencialmente garantir a posição jurídica do investidor estrangeiro durante o tempo em que este se encontra numa situação de especial fragilidade, na medida em que os investimentos directos estão em regra associados a contratos de longa duração, assentes em projectos de capital intensivo, que deixam o investidor numa situação especialmente vulnerável no que respeita, quer à amortização do capital investido, quer à realização dos lucros projectados, uma vez que o exercício de poderes soberanos pelos Estados que acolhem o investimento – Estados hospedeiros ou Estados anfitriões – são aptos a frustrar (e muitas vezes fazem-no de forma intencional e deliberada) as expectativas legítimas dos investidores” (SILVA, 2012, p. 665).

apenas, que não se desvincule da atenção aos Standards mínimos de proteção aos investidores, principalmente: “(i) *o tratamento justo e equitativo dos investimentos estrangeiros* e (ii) *o amplo acesso à justiça*. O primeiro é previsto em grande parte dos tratados bilaterais e multilaterais de investimento e é geralmente invocado na superveniência de conflitos, enquanto o segundo se refere tanto aos procedimentos adotados perante os tribunais do Estado hospedeiro quanto aos conduzidos pela arbitragem, indo desde a instauração da lide até a prolação de sentença”²²⁵.

O processo de nacionalização do investimento se distingue de um ato confiscatório ou punitivo. Sua adoção é motivada por decisões de política estratégica, econômica ou social.²²⁶ E a expropriação deverá sempre ser precedida, de acordo com a Resolução das Nações Unidas, por uma justa compensação, que deve ser arcada em conformidade com o direito internacional, e tendo no contrato entre o Estado e o parceiro privado um efeito vinculante, inclusive, quanto a regras de arbitragem²²⁷²²⁷²²⁸²²⁸.

Cabe ao Brasil, já que não é signatário da Convenção de Washington, pois não a ratificou, em última análise, buscar ampliar no âmbito internacional, uma postura de transparência concernente às regras e cláusulas contratuais e de estabilidade institucional para solidificar e atrair os investimentos estrangeiros no país, mormente, no campo do pré-sal, em virtude da política industrial e da condição de insumo estratégico que o bem demanda.

²²⁵ RIBEIRO (Idem, p. 21).

²²⁶ “Para que seja exercido regularmente, o direito do Estado de nacionalizar subordina-se a determinadas condições, tais como: (i) *ter como motivação o interesse público, bem como motivos de ordem política e socioeconômica*; (ii) *ater-se ao princípio da não discriminação e da vedação ao confisco*; e (iii) *indenizar de modo justo e equitativo aquele que sofreu danos com a medida*” (RIBEIRO, Idem, p. 22).

²²⁷ SCHWEBEL, Stephen M. The Story of the UN’s Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources. *ABA Journal*, 463, p. 448, 1963.

²²⁸ “Por vezes os investimentos estrangeiros encontram maior resistência dos países hospedeiros, sobretudo quando a mineração e o setor petrolífero dominam a economia. Nesses casos a propriedade estrangeira passa ser vista como uma afronta à autonomia do Estado hospedeiro, podendo surgir ciclicamente o entendimento de que as medidas administrativas ou regulatórias não atingem o propósito de atender aos anseios do Estado hospedeiro de recuperar essa autonomia. A expropriação surge então como único instrumento viável para atingir esse fim” (KOBRIIN, Stephen J. *apud* ROSADO, Marilda, op. cit., p. 118). No mesmo sentido, “alguns países latino-americanos produtores de petróleo passam a ser liderados por governos populistas, que permitem que os lucros advindos da *commodity* sejam destinados a propósitos políticos ou ao financiamento de projetos sociais, tendo ocorrido havido nesses casos, efetivo declínio dos investimentos estrangeiros e de novas tecnologias no setor, prevendo-se uma diminuição da oferta de energia. Na América Latina, a rigidez na regulação no setor se dá em função de uma percepção crítica bastante difundida de que empresas transnacionais fizeram excessivos lucros às custas dos governos e, por isso, são necessárias políticas públicas capazes de regular fortemente a economia, principalmente, o setor energético” (ROSADO, Marilda, ib. ibi., p. 29).

CAPÍTULO III - REGIME HÍBRIDO DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO NO BRASIL

Como encetado alhures, após a abertura constitucional do regime de monopólio, que possibilitou a exploração do óleo por empresas privadas, nacionais e estrangeiras, através da EC n. 09/95 que modificou o §1º, do art. 177²²⁹, o regime de concessão foi o escolhido pela Lei n. 9.478/1997, em virtude das condições geológicas e riscos de exploração ser acentuados no momento de sua propositura²³⁰.

Graças à injeção de capital estrangeiro e aprimoramento tecnológico da indústria de base, incluindo a Petrobras e suas subsidiárias, foi possível atingir níveis de autossuficiência na produção de petróleo em meados de 2005. Nesse passo, a Petrobras, capitalizada pelos investimentos privados, passou a investir a fundo nas pesquisas e exploração *offshore*²³¹, possibilitando a descoberta de jazidas de pré-sal²³², em 2006, no campo de Tupi, em Santos.

Em razão da tessitura leve e comercializável do óleo encontrado nas zonas do pré-sal e dos holofotes que a sua descoberta proporcionou à Petrobras e ao Brasil, por ser considerada uma reserva estratégica importante diante da possível escassez desse recurso nos próximos anos, o quadro político-energético se modificou, pois, o governo passou a desejar, não somente a justa remuneração pelo seu bem, mas a querer participar diretamente dos ganhos, do controle de sua comercialização, e, principalmente, a fazer

²²⁹ “O final da década de 90 trouxe a constatação de que o Estado não tinha os recursos financeiros nem os meios materiais para se desincumbir, sozinho, de todas as prestações exigidas pela sociedade para propiciar o bem-estar geral. Mais que isso, a ideia de que o monopólio não estimulava a eficiência induziu à criação de cenários jurídicos voltados para a indução à competitividade. Foram, então, aprovadas diversas reformas no ordenamento jurídico, de modo a introduzir espaços para a inversão de recursos privados, em regime de competição, com vistas a ampliar não só os capitais como a eficiência em atividades desenvolvidas em regime de concorrência.” (SOUTO, 2013, p. 41-42).

²³⁰ Neste capítulo foram utilizados fragmentos e tópicos já apresentados no artigo de minha autoria: Contrato de partilha de produção: Um novo marco regulatório no cenário petrolífero brasileiro, Revista de Direito da E-nergia, PRH36, ano 5, vol. 8, ago./dez. 2013, disponível em: periodicos.ufrn.br

²³¹ Os primeiros investimentos em *offshore* da Petrobras deram-se na década de 60, com a descoberta do campo de Guaricema (SE), seguido de Garoupa, na bacia de Campos - RJ, que, logo, tornou-se a maior produtora brasileira. Em sequência, a Petrobras buscou aprofundar-se nas pesquisas em águas ultraprofundas, investindo em pesquisas e tecnologia de ponta.

²³² O pré-sal são camadas rochosas situadas abaixo de uma faixa de sal na plataforma continental, estima-se que o pré-sal tenha se formado a mais de 160 milhões de anos, por estarem localizadas abaixo da camada de sal, é, portanto, mais antigo que o próprio sal. “A província petrolífera do Pré-sal brasileiro estende-se por aproximadamente 800 quilômetros ao longo do litoral, desde o estado de Santa Catarina até o Espírito Santo, ocupando uma área de 149 mil km², dos quais 41.772 mil km² já foram concedidos a particulares para exploração” (ROQUE, 2012, p. 23).

política industrial com o mesmo.

Assim, em 2007²³³, aconteceram inúmeros debates políticos acerca da necessidade de alteração da legislação então vigente, de modo a promover um melhor aproveitamento da exploração e produção do óleo no pré-sal, haja vista o seu baixo risco exploratório. Nesse ínterim, o governo cancelou a nona rodada de licitações para as camadas do pré-sal, através da Resolução n. 6, de 08 de novembro de 2007, do CNPE, solicitando à ANP a alteração do edital às vésperas da licitação.

Diante da nova conjuntura, o governo brasileiro percebeu a necessidade de modificar o marco regulatório para regular essas áreas e criou, já em 2008, uma comissão interministerial para definir o melhor regime a ser adotado para regular as áreas do pré-sal e outras áreas estratégicas, através de 04 projetos de lei enviados ao Congresso Nacional, com o fito de promover uma ampliação da participação estatal nessas explorações.

Em 2010, o Congresso Nacional aprovou a Lei da Capitalização da Petrobras e da cessão onerosa; aprovou, também, a lei que autoriza a criação da PPSA. O projeto original n. 5938/09 – regime de partilha da produção – por uma articulação política no Senado, foi incorporado ao projeto do Fundo Social – projeto n. 5940/09. Em 22 de dezembro de 2010 foi publicada a Lei n. 12.351/2010, dispondo sobre a produção e a exploração de petróleo, gás natural e de outros hidrocarbonetos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do Pré-sal e em áreas estratégicas, e criando o fundo social.

Ressalta-se que não há modelo contratual superior ao outro²³⁴. Tanto o regime de

²³³ “Following the Pre-Salt discovery in 2007, the Brazilian government abruptly withdrew forty-one blocks of Pre-Salt acreage from the ninth bidding round weeks prior to its scheduled commencement.⁷⁵ The disposition of these blocks was withheld, and the Brazilian government in **2008** instead appointed an interministerial commission to evaluate whether a new legal regime should be established to regulate exploration and production in the Pre-Salt. The commission concluded that a new, parallel regulatory regime for the Pre-Salt area should be adopted, to utilize a production sharing model. The rationale for the change was that the Pre-Salt areas are unique due to the large size of their deposits and abnormally low exploration risk, which together dramatically increase the odds that Pre-Salt wells will be commercially viable. Brazil’s existing concession system, on the other hand, was designed to compensate oil companies for taking on high exploration risk. An overhaul of the system was deemed necessary to reapportion parties’ respective takes.” (BLADES, Idem, p. 9).

²³⁴ “Como salienta Z. GAO, provavelmente não podemos dizer que há uma melhor forma de contrato de exploração petrolífera, mas apenas uma forma relativamente melhor. O contrato ideal é aquele que proporciona uma razoável base comercial para a relação e efetivamente conjugam as aspirações legítimas e os objetivos de ambas as partes. No contrato de exploração petrolífera ambas as partes possuem uma meta comum, que é tornar possível a exploração dos recursos petrolíferos do Estado e otimizar seu desenvolvimento econômico. Apesar disso, há quase um conflito direto entre seus respectivos interesses e objetivos, principalmente no que se refere à distribuição de riscos, aos mecanismos decisórios e à partilha da produção.” (GAO *apud* RIBEIRO, 2003, p. 161).

concessão quanto o de partilha de produção auferem lucros ao Estado e proporcionam margem de retorno da exploração ao país hospedeiro. Com efeito, o diferencial entre os regramentos contratuais é a forma e o nível de participação do Estado na exploração e comercialização, possibilitando ao Estado escolher qual espécie contratual melhor se adequa a regular as variações de riscos e de níveis de petróleo existentes em cada bloco exploratório²³⁵.

3.1 DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO VIGENTES NA EXPLORAÇÃO DO PRÉ-SAL

Em virtude da conjugação de um regime híbrido para disciplinar o petróleo explorado no país, temos que os contratos de concessão valerão para as zonas terrestres em que se encontre o óleo, desde que não sejam consideradas áreas estratégicas e para todas as áreas que ainda não foram leiloadas no âmbito do pré-sal e tidas por estratégicas. Quanto às licitações anteriores, em que foram concedidos blocos de pré-sal no regime de concessão, esses permanecerão intactos, respeitados os princípios da segurança jurídica, do direito adquirido e da confiança legítima dos investidores.

Desse modo, os blocos de pré-sal leiloados na vigência da lei do petróleo (Lei n. 9.478/1997), sob o regime de concessão, são regidos por essa lei, em respeito às diretrizes traçadas por esse modelo que no Brasil, recebeu uma conotação peculiar²³⁶ e pelas cláusulas contratuais pactuadas²³⁷.

Assim, podemos dizer que no modelo de concessão²³⁸²³⁹, o proprietário do

²³⁵ Com efeito, segundo dados da IPA, verificamos que já foram entregues 55 blocos contendo pré-sal, no regime de concessão, correspondendo a 28% da área estimada; 7 blocos à cessão onerosa, correspondendo a 2,47% e sobrando 69,5% para ser leiloados sob a modalidade de partilha de produção (SZKLO, 2012, p. 2).

²³⁶ Devido a comportar elementos dos modelos de serviço de risco e de participação na produção. Isso se observa na obrigação de realizar o programa exploratório mínimo, ou seja, o risco da exploração ser exclusivo do concessionário, nada recebendo, caso não encontre óleo comercializável, como ocorre nos contratos de serviço de risco. Assim como se assemelha ao contrato de participação, em virtude da variação da participação do Estado, está adstrita ao volume do quanto produzido, uma vez que o contrato de concessão adotado no Brasil prevê a participação especial em campos produtivos. Nesse sentido: BRAGA (2012, p. 84 e ss.).

²³⁷ *Cartilha do Pré-Sal: perguntas e respostas*, organizada pelo MME. Disponível em: www.mme.gov.br Último acesso em 13/08/2014.

²³⁸ Também pode ser definido como: “No modelo de concessão, o proprietário da terra (em regra o Estado) transfere a titularidade do petróleo para a empresa exploradora em troca do pagamento de royalties (uma percentagem sobre lucros brutos da venda do petróleo paga em dinheiro ou em espécie) e de impostos sobre os lucros, que podem assumir modalidades variadas, sendo em regra concebidos a partir de uma

recurso energético, em regra, o Estado, concede a uma ou mais empresas, o direito de explorar e produzir óleo de forma exclusiva e por sua conta e risco, repassando à titularidade do bem²⁴⁰, mediante uma compensação financeira, paga em forma de participações governamentais²⁴¹ e tributos.

Por cuidar-se de um insumo estratégico, geralmente, é requisitado às empresas produtoras que dispensem uma parte da produção ao consumo interno do país hospedeiro. Doutra banda, pertence a elas a propriedade dos equipamentos, ativos utilizados na exploração e produção, bem como o comando das operações, cabendo ao Estado, unicamente o papel de regular e monitorar a execução dessas atividades.

Os contratos de concessão são celebrados por meio de processo licitatório, no qual são leiloados os “blocos” concedidos para exploração, desenvolvimento e produção do hidrocarboneto, conforme preceitua o art. 23 da Lei do Petróleo. Aqueles só poderão ser executados por empresas constituídas sob o manto das leis brasileiras, com sede e administração no país, condicionadas à adesão prévia dos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos emanados pela ANP²⁴².

Outra característica do contrato de concessão brasileiro é seu prazo contratual de 36 anos, sendo de nove anos a fase de exploração, podendo ser prorrogada em contrato. E de 27 anos para a fase de produção, desde que se dê a declaração de comercialidade que também pode ser prolongada ou rescindida antecipadamente pelo concessionário, através de aviso-prévio de seis meses. Ademais, o concessionário tem o direito exclusivo de perfuração e produção na área concedida, obtendo a propriedade do óleo desde o ponto de mediação e os direitos de comercialização. Tem também o direito de exportar,

análise econômica do respectivo impacto sobre o projeto, de modo a garantir que da sua aplicação resulta uma participação pública justa (*value of take*), mas não ao ponto de tornar o investimento não atrativo. Neste modelo, os investidores negociam com os Estados o regime de dedução dos custos, a partir do qual se consegue também modelar o lucro das empresas e o projeto econômico financeiro da exploração” (ANDRADE; MARCO, 2013, p. 36-37).

²³⁹ O contrato de concessão pode dar-se de três formas: por licença, *lease* ou mediante contrato de concessão propriamente dito. Neste artigo, a expressão contrato de concessão será abordada de forma genérica; todavia, estar-se-á a fazer referência ao contrato de concessão propriamente dito, modelo este adotado pelo Brasil com a Lei n. 9.478/1997.

²⁴⁰ De acordo com Pires, o petróleo ou gás natural só passa a pertencer ao concessionário após a sua extração do subsolo e a sua passagem pelo ponto de mediação.

²⁴¹ Os níveis de incidência das participações governamentais serão limitados caso a caso, de acordo com cada Estado.

²⁴² Artigos: 5º, 23º e 25º da Lei n. 9.478/1997.

condicionado à autorização da ANP²⁴³.

Ao fim do prazo de concessão, o concessionário se obriga a efetuar a desativação das operações, “tamponando e abandonando os poços”, além de evadir os instrumentos e instalações do campo, podendo a ANP requerer a reversão dos bens²⁴⁴.

Quanto às formas de remuneração do Estado hospedeiro na concessão, de acordo com Taverne, essa se dá através de *royalties*, taxa de ocupação de área, bônus financeiros, imposto de renda e tributos sobre lucros extraordinários²⁴⁵.

No Brasil as participações governamentais (*government take*) são compostas do bônus de assinatura, dos *royalties*, das participações especiais e da taxa de ocupação ou retenção de área.

“O bônus de assinatura é a exação que condiciona a assinatura do contrato e E&P, podendo ser determinado por um processo de licitação (*bonus building*), pela via de negociação ou pela legislação de um país”²⁴⁶. No Brasil, o valor do bônus é pago pela empresa ou consórcio ganhador da licitação. Este *quantum* é definido no edital e adimplido no momento de assinatura do contrato de concessão, em parcela única, referente à oferta vinculada da licitante vencedora. Outro dado importante é que este numerário é destinado à ANP, segundo o art. 15º, inciso II, da Lei n. 9.478/97.

Os *royalties*²⁴⁷ podem ser entendidos como uma espécie de compensação financeira pela exploração de recursos energéticos não renováveis. Para a classificação do campo de petróleo são levados em conta fatores geológicos, econômicos e de engenharia, como aduzido na Lei n. 9.478/1997. Assim, para adimplemento de *royalties* cada campo é considerado de forma singular, com incidência de alíquotas diferentes, referente ao valor da produção. Os preços convencionados em cada campo são utilizados para mensurar a produção e a alíquota é incidente sobre o valor da produção para definição dos *royalties*. O art. 47 da lei do petróleo preceitua que os *royalties* devem ser adimplidos mensalmente, em moeda corrente nacional, a partir do início da produção comercial de cada reservatório,

²⁴³ RIBEIRO (Idem, p. 347 e ss.).

²⁴⁴ BRAGA (Idem, p. 86).

²⁴⁵ TAVERNE (2008, p. 286).

²⁴⁶ BNDES (2009, p. 29).

²⁴⁷ Para Bucheb, “os royalties e a participação especial constituem, respectivamente, a compensação financeira ordinária e a extraordinária pelos resultados da exploração de petróleo ou de gás natural a que se refere o §1º do art. 20 da CF/88. Tais participações têm natureza indenizatória e constituem, assim, uma forma de compensação aos Municípios, aos Estados e ao Distrito Federal e à União, pelos inevitáveis transtornos causados em face das atividades de exploração e produção”. Ver: BUCHEB (2007, p. 105).

na razão de 10%²⁴⁸ do valor da produção dos hidrocarbonetos²⁴⁹.

Já a participação especial²⁵⁰ refere-se a uma “compensação financeira extraordinária”, aplicada somente em áreas de altíssima produtividade cuja alíquota aumentará progressivamente, podendo atingir até 40% do valor. A participação é aplicada sobre a receita bruta da produção, sendo dela deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais a depreciação e os tributos previstos na legislação vigente²⁵¹.

Quando os campos se estenderem por uma ou mais áreas de concessão, o pactuado entre os concessionários para individualização da produção estabelecerá a parte que cabe a cada um para pagamento da participação especial. Ademais, a participação especial considerará como base a receita líquida da produção e o volume de produção²⁵².

Quanto à taxa de ocupação ou retenção de área, o valor a ser pago anualmente, a partir da assinatura do contrato e sempre no dia quinze de janeiro, é quantificado por quilômetro quadrado ou fração de superfície do bloco. A quantia paga anualmente poderá ser alterada em razão da passagem de etapa de exploração para produção, ou mesmo da fase de desenvolvimento, por exemplo. Em caso de extinção ou transferência da concessão, o valor correspondente a essa participação será feito no momento de assinatura do ato. Ainda, os valores despendidos com essa participação governamental serão transferidos à ANP²⁵³.

É importante ressaltar também que, no Brasil, além das participações governamentais acima elencadas, a OC tem de arcar com outros tributos incidentes sobre a renda, o lucro e a sua produtividade, são eles os principais: o Imposto de Renda sobre Pessoas Jurídicas (IRPJ); Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL); Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e o Programa de Integração Social

²⁴⁸ A pensar nos riscos geológicos, de produção e outros elementos pertinentes, a ANP poderá estabelecer em edital um percentual mínimo de 5% para pagamento dos *royalties* sobre a produção de determinada área.

²⁴⁹ BNDES (Idem, p. 63 e ss.).

²⁵⁰ Também é utilizada em outros países com as seguintes denominações: EUA (Windfall Profit Tax), Reino Unido (PetroleumRevenueTax), Noruega (HydrocarbonTax), Canadá (CanadianFrontier Royalties) e na Austrália (PetroleumResourcesRentTax).

²⁵¹ De acordo com o Dec. n. 2.705/98, a participação especial deverá ser paga trimestralmente, a partir do início da produção do campo.

²⁵² BNDES (Idem, p. 67).

²⁵³ BNDES (Idem, p. 68).

(PIS)²⁵⁴.

Doutra banda, registramos a atuação da ANP, que foi criada juntamente com a lei do petróleo, na condição de autarquia especial, e, conseqüentemente, pessoa jurídica de direito público; passou a desempenhar as funções estabelecidas no art. 174²⁵⁵ da CF/88, ao assumir para si as funções de planejar, implementar e desenvolver a política nacional do petróleo e de celebrar, fiscalizar e aplicar as penalidades nos contratos firmados.

Para além disso, a agência do petróleo desempenha um papel imprescindível, no tocante à definição das áreas em que deverá ocorrer a individualização da produção, inclusive, dirimindo possíveis conflitos gerados por ela. Atuando, muitas das vezes, com uma função arbitral, em outras, sendo parte no conflito²⁵⁶⁻²⁵⁷. A lei do pré-sal que revogou o dispositivo sobre individualização da produção da lei do petróleo²⁵⁸ trouxe algumas inovações, tais como: a substituição do termo campo por jazida²⁵⁹, bem como a exclusão da necessidade de serem concessionários diferentes. Dessa forma poderá aplicar-se a unitização mesmo quando se tratar de um mesmo concessionário ou consórcio em jazidas

²⁵⁴ BNDES (Idem, p. 72).

²⁵⁵ Art. 174, CF: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado". Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf170a181.htm>. Acesso em: 11 jul. 2013.

²⁵⁶ O artigo 27 da Lei n. 9.478 (revogado pela Lei n. 12.351, de 2010), prescrevia: "Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção. Parágrafo único: Não chegando as partes a acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis" (BRASIL, Lei n. 9.478. Disponível em: www.planalto.gov.br. Último acesso em 13/08/2014).

²⁵⁷ "O dispositivo da Lei n.º 9.478/97 determinava a obrigatoriedade de os concessionários celebrarem um acordo de individualização da produção quando os campos se estendessem por blocos vizinhos, onde atuassem concessionários distintos. Isto porque, no entendimento de Ribeiro (2005), a liberdade das partes deveria ser limitada pelo interesse público subjacente, impondo-se a necessidade de racionalizar a exploração dos recursos pertencentes à União. [...] Sob a vigência do artigo 27 da Lei n.º 9.478/97 foram celebrados quatro AIPs. O primeiro, aprovado em 2007, envolvia os Campos Albacora e Albacora Leste. Em 2008 foi aprovado o segundo AIP, para os Campos de Mangangá e Nautilus. O terceiro AIP, envolvendo os Campos de Camarupim e Camarupim Norte foi aprovado em 2009. Também em 2009 foi aprovado o AIP referente aos Campos de Lorena e Pardal (ARAÚJO, 2009)" (SZKLO, Idem, p. 4-5).

²⁵⁸ O artigo 67 da Lei n.º 12.351/2010 definiu a individualização da produção como "procedimento que visa à divisão do resultado da produção e ao aproveitamento racional dos recursos naturais da União, por meio da unificação do desenvolvimento e da produção relativos à jazida que se estenda além do bloco concedido ou contratado sob o regime de partilha de produção" (BRASIL, 2010).

²⁵⁹ Sundfeld: O conceito de depósito (ou reservatório) nos conduz ao de jazidas, este último presente na Constituição (arts. 22, XII, 176, caput, e 177, I). O depósito representa área em que há petróleo ou gás natural, mas ainda sem identificação ou sem condições de ser posto em produção imediata. O conceito de jazida, por sua vez, é utilizado para designar depósitos aptos à exploração, por já estarem determinados. No momento em que se inicia a exploração da jazida tem-se aquilo que se chama de campo petrolífero (SUNDFELD, 2000, p. 388).

contíguas²⁶⁰.

A pergunta que se impõe é a de saber se o Brasil, na condição de parte desses contratos de concessão vigentes no âmbito do pré-sal, poderá valer-se da arbitragem como instrumento apto à resolução de possíveis conflitos que surjam da unitização ou mesmo da quebra de cláusulas contratuais pactuadas (*freezing clauses/ stabilization clauses*), em desrespeito a acordos bilaterais de investimento estrangeiro (BIT e MIT), em última instância, envolvendo disputas entre países hospedeiros (*Host Oil Countries – HOC*) e companhias transnacionais ou internacionais (*International Oil Companies – IOC*), em uma queda de braço entre a soberania estatal sobre os recursos naturais e a estabilidade dos contratos conforme entabulados.

3.2 DO REGIME DE PARTILHA DE PRODUÇÃO E DA LEI N. 12.351/2010

Surgido na década de 60 na Indonésia, com o intuito de diminuir o desequilíbrio proporcionado pelos contratos de concessão tradicionais entre as IOCs e os Estados hospedeiros, que consentiam uma gama de benefícios a essas companhias e não detinham ingerência na exploração e produção em suas reservas. O contrato de partilha de produção foi pensado para maximizar a participação do Estado, dispondo que o óleo produzido pertenceria ao país hospedeiro²⁶¹.

Essa participação estatal se dá diretamente ou através de uma NOC que atue também na gestão do projeto com o intuito de adquirir as técnicas e o *know how* das empresas contratadas²⁶². A escolha da empresa petrolífera para fazer a extração dos hidrocarbonetos é feita mediante contratação direta ou por licitação²⁶³.

Como exposto, a principal característica que define o contrato de partilha de produção é a manutenção da propriedade do óleo pelo Estado após a extração pela OC²⁶⁴,

²⁶⁰ Conforme: O artigo 33 da Lei n° 12.351/2010 estabelece que a individualização da produção deve ser instaurada “quando se identificar que a jazida se estende além do bloco concedido ou contratado sob o regime de partilha de produção” (BRASIL, 2010).

²⁶¹ BNDES (Idem, p. 232).

²⁶² Há exemplos também de uma atuação mais ativa por parte do Estado, quando a OC realiza a operação, até que o Estado, através da NOC passa a operar campos que já estejam na fase de produção ou que tenham encontrado reservas comercializáveis, é o que ocorre na China.

²⁶³ Geralmente os países se utilizam dos dois mecanismos de contratação simultaneamente. É o caso de Angola, por exemplo, que prevê em sua Lei de Atividades Petrolíferas (Lei n. 13/78) tanto a licitação (art. 46) quanto a contratação direta (art. 44, §4° e art. 47).

²⁶⁴ Doutra banda, é bom que se diga que, independentemente da propriedade do óleo não ser transferida à

que recebe, com exclusividade, a condução das atividades de exploração e produção do óleo, respondendo por todos os custos e riscos, inclusive, caso não encontre petróleo ou o campo não seja comercializável, o contrato finda sem a recuperação de seus custos e sem o pagamento de qualquer indenização por parte do país acolhedor.

A devolução dos custos e investimentos só acontece para a empresa petrolífera em caso de êxito nas operações, momento em que é retirado o *cost oil*, sob um percentual fixo da produção, referente aos custos e investimentos do período de exploração e desenvolvimento da área. Sendo a parcela restante de petróleo denominada de *profit oil*, é dividida entre Estado e a OC por uma fórmula²⁶⁵ estabelecida no contrato, a qual pode ser fixa ou progressiva, em caso de elevados níveis de volume de produção²⁶⁶.

Ainda sobre o sistema de remuneração no contrato de PSA, em regra não há o pagamento de *royalties*, incidindo os outros tributos sobre os resultados obtidos pela OC. Quanto ao imposto de renda devido pelas OC sob o montante de cada um na produção, o mesmo pode ser deduzido através do aumento da parte que compete ao governo na produção.

É admissível o pagamento de bônus e taxas no contrato de partilha de produção; todavia, o fato gerador de criação destes se modifica de acordo com a legislação aplicável em cada país, podendo incidir na descoberta, na declaração de comercialidade, na submissão do plano de desenvolvimento, no início da produção ou após certo lapso produzido²⁶⁷.

A parte do óleo que cabe ao Estado (*profit oil*) é retida e comercializada ou estocada pelo próprio Estado; contudo, o Estado poderá valer-se de uma empresa estatal

OC, esta tem o direito de contabilizar as reservas em seus demonstrativos financeiros, isto é fundamental para resguardar o valor de mercado dessas empresas, uma vez que esses dados são um importante vetor de atração de investimentos. Ver: BINDEMANN, Kirsten. *Production Sharing Agreement: An Economic Analysis*. Oxford Institute of Energy Studies, 1999, p. 10.

²⁶⁵ O excedente em óleo (*profit oil*) pode ser calculado como um percentual fixo de partilha (como acontece na Indonésia, em que é dividido em 85% para o Estado e 15% para a OC); uma partilha progressiva consoante o volume diário de produção, aumenta também a participação governamental; ou, ainda, por uma partilha variável baseada nos lucros do empreendimento. Ver: BNDES (Idem, p. 251 e ss.).

²⁶⁶ Nas palavras de Tolmasquim: “A propriedade do produto da lavra (petróleo e/ou gás natural) é da empresa estatal (delegatária do Estado), que reparte com a empresa contratada os volumes produzidos para compensar os custos e os riscos incorridos pelas empresas contratadas nas atividades de E&P (exploração e produção) e os pagamentos realizados ao próprio governo na forma de participações governamentais e tributos” (TOMALSQUIM, 2011, p. 34).

²⁶⁷ BNDES (Idem, p. 237).

para gerenciar a comercialização de seu petróleo ou mesmo utilizar-se do próprio explorador do campo para administrar e vender no mercado seu petróleo.

Doutra banda, a fim de se criar um ambiente amistoso à ampliação da participação governamental sem ocasionar a perda do interesse das companhias investidoras, deverá ocorrer um equilíbrio fiscal, na forma de recuperação de custos e na divisão do lucro atingido. Para tanto, o Estado terá que pôr em prática um sistema tributário capaz de adequar um retorno justo a ele próprio e à indústria, obstando custos administrativos indevidos, evitar especulações indesejáveis, não se descuidando, ainda, dos riscos geológicos, políticos e técnicos, a fim de garantir a eficiência.

Além de tudo quanto foi exposto, um ponto a ser discutido diz respeito às garantias estabelecidas na contratação das OC frente às alterações legislativas que venham a interferir nos ajustes do entabulado e modificar a lucratividade das operações. Essa peculiaridade do contrato de partilha de produção, conhecida por *self-contained agreement* quer dizer que esse contrato é regido pelos seus próprios termos e pela lei específica que o regulamentou, imunizando de normas e regulamentos posteriores que venham a ser editados pelo país hospedeiro. Isto serve para zelar pela estabilidade das participações governamentais e resguardar as empresas contratantes dos riscos de E&P, e, conseqüentemente, atrair os investimentos no setor²⁶⁸.

Quanto à divisão das funções e responsabilidades, é comum que a gestão fique a encargo da NOC, enquanto a OC assuma a posição de comando operacional (*work program*); todavia, na prática, as decisões costumam serem submetidas a ambas as partes através da formação de um comitê.

Em algumas situações, concomitantemente com o contrato de partilha de produção, pode vir a figurar o *Joint Operating Agreement* (JOAs) que tem por escopo gerir as relações, principalmente, as operacionais, entre as partes envolvidas, delimitando seus direitos, obrigações e procedimentos a serem adotados. Geralmente, há a criação de um comitê operacional, quando ocorre a gestão conjunta da NOC e da OC, além da elaboração de cláusulas de confiabilidade, eleição de foro e de resolução de disputas, força maior, cessão, abandono e desistência²⁶⁹.

Atualmente, o PSC é a opção de alguns países produtores, como Nigéria,

²⁶⁸ BNDES (Idem p. 246).

²⁶⁹ BNDES (Idem p. 236).

Azerbaijão, Líbia, Angola, Índia, Indonésia, Egito etc. Já Rússia e Cazaquistão, assim como o Brasil, adotaram o regime regulatório misto, com a vigência simultânea dos contratos de concessão e de partilha de produção.

3.2.1 Peculiaridades da Lei n. 12.351/2010

Embora o contrato de partilha de produção no Brasil tenha seguido os contornos gerais do modelo de PSA adotado pelo mundo, possui também algumas peculiaridades que passaram a ser analisadas mais detidamente a partir de então:

A primeira delas é de fácil percepção e constitui uma das principais razões de alteração do marco regulatório. Deu-se em virtude do restabelecimento da concentração de poder e gestão nas mãos da presidência da república, sobre questões estratégicas e do pré-sal. Pois, desde 1997, com a criação da lei do petróleo e da ANP, toda a parte de contratação, regulação e fiscalização das atividades do concessionário estavam sob o comando da agência reguladora que se fortaleceu ao longo dos anos. Agora, o que se nota é o esvaziamento de certas competências outrora delegadas, através de novas funções do Ministério de Minas e Energia (MME), do Conselho de Políticas Energéticas (CNPE) e, principalmente, da criação da empresa estatal, PPSA, da qual trataremos mais detidamente no tópico a seguir.

O sistema de partilha de produção do Brasil não ensejou mudanças quanto ao regime dominial de propriedade do solo e do subsolo, assente na Constituição desde 1934. O conceito que foi rearticulado diz respeito à propriedade do óleo e seus derivados após a extração que permanece na propriedade do Estado, quando, antes, no contrato de concessão eram transferidos ao concessionário.

Quanto ao meio de contratação, a União, mediante o MME, firma o contrato com a companhia petrolífera, que pode ser feito via contratação direta, quando o CNPE, de forma discricionária, entender que cabe a contratação direta da Petrobras para preservar o interesse nacional e os objetivos da política energética ou por licitação, que conta com a participação da Petrobras como integrante obrigatória do consórcio na proporção mínima de 30% dos blocos licitados (conforme preceituado em lei, arts. 4º e 20º da Lei 12.351/2010), que será feita por leilão, tendo como critério de julgamento angariar o maior excedente em óleo para a União. Outro detalhe importante é que mesmo que o outro

contratado possua um maior percentual no consórcio, a Petrobras, necessariamente, será a operadora única de todos os blocos.

Conforme regra geral dos contratos de partilha de produção, o risco operacional é da OC, que no caso do Brasil é da Petrobras e de outras companhias licitantes, que formem o consórcio. Ou, exclusivamente da Petrobras quando for contratada diretamente²⁷⁰.

Em outras palavras, a Petrobras e suas empresas parceiras somente auferirão lucro e serão ressarcidas dos custos em caso de descobrir óleo comercializável. O rateio do excedente de petróleo encontrado, correspondente ao *profit oil*, que será feito entre o Estado Brasileiro, representado pela PPSA e pelas outras companhias que compõem o consórcio, a Petrobras e outras empresas ganhadoras da licitação.

Registre-se que a lei do pré-sal ficou silente em relação à delimitação dos percentuais cabíveis ao Estado brasileiro e às empresas contratadas, deixando para o próprio contrato essa definição. Destarte, restou ao MME, ouvida a ANP, propor ao CNPE quais as áreas objeto de licitação e as suas condições de contratação. De acordo com o artigo 15º, III, da lei do pré-sal, o edital indicará somente o percentual mínimo do excedente em óleo da União, podendo esses percentuais ser majorados nas propostas, inclusive, esse é um dos requisitos de julgamento da licitação, conforme o art. 18 da mesma lei²⁷¹.

O custo em óleo (*cost oil*), como chamado pela lei brasileira, será destinado às OC correspondentes à recuperação dos custos, relativos à exploração, desenvolvimento, operação e abandono do campo. Geralmente, há cláusulas no contrato de PSA que versam sobre a limitação da recuperação de custos, visando estimular a eficiência na E&P do petróleo; contudo, esse mecanismo não foi previsto na lei brasileira, deixando em aberto para ser disciplinado no contrato, caso a caso²⁷².

Na estimativa do custo em óleo a ser reembolsado pelo contratado, alguns dados devem ser tomados em causa: a) quais custos da multinacional poderão ser reembolsados; b) se juros ou algum bônus será acrescido nesse custo; c) como estes custos serão reembolsados, se em moeda corrente ou *in natura*, por exemplo; d) qual a

²⁷⁰ Art. 19º da Lei 12.351/2010: “A Petrobras, quando contratada diretamente ou no caso de ser vencedora isolada da licitação, deverá constituir consórcio com a empresa pública de que trata o §1º do art. 8º desta Lei, na forma do disposto no art. 279 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976”.

²⁷¹ ROQUE (2012, p. 36).

²⁷² Art. 2º, II, da Lei n. 12.351/2010.

parcela/percentual que caberá ao país hospedeiro durante o tempo do reembolso dos custos; e) se *royalties*, bônus e tributos serão descontados de uma ou de ambas as partes; f) o que ocorre após a OC ter sido completamente reembolsada²⁷³.

Para além da remuneração ao Estado através do *profit oil*, a legislação dispôs sobre o pagamento de *royalties* e de bônus de assinatura fixo²⁷⁴. Salienta-se que é incomum a cobrança de *royalties* nos contratos de partilha de produção, sendo um diferencial previsto no modelo brasileiro. A legislação também prevê o repasse às companhias petrolíferas do volume de óleo produzido correspondente ao valor dos *royalties* devidos.

A lei do pré-sal também disciplina que os direitos e obrigações patrimoniais da Petrobras e dos demais contratados serão proporcionais à sua participação no consórcio, sem prejuízo da responsabilidade solidária das consorciadas perante o contratante ou terceiros²⁷⁵.

Ademais, não podemos nos olvidar que no pacote de leis editadas para regular o pré-sal, instituiu-se a Lei n. 12.276/2010, que dispôs sobre um acordo para capitalizar a Petrobras, firmado com a União, a título de cessão onerosa²⁷⁶ para conceder cinco (5) bi boe nas áreas do pré-sal ainda não licitadas.

Com efeito, as maiores inovações trazidas pela lei do pré-sal, além da própria mudança de modelo de contratação, foi, indubitavelmente, a criação de uma nova estatal, a PSSA, para gestão dos contratos firmados com a União e um comitê operacional, no qual aquela estatal indicará a metade de seus membros, inclusive seu presidente, que terá direito a veto e voto de qualidade. A outra grande inovação foi alçar a Petrobras como operadora única de todos os blocos. Por cuidarem de mudanças pontuais e extremamente estratégicas à regulação do setor, trataremos nos tópicos específicos.

Por fim, a revisão do conceito da individualização da produção e da revogação do artigo 27 da lei do petróleo que disciplinava a questão trouxe fim ao dilema provocado pelo parágrafo primeiro, do art. 27, que continha a expressão “*laudo arbitral*” e foi

²⁷³ BNDES (Idem, p. 239).

²⁷⁴ Art. 42º da Lei n. 12.351/2010.

²⁷⁵ Art. 20º, §1º, da Lei n. 12.351/2010.

²⁷⁶ Foi editada a Lei n. 12.276/2010, autorizando a cessão onerosa. Art. 1º: “Fica a União autorizada a ceder onerosamente à Petrobras, dispensada a licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal”.

substituído por “laudo técnico”, ensejando uma ambiguidade de sentido quanto à obrigatoriedade do uso da arbitragem ou mesmo de uma decisão do órgão regulador com esse fim, tendo alguns *experts* aduzido a inconstitucionalidade do antigo dispositivo. Assim, o artigo 40 da Lei 12.351/2010²⁷⁷ vem pôr fim à celeuma sobre o laudo expedido para avaliar a unitização. Todavia, é bom que se registre, desde então, o que será abordado com maior afinco no último capítulo, que a utilização da arbitragem para solução de conflitos restou omissa na legislação do pré-sal.

3.3 O SISTEMA DE UNITIZAÇÃO DOS BLOCOS

A conexão entre a soberania estatal sobre as riquezas minerais e/ou sua administração em regime, público ou privado, está associada à condição da natureza fluida e fugidia dos hidrocarbonetos que se deslocam entre as rochas sedimentares²⁷⁸²⁷⁸, ou no âmbito do *offshore*, de um campo para o outro com facilidade, sem que se possa precisar com exatidão, de onde foi extraído o quanto produzido por determinada jazida²⁷⁹. Especificamente, em relação ao mar territorial e à exploração *offshore*, a questão dos depósitos transfronteiriços se propaga desde os idos de 1950²⁸⁰.

Em princípio, a regra da captura foi utilizada pelos Estados Unidos como

²⁷⁷ Art. 40 da Lei n. 12.351/2010: “Transcorrido o prazo de que trata §2º do art. 33 e não havendo acordo entre as partes, caberá à ANP determinar, em até 120 (cento e vinte dias) dias e com base em **laudo técnico**, a forma como serão apropriados os direitos e obrigações sobre a jazida e notificar as partes que firmem o respectivo acordo de individualização da produção” (*grifamos*) (BRASIL, 2010. Disponível em: www.planalto.gov.br, último acesso em 14/08/2014).

²⁷⁸ Introduzida nos Estados Unidos e baseada nos princípios do *Common Law*, a “regra de captura” se traduz na ideia de que há na natureza determinados bens, como: os animais silvestres, a água, o petróleo e o gás, que pela sua condição são fluidos e/ou fugidios, possibilitando ao homem que consiga o prodígio de capturá-los, obter a sua propriedade.

²⁷⁹ “A base dos regimes de propriedade mineral ou petrolífera está assentada no próprio conceito de soberania, e nesse contexto estrutura-se o arcabouço legislativo dos países hospedeiros, que propicia o quadro de referência básico para as operações petrolíferas, a regulação das operações, como elas são executadas pelas empresas domésticas, estrangeiras e internacionais, e a definição dos aspectos administrativos, econômicos e fiscais para a recepção de investimentos no setor” (RIBEIRO, 2005, p. 116-117).

²⁸⁰ “As disputas relativas à delimitação das fronteiras marítimas têm normalmente por objecto a zona económica exclusiva (ZEE) e a plataforma continental dos Estados costeiros. [...] Uma área diz-se disputada, para este efeito, quando as pretensões que todos os Estados envolvidos reclamam ter sobre ela se assumem como legítimas à luz do direito internacional do mar. Ora, para que isso suceda, e tratando-se de Estados ribeirinhos opostos, é necessário que a distância que medeia entre as linhas de baixa-mar de ambos seja inferior a 400 milhas (WALDE *et alii*: 2007, p. 369). Portanto, a área disputada corresponde àquela faixa de água, solo e subsolo onde os direitos exclusivos de que cada Estado é titular ao abrigo do direito do mar costumeiro ou convencional se sobrepõem” (ANDRADE; MARCO, 2013, p. 54 e 56).

mecanismo viável para solução de conflitos, de natureza doméstica e de disputas transfronteiriças²⁸¹. Entretanto, com o passar do tempo essa regra foi suavizada em detrimento de um “espaçamento maior entre os poços perfurados” ou no manejo da unitização compulsória, a fim de proporcionar o uso racional dos recursos, maximizando a sua eficiência, especialmente no que concerne aos campos domésticos, limitados pelo controle judicial local, além da atenção das comissões de controle.

Nesse sentido, Ribeiro define a unitização²⁸² e aduz que o seu escopo máxime se encontra alicerçado no tripé: “a prevenção do desperdício; a proteção dos direitos correlatos; o impedimento da perfuração desnecessária dos poços”. Destarte, cada empresa que explore o óleo contido nos blocos deve atentar para “critérios técnicos” e geofísicos que quantifiquem e qualifiquem a produtividade e a pressão do reservatório, de acordo com dados geológicos, tecnológicos e de economia para assegurar a sua otimização²⁸³.

Trocando em miúdos, a unitização pode ser considerada quando há conjugação de blocos exploratórios, contíguos, explorados por concessionários diferentes ou não, que pertencem a uma mesma jazida. Com o objetivo de coibir uma exploração predatória do campo. Em relação ao Brasil, a Lei do Petróleo, no regime de concessão, indicava em seu art. 27, que deveria haver a associação voluntária dos partícipes, no intuito de formarem *joint ventures*, que em caso negativo de acordo prévio, decorreria de laudo arbitral para avaliar a efetiva necessidade do consórcio e partilhamento dos riscos entre os concessionários.

Como é sabido, até bem pouco tempo, a exploração de óleo no Brasil era executada com exclusividade pela Petrobras, com a abertura constitucional à

²⁸¹ Instituída nos EUA no século passado, a regra da captura (“*rule of capture*”) surgiu com o intuito de privilegiar a propriedade do óleo a quem o descobrisse. “Originária do direito norte-americano do petróleo, em especial dos Estados de Ohio e da Pennsylvania (o reconhecimento judicial da regra costuma ser atribuído ao caso *Kelly v Ohio Oil Co*, de 1987), a “*rule of capture*” foi também adotada por outros ordenamentos jurídicos como de disposições normativas que “nacionalizaram” os recursos naturais, visando a garantia de um aproveitamento mais racional e eficiente dos reservatórios – tendo-se mantido em vigor apenas nos Estados Unidos da América, embora com uma mitigação progressiva em decorrência da divulgação e do reconhecimento de “boas práticas da actividade petrolífera” por parte das IOC e das agências reguladoras (DAINTITH in MCHARG *et alii* [ed.]: 2011, 140 e ss.), onde se inclui a adoção, em alguns Estados, de normas sobre unitização compulsória, como é o caso da Rules of Tennessee State Oil and Gas Board Statewide Order n. 2 Unitization (RIBEIRO, 2005, p. 134).” *Ib. idem*, p. 63-64.

²⁸² “A *unitization*, que traduzimos como unitização, é a operação coordenada de todo o reservatório ou extensa parte de um reservatório de óleo ou gás pelos proprietários das áreas ou detentores de direitos quanto aos blocos situados sobre o reservatório. A doutrina considera esses acordos de cooperação frequentemente como a única solução para se conseguir a recuperação máxime de um campo petrolífero através de operações eficientes e de baixo custo.” (RIBEIRO, 2005, p. 128).

²⁸³ RIBEIRO (2005, p. 121-123).

internacionalização e à disputa do mercado na comercialização desse bem; percebeu-se a necessidade de regular a coordenação ou cooperação necessária em casos de operações de campos contíguos, em que careceria da unitização para recuperação dos custos. A Lei n. 9.478/1997 foi pioneira em disciplinar a individualização da produção ou unitização, sinônimos, em seu artigo 27.

Outrossim, há relevância na regulamentação da unitização, pois, os desgastes geofísicos, ambientais e os riscos tecnológicos e econômicos da exploração predatória são sentidos não apenas pelos concessionários, mas também, e, principalmente, pelo Governo, que diante da baixa taxa de recuperação das reservas, veem suas participações na produção (participações governamentais) serem minoradas em demasia.

É por essa razão, de todo indispensável à avaliação prévia da jazida comum, precedente à declaração de comercialidade. Nesse estudo conjunto, geralmente são entabulados diversos contratos preliminares, dentre eles, o acordo de confiabilidade, o acordo de perfuração conjunta e de estudo de viabilidade comum²⁸⁴.

O artigo 27, que teve sua redação revogada pelo art. 67 da Lei 12.351/2010 (Lei do pré-sal), prescrevia que a individualização da produção era imposta, sempre que necessária, para atender à finalidade de racionalização da exploração dos bens pertencentes à União, configurando em última instância o interesse público. Para além disso, designou a ANP para mediação de conflitos, sempre que as partes não chegassem a um consenso, avaliado através de um laudo arbitral²⁸⁵.

A nova lei do pré-sal prevê em seu capítulo IV a individualização da produção, contendo algumas alterações substanciais, tais como: a alteração da nomenclatura campo por jazida no art.33²⁸⁶; a supressão da necessidade de se tratar de empresas distintas a

²⁸⁴ “Os principais dispositivos do AIP, segundo Duval et al (2009) e Taverne (1999), são: i) partes; ii) definições; iii) objetivo e escopo; iv) área individualizada; v) duração; vi) participações; vii) comitê operacional; viii) operador da área individualizada; ix) data de início da vigência; x) plano de desenvolvimento e despesas; xi) redeterminação; xii) operações exclusivas; xiii) divisão da produção; xiv) pagamento das participações governamentais; xv) procedimento contábil conjunto; xvi) operações não individualizadas; xvii) cessão e retirada; xviii) aprovação pelo Governo” (SZKLO, Idem, p. 3).

²⁸⁵ “Sob a vigência do artigo 27 da Lei n.º 9.478/97 foram celebrados quatro AIPs. O primeiro, aprovado em 2007, envolvia os Campos Albacora e Albacora Leste. Em 2008 foi aprovado o segundo AIP, para os Campos de Mangangá e Nautilus. O terceiro AIP, envolvendo os Campos de Camarupim e Camarupim Norte foi aprovado em 2009. Também em 2009 foi aprovado o AIP referente aos Campos de Lorena e Pardal (ARAÚJO, 2009).” (BRAGA; SZKLO, Idem, p. 3).

²⁸⁶ Art. 33. “O procedimento de individualização da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos deverá ser instaurado quando se identificar que a jazida se estende além do bloco concedido ou contratado sob o regime de partilha de produção. §1º: O concessionário ou o contratado sob

explorar a jazida, podendo, a partir de então, a unitização ser efetivada em blocos sob o domínio de uma mesma empresa ou consórcio. A alteração de fato, nesse sentido, deveu-se à necessidade da Petrobras possuir uma participação mínima de 30% dos blocos a serem explorados no regime de partilha de produção e de ser operadora única em todos eles. Isto gerou dúvidas quanto à exigibilidade da Petrobras operacionalizar também a unitização, nos contratos sob o regime de partilha de produção. Todavia o art. 35²⁸⁷ da lei foi omissivo em relação a essa exclusividade; portanto, entendemos que qualquer dos participantes do consórcio poderá ser o operador da individualização da produção, diante do silêncio da lei que o regula.

Outra inovação da lei está contida no art. 36, que concede a competência da celebração dos acordos de unitização a PPSA, representante da União, após oitiva da ANP. Além de gizar no §2º, do art. 36, que o regime de E&P a ser adotado nas áreas ainda não concedidas no regime de concessão independe do regime vigente nas áreas adjacentes. Com isso, muito embora a jazida conjugada se localize em uma parte da área explorada sob o regime de concessão, a parte dos blocos que não foram leiloados poderá ser declarada como áreas de pré-sal e/ou estratégicas e ser adotado o regime de partilha de produção²⁸⁸.

Por fim, e consentâneo com o objetivo do nosso trabalho, faz-se mister destacar a salutar alteração do termo “laudo arbitral” do parágrafo único do art. 27 da Lei 9.478/97 por “laudo técnico” do art. 40 da Lei 12.351/2010²⁸⁹. É que o artigo revogado disciplinava

o regime de partilha de produção deverá informar à ANP que a jazida será objeto de acordo de individualização da produção. §2º: A ANP determinará o prazo para que os interessados celebrem o acordo de individualização da produção, observadas as diretrizes do CNPE” (BRASIL, 2010. Disponível em: www.planalto.gov.br. Último acesso em 18/08/2014).

²⁸⁷ Art. 35. “O acordo de individualização da produção indicará o operador da respectiva jazida” (BRASIL, 2010. Disponível em: www.planalto.gov.br. Último acesso em 18/08/2014).

²⁸⁸ Art. 36.”A União, representada pela empresa pública referida no §1º do art. 8º e com base nas avaliações realizadas pela ANP, celebrará com os interessados, nos casos em que as jazidas da área do pré-sal e das áreas estratégicas se estendam por áreas não concedidas ou não partilhadas, acordo de individualização da produção, cujos termos e condições obrigarão o futuro concessionário ou contratado sob regime de partilha de produção. §1º: A ANP deverá fornecer à empresa pública referida no §1º do art. 8º todas as informações necessárias para o acordo de individualização da produção. §2º: O regime de exploração e produção a ser adotado nas áreas de que trata o caput independe do regime vigente nas áreas adjacentes.” (BRASIL, 2010) e Art. 37. “A União, representada pela ANP, celebrará com os interessados, após as devidas avaliações, nos casos em que a jazida não se localize na área do pré-sal ou em áreas estratégicas e se estenda por áreas não concedidas, acordo de individualização da produção, cujos termos e condições obrigarão o futuro concessionário.” (BRASIL, 2010) e Art. 38. “A ANP poderá contratar diretamente a Petrobras para realizar as atividades de avaliação das jazidas previstas nos arts. 36 e 37.” (BRASIL, 2010) Todos, disponíveis em: www.planalto.gov.br. Último acesso em 24/08/2014.

²⁸⁹ “Art. 40. Transcorrido o prazo de que trata o § 2o do art. 33 e não havendo acordo entre as partes, caberá à ANP determinar, em até 120 (cento e vinte) dias e com base em laudo técnico, a forma como serão

que quando as partes não atingissem um consenso sobre as áreas a serem unitizadas, a ANP interviria avalizada por um laudo arbitral. Muitos doutrinadores, dentre eles, Bucheb, questionaram a viabilidade do termo que reputava logo à arbitragem, devido à coincidência do termo utilizado como sinônimo da decisão final arbitral, alegando aqueles a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do uso da arbitragem para dirimir possíveis conflitos de individualização da produção, prescindido do acesso à justiça, com fulcro no princípio da inafastabilidade do poder judiciário, estampado no art. 5º da CF.

Todavia, por interpretação teleológica da lei, já se aplicava o entendimento de se tratar de laudo técnico, isto é, fomentado por profissionais especializados, de diversas áreas, cuidando-se, em última *ratio*, de decisão da ANP balizada por fundamentos técnicos e pontuais.

Ressalta-se que se não houver consenso sobre as áreas a serem unitizadas entre as partes, poderá ocorrer a ruptura contratual de todo o bloco atingido pela individualização da produção.

Nessa toada, exsurge o principal problema regulatório a ser dirimido no âmbito dos contratos envolvendo o pré-sal. Pois, como é sabido, há três regimes vigentes a regulá-lo, quais sejam: os contratos de concessão vigentes antes da Lei n. 12.351/10; o PSA optado pela Lei n. 12.351/10 e a cessão onerosa²⁹⁰ que cedeu à Petrobras alguns blocos em troca de ampliação de sua participação na empresa, recuperando, assim, seu comando. E, em virtude da convivência desses três regimes para explorar o pré-sal, não dispensará também que haja uma congruência de regras entre esses contratos a fim de viabilizar a mesma operação econômica.

apropriados os direitos e as obrigações sobre a jazida e notificar as partes para que firmem o respectivo acordo de individualização da produção. Parágrafo único. A recusa de uma das partes em firmar o acordo de individualização da produção implicará resolução dos contratos de concessão ou de partilha de produção” (BRASIL, 2010. Disponível em: www.planalto.gov.br. Último acesso em 24/08/2014).

²⁹⁰ “O contrato de cessão onerosa foi estruturado a partir do contrato de concessão da Décima Rodada de Licitações, adequando-se a este as determinações da Lei n.º 12.276/2010. Dessa forma, pode se dizer que o contrato de cessão onerosa é uma forma híbrida do contrato de concessão, visto que outorga direitos de propriedade sobre o óleo produzido e exige o pagamento de royalties, características essenciais do contrato de concessão. Nesta linha, observa-se que a natureza jurídica destes dois IPAs brasileiros será semelhante.” (BRAGA, 2012, p. 120).

3.4 A CRIAÇÃO DA PPSA E A PETROBRAS COMO OPERADORA ÚNICA

A Lei n. 12.304/2010 criou a empresa estatal com o fulcro de gerir os contratos de partilha de produção e comercialização do óleo produzido. A PPSA será a representada pela União no consórcio formado, tendo 50% de seus membros no comitê operacional e a indicação de seu presidente com voto de qualidade.

Consigne-se que esse comitê operacional tem competências importantíssimas, como: avaliar, técnica e economicamente, os planos para execução na fase exploratória; fazer cumprir as exigências do contrato local; monitorar e auditar a execução dos projetos de cada fase exploratória; monitorar e auditar os custos e investimentos envolvidos no contrato de partilha de produção; verificar o cumprimento da política de comercialização de petróleo e gás natural resultante do contrato de partilha; monitorar e auditar as operações, os custos, preços da venda dos hidrocarbonetos.

A primeira problemática quanto à PPSA diz respeito à função de regulação exercida pela mesma na gestão dos contratos, como avaliar, técnica e economicamente, os planos para execução na fase exploratória; fazer cumprir as exigências do contrato local; monitorar e auditar a execução dos projetos de cada fase exploratória; monitorar e auditar os custos e investimentos envolvidos no contrato de partilha de produção; verificar o cumprimento da política de comercialização de petróleo e gás natural resultante do contrato de partilha; monitorar e auditar as operações, os custos, e comercializar o petróleo.

Com efeito, vê-se, claramente que muitas dessas funções já eram exercidas pela ANP na regulação dos contratos de concessão. Sendo assim, indaga-se sobre a necessidade de criação de órgão da administração para exercer as mesmas funções que poderiam continuar sendo feitas pela ANP, ou até mesmo pelo MME e a Petrobras conjuntamente. Ademais, questiona-se a delegação de funções de regulação a uma pessoa jurídica de direito privado. O próprio STF já se manifestou no sentido de que é vedado o exercício de poder de polícia na regulação por pessoas jurídicas de direito privado²⁹¹.

Além do que recai nítida a sobreposição de competências da PPSA com a ANP, quando se dispõe no art. 63 da Lei 12.351/2010, que enquanto a PPSA não for criada, suas funções serão exercidas pela ANP.

²⁹¹ STF, ADI 1717/DF, Rel. Ministro Sidney Sanches, Brasília, 7 de novembro de 2002.

Outra questão controvertida no âmbito da PPSA é a falta de responsabilização pelos riscos e custos enquanto agente de atividade econômica no contrato de partilha de produção. É o mesmo que dizer que a PPSA, embora indique o presidente e detenha 50% do comitê operacional, não se responsabilizará por qualquer risco que suas decisões venham a causar, embora sejam comuns, nos contratos de petróleo, cláusulas que limitem a responsabilidade, que isentem o operador do consórcio de indenizar os demais parceiros, em caso de eventual responsabilidade civil, penal ou administrativa. O que ocorre nesses casos é que ele só responderá pela sua participação no consórcio. Em outras palavras, ele indenizará terceiros, porém não deverá indenizar seus pares. Não é o que ocorre no caso da PPSA.

Ora, o que se pretende é que todo o poder de decisão na exploração de uma atividade tão sensível, que envolve tantos riscos como a exploração de petróleo, esteja concentrada nas mãos de quem, por lei, não assumirá qualquer parcela de risco. Todos os prejuízos causados por suas decisões deverão ser arcados integralmente pelas outras empresas que constituírem o consórcio: a Petrobras e a empresa privada que houver vencido a licitação.

Denota-se, de fato, uma incongruência entre o papel de um órgão regulador e o papel de um gestor empresarial. Não pode o Estado pretender contratar com as OC e manter o poder de gestão sobre os investimentos privados. Cabe ao Estado a normatização e regulação dessas atividades, devendo atuar mediante entidades reguladoras da Administração Pública, como a ANP. Antes de tudo, carece definir qual a função que se pretende reservar ao Estado e à iniciativa privada na exploração do pré-sal.

Ademais, desde a regulamentação da lei do pré-sal, muito se debateu sobre os “privilégios” concedidos à Petrobras. Estes se referem à possibilidade de contratação direta da Petrobras quando a União, discricionariamente, entender necessária a proteção do interesse nacional e da política energética do país e quanto à obrigatoriedade imposta pela lei da empresa ser a operadora única de todos os blocos²⁹².

Na época de feitura dos projetos de lei, muito se discutiu sobre a contratação direta da Petrobras, sem licitação; violaria princípios constitucionais, nomeadamente, da

²⁹² Além de operadora única dos blocos, e de partícipe de todos os contratos para exploração do pré-sal, com ao menos 30% de participação, a Petrobras também poderá “ser contratada diretamente para realizar estudos exploratórios necessários à avaliação das áreas do pré-sal” (JURUENA, *Idem*, p. 38).

isonomia e da livre concorrência, uma vez que, por se tratar de uma sociedade de economia mista, deveria se sujeitar às normas de direito privado, conforme prescreve o art. 173, §2º, CF.

Alguns doutrinadores, como Souto, argumentaram que o próprio STF já se posicionou que só caberiam certos privilégios a entes que exerçam algum monopólio legal, agindo em regime de exclusividade ou serviço público, como foi reconhecido no julgamento da ADPF 46, dos Correios em que o Tribunal entendeu que por desempenhar um serviço público, e não atividade econômica em sentido estrito detinha o privilégio postal na condição de delegatária da União. Considerando que não há mais um monopólio da exploração de petróleo desde a EC n. 09/95, para se conceder à Petrobras qualquer tipo de privilégio seria preciso defini-la como prestadora de serviço público, caso contrário deveria atuar em regime de competição com as outras OC. Nessa toada, o próprio STF já se posicionou quando do julgamento da ADI 3.273 afirmando que a Petrobras desempenha atividade econômica em sentido estrito e, portanto, deve se submeter ao regime jurídico privado.

Todavia, tais argumentos não prosperaram, ou ao menos, ainda não chegou ao Supremo Tribunal uma Ação de Inconstitucionalidade que questionasse a contratação direta da Petrobras sob os argumentos expostos acima. É bem verdade que o art. 177, §1º, CF, ao autorizar a contratação das atividades de E&P pela União a empresas públicas ou privadas, deu ao legislador a possibilidade de escolher o regime de contrato para o desempenho dessas atividades. Ademais, se a legislação admite casos de dispensa de licitação, a Lei do Pré-sal seria, apenas, uma dessas hipóteses já excepcionadas²⁹³.

Com efeito, as principais críticas ecoaram no sentido da operacionalização única da Petrobras em todos os blocos. Pois, além de tornar o contrato menos atrativo para as IOC que não terão nenhuma ingerência em sua gestão, tornando-os meros investidores, tampouco seria eficiente²⁹⁴ para a própria Petrobras que estará compromissada a investir e gerenciar todos os contratos, sem puder recusar áreas pouco atrativas, ou mesmo quando não dispuser de corpo técnico qualificado para operá-la, sob a imposição da regra de

²⁹³ ROQUE (2012, p. 50 e ss.).

²⁹⁴ Para Aragão (2004, p. 553), a eficiência deve primar pela realização máxima das finalidades perseguidas pela lei, de maneira a minimizar os custos das atividades executadas pelo Estado ou sob a fiscalização. Assim, o princípio da eficiência não almeja sobrepor-se ao princípio da legalidade, ao revés, pretende empregar uma redefinição deste último, analisando-o sobre a óptica finalística e material, focada nos “resultados práticos” e não somente em uma legalidade formal e abstrata.

conteúdo local²⁹⁵.

Para além disso, um único operador também significa que a ANP perderá parte do seu poder regulatório, pois sendo a Petrobras operadora única, o que fará a ANP para destituir esta empresa em caso de descumprimento das normas técnico-operacionais, uma vez que, por força de lei, outra companhia não poderiam ocupar esta função?

Em outras palavras, nesse novo regime o Estado só tem interesse no capital privado, e não na atuação efetiva do setor privado no mercado.

Por último, por ser operadora única e não poder eleger as regiões que terá de operar, inevitavelmente, desenvolverá alguns projetos economicamente inviáveis para atender a finalidades políticas²⁹⁶.

3.5 DA CESSÃO ONEROSA - LEI n. 12.276/2010

A cessão onerosa se reflete no acordo entre a União e a Petrobras, em que se avençou que a União cederia onerosamente, com dispensa de licitação, à Petrobras, áreas ainda não concedidas do pré-sal, até o limite de 5 (cinco) bilhões boe, durante o prazo de 40 anos²⁹⁷, para pesquisa de petróleo, gás e outros hidrocarbonetos fluidos. O pagamento a ser feito pela empresa brasileira será realizado, prioritariamente, com títulos da dívida pública mobiliária federal, consoante o valor de mercado²⁹⁸.

²⁹⁵ Nesse sentido, a lição de Souto (Idem, p. 61-62): “De outro lado, esta obrigatoriedade de formação de um consórcio com a Petrobras se apresenta, mais uma vez, como uma violação ao princípio da proporcionalidade; isto porque se cria ônus e riscos excessivos, tanto para a estatal como para a empresa vencedora da rodada de licitações. A proposta também retira da Petrobras, uma empresa constitucionalmente submetida ao direito privado, a autonomia para a escolha dos blocos que deseja operar, em função de critérios empresariais voltados para a rentabilidade. Isso, como dito e repetido, aniquila todo um esforço na imagem de empresa autônoma e blindada contra as ingerências políticas. De sua parte, a empresa do setor privado deixa de ter a liberdade de escolha estratégica da parceria com a estatal (como já vinha acontecendo por decisões de mercado) para ser obrigada a tanto. Tudo isso interfere na autonomia da vontade de formação das sociedades, traduzida pela *affectio societatis*, da qual não se pode prescindir. Assim, não poderia uma lei intervir na formação societária dos agentes econômicos do setor petrolífero, de maneira a obrigar que estas pessoas jurídicas se associem a uma empresa estatal. Deve-se considerar, portanto, o fato de que, embora a associação, em sentido lato, seja livre, ninguém pode ser obrigado a manter-se associado. Frise-se que a Petrobras, uma das maiores empresas do mundo, pode ter sua imagem arranhada no mercado, junto a fornecedores e investidores, por conta de um projeto que abusa do poder de usar uma estatal como instrumento de uma política de governo (que é diversa da política de Estado, constitucionalmente estabelecida)”.

²⁹⁶ BLADES (Idem, p. 47 e ss.).

²⁹⁷ Esse prazo é prorrogável pela União, mediante solicitação da Petrobras, pelo prazo máximo de cinco anos.

²⁹⁸ “O contrato de cessão onerosa, que foi celebrado em 03 de setembro de 2010, relacionou seis áreas definitivas (Florim, Franco, Sul de Guará, Entorno de Iara, Sul de Tupi, Nordeste de Tupi) e só uma

Em contrapartida, a Lei n. 12.276/2010, que formalizou a cessão, também asseverou que a União subscreveria ações no capital social da Petrobras e integralizar-lhes-ia com títulos da dívida pública mobiliária federal. Nas palavras de Aragão²⁹⁹, descreveu a capitalização da empresa como uma “verdadeira cartada de mestre”, pois a União voltou a ser a acionista majoritária, integralizando 51% das ações da NOC³⁰⁰.

Para Souto e tantos outros, a capitalização da Petrobras pela União pode ter significado também a diluição de capitais, integralizados por vários investidores que apostaram na companhia desde a sua abertura ao mercado, muitas vezes, através de seus FGTS, economias de toda uma vida de trabalho, e que, diante dessa investida do Estado, percebem-se desamparados pelos princípios da confiança legítima, e, em última análise, da segurança jurídica³⁰¹.³⁰²

contingente (Peroba), bem como estabeleceu o valor inicial do barril de petróleo equivalente em US\$ 8,51. Pelo direito de explorar e produzir petróleo e gás natural nessas áreas, a Petrobras pagou à União R\$ 74,8 bilhões.” (SOUSA. Disponível em: www.senado.gov.br, último acesso em 14/08/2014).

²⁹⁹ Comentário feito em aula dada na FDUC, sobre as expectativas do pré-sal, em 20/06/2013.

³⁰⁰ “Nesse processo, a União comprou o máximo de ações da Petrobrás que podia, isto é, adquiriu todas aquelas a que tinha direito em virtude de sua posição acionária e as sobras dos acionistas que não exerceram seu direito de subscrição. Para integralizar sua participação na oferta pública de ações, a União transferiu à Petrobrás R\$ 67,8 bilhões em Letras Financeiras do Tesouro Nacional – LFT por ela emitidas especificamente com esse propósito. Dito de outra maneira, a capitalização da Petrobrás resultou na diluição da participação acionária de acionistas minoritários, notadamente as pessoas físicas nacionais, o que possibilitou o aumento da participação da União, computadas também as participações do BNDESPAR, BNDES e Fundo Soberano, na empresa de 39,8% para 48,3% do seu capital total.” (SOUSA, *Idem*, p. 14).

³⁰¹ No mesmo sentido, Carmen Lúcia: “A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. Daí se vê que a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: a segurança como garantia; a segurança como proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social e a segurança por meio do direito.” (ROCHA, 2004, p. 17).

³⁰² “Tal intenção se justificaria pelo fato de ter a Petrobras descoberto os campos e possuir, em tese, maior capacidade técnica para explorar a área do pré-sal. Primeiramente, o aumento da participação da União no capital da Petrobras força que os investidores privados também aumentem sua participação, sob pena de terem diluídos os dividendos. Poderia se imaginar que é da essência da sociedade de economia mista que os acionistas privados devam conviver com as decisões políticas, dentre as quais a decisão de aumento de sua participação no capital social da estatal. De fato, isso é uma realidade. Aqui, a justificativa para o aumento de capital decorre da preocupação de que a Petrobras é uma sociedade de economia mista e, por isso, o acionista privado receberia as riquezas do pré-sal. Essa justificativa menospreza o fato de que a sociedade de economia mista só existe porque houve um prévio gesto de confiança do acionista privado (suportando o risco do conflito de interesses que representa um dilema existencial nas sociedades de economia mista); o Estado só cria uma sociedade de economia mista porque, sozinho, não poderia

Ademais, restou também estabelecido que somente fossem devidos *royalties*³⁰³, consequentes da exploração, prescindindo da participação especial, tributo que geralmente é devido na exploração de campos bastante produtivos. A ANP ficou responsável pela regulação e fiscalização desse contrato.

Outra peculiaridade do contrato é que não há programa exploratório mínimo, portanto, não há risco de perda dos blocos definitivos, como ocorreria no contrato de concessão, por exemplo. Há, apenas, o pagamento de multa³⁰⁴.

desenvolver a atividade (sob a forma de empresa pública); por isso oferece uma oportunidade de lucro ao parceiro privado. Foi essa sociedade, com acionistas privados, que desenvolveu as atividades que levaram às descobertas do pré-sal. [...] Não é só isso. Trata-se de uma imposição da União sobre um capital social que é majoritariamente privado, ainda que a maioria das ações com direito a voto estejam sob controle do Estado. [...] Ou seja, a capitalização, além de diluir a participação dos acionistas privados que não consigam exercer seus direitos de preferência, ainda coloca em risco o novo valor de capital da empresa. Mas esses nem são os pontos mais importantes da crítica. [...] Pelo modelo de “cessão”, sem licitação, a Petrobras recebe um direito, como nos melhores dias do monopólio. Cuida-se, novamente, da personificação da atividade na estatal, como se a Ordem Constitucional não tivesse sido mudada. A estatal recebe um “brinde” de valor desconhecido. Claro que o Estado pode integralizar o capital de suas sociedades e, para tanto, pode fazê-lo em recurso ou em bens. No entanto, há bens que se submetem a um regime especial de exploração e de comercialização, como, no caso em exame, se dá com o petróleo e gás natural; sua exploração se dá num regime de competição e sua comercialização se submete a decisões do Conselho Nacional de Política Energética. [...] A capitalização da Petrobras, com valores calculados em barris de petróleo, também sofre o risco de desvalorização do petróleo, já que o aumento da oferta – e novas descobertas mundo afora – podem afetar a lei da oferta e da procura.” (SOUTO, Idem, p. 63-65).

³⁰³ Os *royalties* serão calculados em cima de 5% da produção, segundo a Lei n. 7.990/87.

³⁰⁴ “Lopes (2011, p. 6-7) relata que já se afirmou ser o contrato de cessão onerosa “um regime muito específico, muito peculiar”, “um contrato que se assemelha longinquamente com o de concessão, mas não se confunde com o de concessão”. Isto porque, segundo Marques Neto (2010), o arranjo de risco do contrato de cessão é bastante distinto do arranjo de risco do contrato de concessão. Na concessão, uma empresa petrolífera ou até mesmo a PETROBRAS, caso não tenha realizado nenhuma descoberta comercial após a conclusão do período exploratório, deverá finalizar o contrato. Já no contrato de cessão onerosa, como a PETROBRAS recebeu o direito de explorar e produzir até o limite de cinco bilhões de barris de petróleo, se ela não conseguir produzir todo esse volume, deverá haver um ajuste, por meio da revisão do contrato, visto que a cessão onerosa somente estará concluída, quando atingir a quantia pré-estabelecida, até mesmo porque a PETROBRAS pagou, antecipadamente, por esses barris”.

CAPÍTULO IV – RESOLUÇÃO PRIVATÍSTICA DOS CONFLITOS ORIUNDOS DO PRÉ-SAL

4.1 MEIOS PRIVADOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS: ENFOQUE NA ARBITRAGEM

Os meios de resolução de disputas entre as partes podem ser divididos em: autotutela, autocomposição (que se subdivide em: mediação, conciliação e negociação) e a heterocomposição (que comporta a arbitragem e a jurisdição estatal).

A autotutela por imprimir o uso da força, moral ou física, foi repudiada pelo ordenamento em várias passagens (p. ex. art. 345 Código Penal), desde que o Estado tomou para si a monopolização da jurisdição e da coercitividade, só sendo possível sua invocação, excepcionalmente, nos casos previstos nos Código Penal e Civil, em estado de necessidade ou legítima defesa e de penhor legal ou desforço imediato, respectivamente³⁰⁵.

Na autocomposição há uma característica imanente à sua condição que é o controle do resultado do litígio pelas partes já que prepondera a autonomia da vontade e o interesse das partes em dirimir a contenda pela consensualidade, por meio de transação ou por vontade unilateral, manifestada através de renúncia, desistência ou submissão. As principais espécies de autocomposição são: a mediação³⁰⁶, a negociação³⁰⁷ e a conciliação^{308, 309}. Ressalta-se que o STJ tem imprimido esforços no intuito de expandir tais

³⁰⁵ AZEVEDO (2003, p. 152).

³⁰⁶ A mediação é realizada por um terceiro, facilitador do entendimento entre os litigantes, embora seja neutro e não emita juízo de valor sobre a demanda, isto é, o mediador não decide, apenas age com imparcialidade, buscando soluções que possam minorar as diferenças, com um olhar não somente objetivo, mas principalmente subjetivo do objeto da lide. V. BUITONI (2006, p. 111-112).

³⁰⁷ A negociação é regida pela confidencialidade, informalidade, consensualidade e autonomia. Não há um rito próprio a ser seguido. O que se preserva nessa modalidade é a volitividade das partes em querer transigir, embora não haja obrigatoriedade em chegar ao consenso no final. As partes podem estar representadas por negociadores que funcionam como agentes do conflito e não como terceiros desinteressados, sendo eles que têm poderes para acordar ou não e pôr fim ao impasse (TOMAZINI, 2009, p. 15-16).

³⁰⁸ A conciliação se distingue da mediação em virtude de na primeira estar o conciliador envolvido com a resolução do conflito, exibindo uma posição mais ativa e menos imparcial. Ela poderá ocorrer dentro ou fora de um processo já instaurado judicialmente, ou seja, há a conciliação extrajudicial e a endoprocessual, consequente do procedimento judicial, sendo esta realizada no âmbito do Poder Judiciário (CALMON, 2007, p. 142-144).

³⁰⁹ Na lição de Câmara (1997, p. 1289-129): “Mediação é técnica de solução de conflitos através da qual um terceiro exerce a função de aproximar as partes a fim de que os próprios litigantes ponham termo ao seu conflito, direta e pessoalmente; já na conciliação, o terceiro realiza atividade de comando da negociação, “aparando as arestas existentes entre os litigantes, para que cheguem a uma solução de consenso” [...] a distinção entre um e outro meio autocompositivo está na maior ou menor intensidade de atuação do terceiro: na mediação, tal atuação é branda, funcionando o mediador como um potencializador das

maneiras de resolver litígios e desafogar o Judiciário, através de mutirões conciliatórios e incentivos a acordos em qualquer tempo processual, utilizando-se, principalmente, da mediação e da conciliação.

Já na heterocomposição, um traço marcante é o fim da contenda através de decisão autônoma e vinculativa de um terceiro. Este pode ser o Juiz, investido do poder-dever de julgar pelo Estado, detentor do monopólio jurisdicional, ou por um árbitro, imbuído pelas partes de poder decisório, em razão de suas peculiaridades, através da arbitragem³¹⁰. Essas formas de heterocomposição somam quase a totalidade dos meios de que se vale a população para ver seus “direitos” assegurados.

É bem verdade que a aceitação da via arbitral vem ganhando espaço e, mais que um meio alternativo de solução de controvérsias, assevera um grau de “maturidade jurídica” da sociedade em optar pela “via negocial”, imprimindo maior participação no deslinde do caso³¹¹.

Em países de matriz *Common Law*, a arbitragem reina quase que absoluta, e não só na tratativa de questões complexas, mas também nas querelas cotidianas. Na Europa, em geral, tem ganhado amplitude na tratativa do investimento estrangeiro desde a Convenção de Washington, pois, na seara do comércio internacional e de direito administrativo, em interesses públicos globais, ela possui tradição secular³¹².

Aliás, forçoso é admitir que, na indústria do petróleo, a prática internacional lança mão das *joint ventures* e da arbitragem como primeiro abrigo para dar cabo às suas pendências, enquanto no Brasil, o regime híbrido de concessão e partilha de produção ainda baseia suas decisões no *ius imperium* do Estado e no direito público tradicional, embora possa se perceber alguns avanços, potencializados pela abertura do mercado ao capital estrangeiro, e pelas privatizações, iniciadas nos anos 90. Aliás, foi nessa década que impulsionado pelo mercado global em vários segmentos, se criou a Lei n. 9.307/96 para

sugestões trazidas pelas próprias partes para a solução da controvérsia; na conciliação, o papel do terceiro é ativo, dinâmico, esperando-se dele sugestões viáveis para que os litigantes possam resolver o conflito de interesses. Vejo o mediador, portanto, como um harmonizador das partes em conflito, enquanto o conciliador funciona como uma verdadeira ‘usina de ideias’”.

³¹⁰ Para Carnelutti (1989, p. 109-114), a arbitragem seria um “equivalente jurisdicional”.

³¹¹ REALE (2005, p. 13).

³¹² A arbitragem “está a favor de atores privados do comércio internacional, oferecendo-lhes condições de assegurar a resolução satisfatória e previsível dos litígios no âmbito do comércio internacional. Isso ocorre na medida em que lhes possibilita maior flexibilidade, isenção e participação no procedimento” (CARMONA, 2010, p. 11).

regulamentar a arbitragem doméstica, inspirada na Convenção de Nova York.

No que concerne à convenção de Nova Iorque, registre-se que o Brasil é signatário e a ratificou. Aquela trata do reconhecimento e da execução de decisões arbitrais alienígenas³¹³.

Dentre as principais inovações trazidas com a Lei n. 9.307/96, estão: a equiparação do laudo arbitral à sentença judicial; a possibilidade de conversão da cláusula compromissória em compromisso arbitral; a dispensa de homologação judicial do laudo arbitral; a opção, pelas partes, do direito aplicável; a dispensa do *double exequatur* do laudo arbitral proferido no estrangeiro; a permissão de citação via postal quando a parte for domiciliada no país³¹⁴.

Alguns fatores que levam a sociedade a buscar com maior frequência a arbitragem podem ser resumidos em sua democraticidade e legitimidade exibidas através de um procedimento que preserva a autonomia da vontade das partes, em que se elegem árbitros com notória especificidade no assunto; celeridade, em média um laudo arbitral dura seis meses para ser prolatado³¹⁵; economicidade, a arbitragem não se trata apenas de negócio jurídico, mas também financeiro; quando há cláusula compromissória, esta influencia nos custos da transação, sem contar que permite o desafogamento do judiciário além da irrecorribilidade da decisão; eficiência e confidencialidade³¹⁶.

No escólio de Carmona, a lei de arbitragem brasileira, considerou: “A arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos

³¹³ “Como bem apontam, v.g., Fouchard/Gaillard e Goldman, uma leitura mais atenta da Convenção revela que esta não toma, na realidade, partido da lei aplicável à capacidade, nem impede, por conseguinte, a aplicação das regras materiais sobre arbitrabilidade subjetiva que vigorem no Estado de reconhecimento. A incapacidade do Estado ou entes públicos deve aferir-se, assim, de acordo com “a lei que lhes é aplicável”, *in casu* – e na ausência de disposição em contrário na Convenção –, segundo as “concepções materiais” do Estado que exerce o controlo, até porque se trata, precisamente, de decidir se a sentença pode ser recebida na ordem jurídica que procede ao controlo” (OLIVEIRA, *Idem*, p. 117-118).

³¹⁴ BUCHEB (2002, p. 2).

³¹⁵ Art. 23 da Lei n. 9.307/96: “A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.” (BRASIL, 1996).

³¹⁶ O sigilo não é obrigatório; caso as partes queiram publicizar a demanda, podem fazê-lo.

relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor”³¹⁷.

A arbitragem pode ser realizada por um único árbitro ou por três deles, pode, ainda ser designado *ad hoc*, em virtude de ser constituído especificamente para sanar determinada contenda, ou por órgão arbitral colegiado, previamente consubstanciado numa arbitragem institucional, a exemplos do ICSID³¹⁸, ICC³¹⁹.

A matéria aplicável também poderá ser objeto de escolha pelas partes, desde que o Estado não salvguarde alguma delas em razão da proteção de “interesses fundamentais da coletividade”³²⁰. No que pertine ao mérito, o árbitro poderá decidir com base na equidade³²¹, nos costumes, de acordo com julgados internacionais³²², ou ainda, em harmonia com as práticas do comércio internacional, fora do matiz do direito positivado convencional.

Ademais, pode-se eleger a via arbitral através de cláusula compromissória ou do compromisso arbitral. Naquela, há a prévia volição em instaurar a arbitragem em caso de disputa, pois a mesma é entabulada em cláusula contratual³²³. Ao revés, este pressupõe um litígio já instaurado em que se convencionou a utilização da arbitragem, *a posteriori*. Ainda há a hipótese das partes convencionarem nesse interregno, cláusula arbitral escalonada³²⁴.

A doutrina sistematiza os requisitos impostos à realização da arbitragem em arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Aquela se depara com os sujeitos da relação, isto é,

³¹⁷ CARMONA (2010, p. 31).

³¹⁸ “O ICSID não se encontra sujeito ao regime comum da arbitragem internacional, o centro foi criado por convenção internacional – i.e., por um ato de Direito Público Internacional. Ou seja, deparamo-nos com uma arbitragem fundada no Direito Internacional Público. Não obstante, uma vez que incide sobre um litígio econômico, nasce de um contrato internacional e opõe um Estado (ou ente público) a uma empresa privada estrangeira.” (OLIVEIRA, *Idem*, p. 22-23).

³¹⁹ Câmara de Comércio Internacional.

³²⁰ CARMONA (2009, p. 39).

³²¹ De acordo com o art. 2º da Lei de arbitragem brasileira, a equidade poderá ser eleita em convenção de arbitragem pelas partes como meio de resolução do conflito pelo árbitro, desde que se dirija a direitos disponíveis, independente dos sujeitos, partes da relação, podendo envolver entes públicos, desde que não macule a ordem pública e não faça referência a direitos indisponíveis, correlatos a interesses públicos primários.

³²² Art. 2º da Lei 9.307/96: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. §1º - Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. §2º - Poderão também as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

³²³ Ressalvamos que a cláusula compromissória é independente, ou seja, mesmo que o contrato esteja viciado ou anulado, ela subsiste e não será invalidada, resguardando a competência arbitral.

³²⁴ Esse mecanismo dá azo que seja convencionada mediação ou conciliação, conforme o caso, como se fosse uma antessala a instauração da arbitragem, que só se realiza, caso o conflito não seja solucionado por essas vias. A observação que deve ser feita é que o profissional que presidir a conciliação ou mediação será também responsável pela decisão arbitral.

envolve a capacidade das partes³²⁵ em anuir à arbitragem. A Lei n. 9307/96 traduz a capacidade de se comprometer com direitos e obrigações³²⁶. Já este, refere-se à matéria exposta a exame. Em seu art. 1º, a Lei de Arbitragem aduz que qualquer sujeito com capacidade de exercer direitos e obrigações pode ser parte em uma arbitragem, além de reduzir a objeto de litigância os direitos disponíveis, ou seja, aqueles que podem ser renunciados, transacionados ou alienados, sem afetar os interesses fundamentais da sociedade³²⁷.

A despeito da arbitrabilidade objetiva, ser consentânea à disponibilidade de direitos, isto é, estar adstrita aos direitos patrimoniais, vale a ressalva sobre a homologação de laudo arbitral estrangeiro no Brasil pelo STJ. Esta só poderá ser realizada se o objeto da arbitragem realizada fora do país for compatível com os direitos considerados disponíveis pela lei brasileira e desde que não macule a ordem pública³²⁸.

Em suma, há algumas questões em aberto que precisam ser expostas ao longo deste capítulo, são elas: a) Qual a lei aplicável ao procedimento arbitral, uma vez que este não tem qualquer vinculação a qualquer legislação. Indaga-se: Caso uma das partes seja o Estado em que proporção o direito internacional ou mesmo o supranacional (*Lex petrolea*) deverá prevalecer sob a lei nacional? Ou mesmo quando parte da disputa é um Estado ou investidor islâmico e se opte por aplicar ao mérito a Xaria, que efeitos essa decisão poderia produzir? Os árbitros teriam participação nesses efeitos? E, ainda, sobre o reconhecimento dos efeitos da inserção nos contratos das cláusulas de estabilização³²⁹.³³⁰

Como visto, especificamente em relação à arbitragem petrolífera, cuida-se de operações de longo prazo e de alta complexidade, sendo adequado analisar quaisquer conflitos surgidos nesse âmbito sob o prisma da arbitragem internacional quando estejam em cheque os investimentos estrangeiros, assim como o apelo às questões “geopolíticas e geoestratégicas” atinentes à produção, comercialização, gestão e seus efeitos em áreas

³²⁵ Arts. 3º e 4º do Código Civil.

³²⁶ Em razão da disponibilidade (requisito objetivo), a lei não permite a instauração de processo arbitral para aqueles que detenham somente poderes administrativos, assim como os incapazes, mesmo que representados ou assistidos (CARMONA, 2009, p. 37).

³²⁷ SANTOS (2004, p. 59).

³²⁸ Caso o Superior Tribunal de Justiça anteveja violação à ordem pública nacional – ou seja, àquele “conjunto de princípios e normas consideradas como essenciais à convivência nacional – não homologará o laudo estrangeiro.” (CARMONA, 2009, p. 475-476).

³²⁹ Buscam ceifar alterações às regras pactuadas em contrato por ato unilateral do Estado.

³³⁰ VICENTE (2011, p. 86-87).

distintas do globo. Daí decorre a constante dicotomia que tem que ser sopesada pelo Estado hospedeiro: o equilíbrio entre o resguardo de sua soberania e a tutela dos termos contratuais pactuados com investidores³³¹.

Possíveis soluções a esse impasse são vergastadas por Vicente, estando a primeira delas na aplicação do direito público internacional à disputa, ou seja, a internacionalização dos contratos públicos, pois vincularia internacionalmente as obrigações estatais assumidas, não podendo esquivar-se e impor sua própria legislação. Noutro turno, o autor alerta para a possibilidade de esse fenômeno afunilar o direito legítimo dos povos à soberania de seus recursos naturais. Aduz ainda que embora a aplicação a esse recurso seja pouco utilizada, seu relevo residiria tanto na observância dos “elementos constituintes do direito do Estado”, como um limitador deste³³².

Outra possível solução apontada por ele se reflete na aplicação de princípios gerais do direito, pelo qual já passaram diversos casos interessantes³³³. Por fim, traz a importância da aplicação do direito nacional do contratante, em conformidade com o ICSID (art. 42), a UNICITRAL (art. 33), da Câmara de Comércio de Estocolmo (art. 22) e do art. 26, n.4, do TCE. E conclui que sempre que possível deve o direito nacional estar em conformidade com o internacional. Todavia, a multiculturalidade e a amplidão de regimes adotados ao redor do globo nem sempre, ou quase nunca, pactuam desse equilíbrio.

Doutra banda, consigne-se ainda que a arbitragem voluntária passou a ser tradicionalmente conhecida somente por arbitragem; é que no Brasil não há arbitragem necessária ou compulsória desde 1866. De fato, este instituto está em franco desuso, remanescendo vigente ainda em Portugal³³⁴ e na Costa Rica³³⁵.

4.2 ARBITRAGEM COM ENTES PÚBLICOS

As mudanças paradigmáticas vivenciadas pelo estreitamento do direito público,

³³¹ ANDRADE; MARCO, 2013, p. 404).

³³² VICENTE (2011, p. 92-93).

³³³ Wintershall AG v. The Government of Qatar; Texaco v. Libia (LIAMCO); Sapphire v. National Iranian Oil Company.

³³⁴ Art. 211 da CP e Art. 1.525 do Código Processual Português que elenca as possibilidades de sua ocorrência.

³³⁵ Em Costa Rica estão relacionadas com questões da previdência social e na admissão ou recusa de herdeiro em sociedade por responsabilidade limitada.

noticiadas através da “fuga para o direito privado”³³⁶⁻³³⁷, consubstanciam o aumento da interação de certos institutos para adaptar-se à nova realidade do comércio internacional, da globalização e da reestruturação do papel do Estado. A arbitragem enquanto jurisdição é velha conhecida, anterior ao monopólio da jurisdição estatal.

Pois bem, a questão que se busca desmistificar é a possibilidade da utilização da arbitragem para sanar contendas envolvendo entes públicos³³⁸. Para tanto, necessário é analisar o campo da arbitrabilidade³³⁹, que como visto, possui duas facetas: a subjetiva (*intuitu personae*)³⁴⁰ e a objetiva (*ratione materiae*)³⁴¹. A primeira está relacionada com a capacidade do Estado de ser parte³⁴². A outra atine à natureza e disponibilidade do objeto posto em voga, que, no caso da Administração, há quem entenda que todos os seus bens e interesses são indisponíveis, por envolver interesse público.

Na contramão do pensamento tradicionalista administrativo que percebe tudo quanto é público como indisponível está a própria Lei de Arbitragem brasileira que em seu

³³⁶ Título da obra de Estorninho (2009).

³³⁷ “Marcelo Rebelo de Sousa também conclui que as influências entre Direito Público e Direito Privado tendem a acentuar-se e que “o Direito Público está a privatizar-se ao introduzir esquemas conceptuais do Direito Privado e este a publicizar-se, por força do alargamento dos fins do Estado e da sua intervenção na vida económica, social e cultural” (ESTORNINHO, 2009, p. 157).

³³⁸ O termo “entes públicos” será utilizado neste trabalho de forma ampla, com o escopo de designar tanto o próprio aparelhamento estatal, quanto as estruturas adjacentes que praticam e interagem com as normas de viés público, como a esfera da administração indireta e as entidades paraestatais.

³³⁹ “Como condição de validade da convenção arbitral e da competência dos árbitros” (DOLINGER; /TIBÚRCIO, 2003).

³⁴⁰ No que concerne à capacidade do ente público (composta pela administração direta e indireta) ser parte em uma arbitragem, fundamentada no princípio da legalidade, formaram-se três correntes: 1) os que defendem que para ser parte a administração carece de autorização legislativa expressa e específica (dentre eles, Sérgio Ferreira); 2) os que entendem prescindir de autorização legislativa (Arnold Wald e Clávio Valença); 3) e os que advogam a necessidade de autorização legislativa genérica (José Emílio N. Pinto).

³⁴¹ “Sendo o ajuste contratado no desempenho de atividades do Estado com preponderância do seu poder político, agindo, pois, com causa de utilidade pública, impõem-se as cláusulas e condições acordadas no ordenamento de direito público, cujo conteúdo não é passível de transação. Estamos, nesse caso, frente ao ato de *ius imperi*, ao qual se curva o particular, e a reboque, a cláusula compromissória. Contudo, se a relação entabulada pelo Estado, ou por um de seus entes de direito público refletir ato de natureza privada, estão esses atuando no cenário comercial, desprovidos das prerrogativas de direito público, equiparando-se, pois, aos particulares contratantes. Assim, ao praticar ato *ius gestionis*, podem comprometer-se a sujeitar-se à solução arbitral, e, inclusive, aplicar a lei estrangeira à própria controvérsia. Tratando-se de contrato *iure gestione*, legítima e válida a cláusula arbitral, tanto no trato das relações de direito interno quanto internacional” (MARTINS, 2011, p. 173).

³⁴² O art. 3º da Lei n. 9.307/96 aduz que deve ser estabelecida a convenção de arbitragem (compromisso arbitral ou cláusula compromissória) pelas partes interessadas em compor a arbitragem. Aquela convenção remete a ato negocial, isto é, estipulado por contrato. Logo, este artigo faz menção à capacidade do ente público poder ser parte em um contrato com o privado.

artigo primeiro deixa claro que qualquer sujeito de direitos capaz de exercê-lo poderá valer-se da arbitragem, desde que o objeto da litigância seja disponível. Nesse norte, entendemos que a questão da arbitrabilidade subjetiva quanto aos entes públicos está superada, devendo voltar os nossos olhares sob o aspecto material da arbitrabilidade objetiva, e, nela perceber se o real interesse público está a sofrer objeções.

Nesse ínterim, vale ressaltar a assertiva feita por Moreira Neto sobre o interesse público. Para ele, este se ramifica em interesse público primário e secundário ou derivado. O primeiro está adstrito com a sua relevância, considera a segurança e o bem-estar da sociedade; é definido pelo ordenamento jurídico e compete ao Estado a sua consecução. Já o outro possui natureza instrumental. Está atrelado às pessoas jurídicas que os administram e existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em direitos patrimoniais e, por isso, tornam-se disponíveis.

Nesse contexto, o autor considera que são disponíveis os interesses e os direitos deles derivados que tenham cunho patrimonial, isto é, que consigam ser contabilizados, e façam parte do comércio, e, por isso, são objeto de contratação com escopo de dotar a Administração ou os seus delegados dos meios instrumentais a fim de estarem em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justifiquem a própria razão de ser do Estado³⁴³.

Sem dúvida, importante mesmo é a distinção entre interesse público e interesse da Administração. É que, não raras vezes, é preciso colidir os interesses de privados com os da Fazenda Pública para se preservar os interesses fundamentais da coletividade³⁴⁴. Na lição de Grau o grande preconceito da utilização da arbitragem em âmbito público foi o estabelecimento de paradigmas de que todos os interesses tratados pelo Estado são essencialmente indisponíveis, o que é uma falácia³⁴⁵.

³⁴³ MOREIRA NETO (Idem, p. 228).

³⁴⁴ Segundo V. MOREIRA (2011, p. 50): “Há duas concepções fundamentais de ordem pública econômica: para uma, a ordem pública é constituída por um conjunto de normas imperativas e, como tais, indisponíveis para os contraentes, independentemente dos fins que justificam essa qualidade; para outra, são de ordem pública aquelas disposições jurídicas que têm por objetivo defender certos interesses fundamentais da coletividade”.

³⁴⁵ “A administração, para a realização do interesse público, pratica atos, das mais variadas ordens, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens de uso comum, mas é certo que diversas vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles [...]. Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a

Nessa toada, cabe-nos fazer uma digressão, valendo-nos do valioso posicionamento de Otero: “Litígio de direito público não é todo aquele em que intervém como parte uma entidade pública, antes será aquele que tem por objeto a aplicação do direito público, o que se mostra de particular importância no âmbito do direito administrativo privatizado”³⁴⁶. Isto quer dizer que não basta a Administração Pública ser parte, o direito discutido tem que ser eminentemente público, ou seja, a discussão precisa orbitar por questões de ordem pública e velar pelo interesse público primário, para tornar-se indisponível e não poder ser aventada em sede de arbitragem, como nos esclareceu, alhures, Moreira Neto.

A nosso sentir, comungamos do posicionamento de que não há óbice em o Estado anuir à arbitragem, até mesmo porque ele carece manter sua autonomia contratual quanto aos direitos disponíveis³⁴⁷; isso está ínsito no poder *ius gestionis* da Administração. A autorização legislativa para esse fim decorre da própria Lei da Arbitragem³⁴⁸ e dos princípios correlatos a que o Estado brasileiro adere, a exemplo da boa-fé e da eficiência³⁴⁹.

Doutra banda, alguns doutrinadores defendem que o §2º do art. 55 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações) disporia pela impossibilidade da utilização da arbitragem em contratos administrativos, devido à exigência de cláusula que declare a “competência do foro da sede da administração para dirimir qualquer questão contratual”. Todavia, Carmona alerta que nem toda disputa contratual precisa ser posta em causa no Poder Judiciário, caso contrário não existiria a transação. A Lei de Licitações não traz essa proibição em parte alguma. Quis apenas a referida lei explicitar que nos contratos envolvendo a Administração que sejam levados ao Judiciário, o foro (território) corresponderá à sede da Administração, a fim de facilitar a defesa de seus membros. Da mesma forma, quando a Administração estiver em posição de igualdade com o particular, no uso de seu *ius gestionis*, a arbitragem pode ser assentida em contrato, inclusive

Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.” (GRAU, 2002, p. 49-58).

³⁴⁶ OTERO (2012).

³⁴⁷ MATTOS (2001).

³⁴⁸ Art. 1º da Lei n. 9.307/96. V. JUSTINO (2005).

³⁴⁹ “É preciso lembrar que tanto as empresas públicas quanto as sociedades de economia mista foram imaginadas para dotar a Administração de instrumento ágil e adequado para desempenhar atividades comerciais ou industriais, não sendo razoável restringir as vantagens do funcionamento e organização dessas empresas pelo simples fato da presença do Estado” (CARMONA, 2010, p. 45-52).

elegendo o foro onde esse contrato com a Administração pode ser dirimido. Todavia, no caso de contrato administrativo, que comporte cláusulas exorbitantes e regido pela Lei de Licitações, o foro competente terá de ser, necessariamente, a sede da Administração³⁵⁰.

Mais do que discutir a capacidade de o Estado ser ou não parte em uma arbitragem, está a necessidade de se delinear a matéria que poderá ser versada, mensurar seus limites, efeitos e consequências dessa incursão da jurisdição privada em âmbito público³⁵¹, ciente de que o Estado poderá atuar como parte no âmbito de resolução privada, quando atua como agente econômico, equiparando-se para esses fins com o agente privado, e, considerando, ainda que possa discutir qualquer matéria, desde que disponível.

Importa, ainda, distinguir a arbitragem interna da internacional. Naquela há a necessidade de preservar a conjugação do interesse público com reduto na soberania estatal e do *ius imperium* da jurisdição estatal com a harmonia com os interesses híbridos, público e privado, concomitantemente, a fim de assegurar o recurso à arbitragem que comunga dos princípios instituídos pela própria Administração, como eficiência, impessoalidade, atingindo seus fins de forma mais célere que no método tradicional. Nessa, a atenção primordial está em tutelar a confiança legítima e solucionar os conflitos impostos pelo comércio internacional³⁵², minorando os riscos, principalmente, quanto ao investimento estrangeiro e o risco de nacionalização e expropriação³⁵³.

4.3 A ARBITRAGEM NA LEI DO PETRÓLEO (Lei n. 9.478/97)

A necessidade de adaptar o Brasil aos anseios do comércio internacional, garantindo maior segurança jurídica e imparcialidade jurisdicional, fez com que o Estado, na qualidade de gestor e contratante, estabelecesse novos e modernos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos. Assim, a partir da década de 90, surgiram algumas

³⁵⁰ CARMONA (2010, p. 46-49).

³⁵¹ “O primeiro argumento, fruto da concepção, largamente ultrapassada, que via no recurso dos entes públicos à arbitragem “um golpe” na soberania estatal – esquecendo que a resolução arbitral de litígios é, ainda e sempre, uma resolução jurisdicional (e, enquanto tal, independente e imparcial) –, seria facilmente contornado, máxime através de demarcação de áreas onde o jus imperi não fosse ameaçado.” (OLIVEIRA, *idem*, p. 51).

³⁵² Ressalta-se que o termo comércio internacional não se refere, exclusivamente, ao comércio *strictu sensu*.

³⁵³ OLIVEIRA (2007, p. 12).

leis que trouxeram essas inovações³⁵⁴⁻³⁵⁵. Especificamente ao petróleo, sentiu-se essa transformação com a modificação do §1º, do art. 177 da CF e da Lei do Petróleo que o regulamentou, posteriormente, introduzindo os contratos internacionais na indústria do petróleo, até então, monopolizado pela Petrobras.

O constituinte achou por bem resguardar em artigos apartados a distinção dos contratos de concessão a serem realizados pela Administração. Assim, no art. 175, dispôs sobre as concessões de serviço público e no art. 177, a possibilidade do uso da concessão para explorar bem público. Essa, considerada “*sui generis*”, “por refletir vínculos contratuais especiais, não são nem tratados, nem contratos típicos de direito interno. São acordos de desenvolvimento econômico, que pela sua natureza e finalidade contrariam a tipicidade dos contratos em geral: se de um lado pode haver intenção de enriquecimento de uma parte, do outro lado, no que respeita ao parceiro-Estado, inexistente tal propósito único, pois está igualmente presente uma opção política de resguardo dos valores sociais, conforme expresso na intenção de desenvolvimento da nação, inclusive o econômico”³⁵⁶.

Em virtude da adoção de contratos internacionais públicos, confeccionados a partir de cada rodada de licitação, para leiloar os blocos de petróleo no modelo de concessão, a lei do petróleo achou por bem assegurar a licitude do uso da arbitragem nesses contratos de concessão, estabelecendo-a como meio de resolução das controvérsias, inclusive, valendo-se da arbitragem internacional, ou seja, realizada segundo as diretrizes do ICC, no caso específico.

A adoção da arbitragem desperta maior tranquilidade no investidor estrangeiro, gerando mais estabilidade ao investimento, pois, restringe a imunidade da jurisdição do Estado contratante, uma vez que nessa espécie contratual há sempre o Estado ou empresa estatal a figurar como parte³⁵⁷. A lei do petróleo fez menção expressa ao instituto em alguns artigos, os quais serão analisados a partir de então.

Embasados pela expressão “arbitramento” do art. 20, alguns doutrinadores afirmam que ele claramente optou pela arbitragem para resolver disputas entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores. Entretanto, assumir essa posição,

³⁵⁴ Lei de concessão e permissão dos serviços públicos (Lei n. 8987/95); Lei de Telecomunicações (Lei n. 9472/97); Lei de Transportes Aquaviários (Lei n. 10233/01) e a Lei do Petróleo (Lei n. 9.478/97).

³⁵⁵ MARTINS (2005, p. 701).

³⁵⁶ BUCHEB (2002, p. 11).

³⁵⁷ TIBÚCIO; MEDEIROS (2005, p. 618-619).

implica contrassenso com os preceitos do instituto e da própria Constituição.

Explicamos. É inerente à arbitragem a autonomia da vontade das partes em desejar que um possível conflito, ou já existente, seja dado cabo por esta via resolutória. Essa autonomia se expressa através da convenção de arbitragem, por meio do compromisso arbitral ou da cláusula compromissória. Como se percebe nítido, essa alternativa de resolução é encomendada pelas partes que definem isso em contrato, previamente, ou diante da questão já instaurada, não cabendo imposição da arbitragem por lei. O que romperia com o vínculo de autonomia das partes, e, conseqüentemente, se instalaria uma arbitragem obrigatória, o que é vedado pela Constituição³⁵⁸.

Outrossim, no procedimento previsto pelo art. 20, dá a entender que seriam os próprios agentes da ANP a funcionarem na qualidade de “árbitros”, eximindo qualquer fio de neutralidade exigido para esse propósito. Outro ponto atine para a confidencialidade, quesito que não seria possível resguardar no âmbito da agência, pois esta está adstrita à publicidade de seus atos, conforme o art. 37, *caput*, CF. E, ainda, outra questão que compromete, entender esse “arbitramento” como arbitragem convencional reside na própria irrecurribilidade da decisão, pois, como se sabe, os atos administrativos podem passar por revisão judicial, o que não ocorreria na arbitragem³⁵⁹.

Assim sendo, cabe-nos ater a uma interpretação sistemática da norma. Como o art. 20 está inserido no capítulo da lei que trata do processo decisório da ANP, soa-nos plausível que a lei estabeleceu um mecanismo próprio de resolução de conflitos no seio da agência, caracterizando uma espécie de arbitragem regulatória³⁶⁰, esta distinta da que foi instituída pela Lei 9.307/96³⁶¹.

Embora o art. 27, parágrafo único já tenha sido bastante debatido no capítulo III, no tópico sobre unitização, vale a menção por algumas ressalvas. A primeira delas é que diante da incongruência do termo “laudo arbitral”, e de sua patente inconstitucionalidade, o artigo foi revogado pela lei do pré-sal que modificou a parte de unitização e substituiu o termo por “laudo técnico”, mais condizente com a realidade. A segunda ressalva é dizer que o artigo 27 pretendia fazer alusão ao arbitramento e não à arbitragem;

³⁵⁸ TIBÚRCIO; MEDEIROS (2005, p. 622-623).

³⁵⁹ *Idem*.

³⁶⁰ Sobre arbitragem regulatória, remetemos o leitor ao capítulo II, no tópico sobre intervenção indireta no âmbito da participação estatal.

³⁶¹ Essa ideia de mecanismo próprio pode ser ratificada pela Portaria n. 204/01.

consequentemente, a decisão final não seria dada por um árbitro, mas pela ANP, respaldada em um laudo técnico, com o intuito de esclarecer quesitos periciais e técnicos e não emitir uma decisão³⁶².

Finalmente, o art.43, inciso X, traz como cláusula essencial a constar nos contratos de concessão e na sua execução à resolução de controvérsias “inclusive” por meio da conciliação e da arbitragem internacional. Quanto à conciliação, esta não suscita maiores delongas ou controvérsias, muitas vezes, servindo como antecessora a tentar resolver os conflitos, mediante terceiro, através de acordo, no âmbito judicial ou arbitral.

Já no que pertine à arbitragem internacional, algumas celeumas carecem ser sanadas, não somente sobre o que a lei quis assegurar, mas também sobre o próprio instituto.

Quanto à lei, a primeira delas está na corrente suscitada por alguns, de que se teria prescindido do uso da arbitragem nacional (Lei n. 9.307/96), admitindo-se apenas a arbitragem internacional. Essa ideia jamais poderia prosperar, pois o inciso é claro ao utilizar o vocábulo “inclusive”, ou seja, as contendas poderão ser resolvidas pela via judicial, arbitral e “inclusive” pela conciliação e pela arbitragem internacional, agregando a possibilidade de a disputa ser resolvida também pela arbitragem internacional.

Em uma visão mais objetiva do assunto, poderíamos considerar que, em virtude de grande parte da doutrina brasileira assentir pela necessidade de autorização legislativa específica para a utilização da arbitragem, principalmente, da internacional, quis a lei resguardá-la, ao demonstrar para os investidores estrangeiros que, especificamente, na lei do petróleo, esse instituto teria validade e seria privilegiado em caso de disputas³⁶³.

Ainda, em relação a esse inciso X, do art. 43, merecem atenção os efeitos especiais da cláusula compromissória nas rodadas de licitação da ANP, para os que entendem esses contratos de concessão como contratos de adesão. De acordo com o §2º do art. 4º, da Lei n. 9.307/96, para que essa cláusula possua eficácia no contrato de adesão é preciso que a cláusula esteja em documento anexo ao contrato ou em negrito no próprio com assinatura ou visto nela; a instauração da arbitragem só será válida se proposta pela parte aderente³⁶⁴.

³⁶² LEMES (1999, p. 204).

³⁶³ MARTINS (ano, p. 177).

³⁶⁴ BUCHEB (2002, p. 37-40).

Todavia, o entendimento de aplicação do §2º do art. 4º só é ponderável diante da hipossuficiência da parte contratada, o que não faz sentido em relação às empresas petrolíferas cujo interesse é, principalmente, segurança e flexibilidade contratual das partes, tendo suas questões resolvidas por uma instância neutral e isenta de amarras políticas. Quase sempre, a cláusula compromissória é condição de investimento dessas empresas no negócio³⁶⁵.

Ademais, é de se esclarecer que a lei brasileira não difere a arbitragem nacional da internacional, apenas, distingue a decisão arbitral nacional da estrangeira. O art. 1(3) da UNCITRAL sistematiza a arbitragem como internacional, quando: na convenção de arbitragem as partes tiverem seu estabelecimento diferente; o local da arbitragem estiver fora de onde as partes possuem estabelecimento; o local da execução onde deva ser executada parte substancial da obrigação resultante do litígio ou quando as partes convencionam expressamente que o objeto da convenção de arbitragem possui conexão com mais de um Estado³⁶⁶.

Assim, embora a arbitragem internacional esteja respaldada pela lei do petróleo, seu art. 39, IV c/c §1º, do art. 176 da CF, só se admitiu que as empresas envolvidas possuíssem sede e administração no Brasil, estabelecendo a sede para resolução de quaisquer conflitos, o Rio de Janeiro³⁶⁷, utilizando a lei brasileira e o idioma português, podendo conter alguns depoimentos e documentos em outra língua, prescindindo de tradução oficial. De fato, os únicos elementos que coincidem com o uso da arbitragem internacional são as regras do procedimento que serão norteadas pela Câmara de Comércio Internacional e a execução do laudo arbitral que poderá ser executado em qualquer juízo ou tribunal competente³⁶⁸.

Muito embora se perceba certa independência da cláusula compromissória, em relação ao contrato original, é que mesmo que esse seja rescindido ou anulado, ela prevalecerá. Ainda assim, devemos considerar a patente omissão da cláusula arbitral quanto à instituição que administrará o juízo arbitral, tampouco dispõe sobre a nacionalidade do árbitro, ser diversa ou não das partes, além de não prever, explicitamente,

³⁶⁵ TIBÚRCIO; MEDEIROS (2005, p. 636).

³⁶⁶ BUCHEB (2002, p. 2).

³⁶⁷ Porém a lei não impede que as partes convencionem outro local para resolução de disputas em cláusula compromissória.

³⁶⁸ Idem, p. 20-21.

a imunidade de jurisdição do concessionário, o qual poderá ser ente estatal ou privado. Por último, vale salientar a prerrogativa da ANP, que poderá, discricionariamente, suspender as atividades que estiverem *sub judice*, mesmo que justificadamente.

Quando o objeto da disputa for tido por indisponível, remetem-se as partes ao foro da cidade do Rio de Janeiro, a fim de conceder liminares e medidas assecuratórias, previamente ao laudo arbitral.

Por derradeiro, frise-se o envolvimento das JOA (*Joint Operating Agreement*), através de consórcios operacionais de exploração e produção do óleo, ligados à concessão, os quais preveem a arbitragem como mecanismo primordial de resolução de disputas e com ampla liberdade sobre as regras que disciplinam esse procedimento. A essencialidade da arbitragem nessas operações se destaca pela necessidade de eficiência e celeridade a serem implementadas nas medidas que mexem com projetos de financiamento, visando manter a estabilidade dos seus fluxos de caixa³⁶⁹.

4.4 DA LEI DO PRÉ-SAL E A ARBITRAGEM

A substituição do regime de concessão pelo regime de partilha de produção deu-se com a mudança de paradigma vislumbrada pelo governo, em poder tratar o óleo do pré-sal, não somente como *commodity* responsável por quase 10% da receita do PIB nacional, mas também como valioso instrumento estratégico para realização da política industrial no cenário petrolífero, transformando-a, ainda, em símbolo de desenvolvimento nacional e social.

Com efeito, as peculiaridades contratuais, já expostas no capítulo três, de operação única das jazidas pela Petrobras, de criação da PPSA, empresa pública destinada a gerir e comercializar o óleo produzido e, principalmente, da jogada de mestre do governo em capitalizar a Petrobras, celebrando contrato de cessão onerosa entre ela e a União, conduziram a uma participação menor, quase nula, ao menos, quanto à gestão e operacionalização, das companhias internacionais, tornando-as meras investidoras nesse processo.

³⁶⁹ PINTO (2005, p. 132).

Por conseguinte, parece que a União não teve a mesma preocupação em garantir um equilíbrio entre a soberania nacional dos recursos naturais e a proteção do investimento estrangeiro, que assegurou na lei do petróleo, trazendo, explicitamente, o instituto da arbitragem internacional como opção de resolução de disputas oriundas dos contratos de concessão, a fim de fortalecer a estabilidade, a confiança do investidor e a segurança jurídica, como símbolo das melhores práticas na indústria do petróleo.

Dessa vez, ao revés, a balança pendeu majoritariamente para os interesses do Governo, sob o argumento de tutela da soberania econômica e de segurança nacional, preferindo, na Lei nº 12.351/2010, silenciar a despeito das formas de resolução de conflitos, limitando-se a dizer que eles seriam resolvidos no âmbito do comitê operacional. Nessa toada, a lei do pré-sal, distintamente da lei do petróleo, foi omissa quanto à possibilidade de utilização da arbitragem, inclusive, da internacional.

Ao apreciar a composição híbrida de sistemas a regular o pré-sal, temos que: para as áreas sob o modelo de concessão permanecem os direitos adquiridos e a manutenção das cláusulas vigentes da assinatura do contrato, dentre elas, a autorização para realização de arbitragem internacional em caso de conflitos; no contrato de cessão onerosa, como veremos adiante, proibiu-se o uso da arbitragem internacional, por não encontrar subsídios a sua realização entre empresa nacional e União, sendo respaldada, por parecer da AGU, indicação à conciliação ou à arbitragem realizada pela própria Administração; no restante dos blocos a serem licitados com base na lei do pré-sal, evidencia-se um limbo quanto à orientação a ser seguida para resolver possíveis conflitos, deixando para os contratos a incumbência de requerer a utilização ou não da arbitragem internacional.

Todavia, é assente a concordância em todos os modelos contratuais, de que a arbitragem internacional é conclamada a desvencilhar conflitos entre a União e investidores estrangeiros (IOC) que mesmo não operacionalizando o projeto, acabam por empreender tecnologias, *Know How*, além de grandes somas em dinheiro nos projetos de P&D, gerando disputas quanto à renegociação contratual, questões inerentes à sua comercialização, gestão e a própria nacionalização do investimento.

Em relação ao petróleo esses interesses se revelam de grande valia, não somente por se cuidar de recursos não renováveis e tendentes à escassez, mas também pela complexidade e longa duração de seus contratos, cujos riscos tornam-se mais evidentes no campo político, técnico, operacional e comercial, decorrente de constante flutuação dos

preços do crude. Para além disso, há interesse público não menos importante no tratamento equitativo aos investidores estrangeiros³⁷⁰⁻³⁷⁰.

Ressalva-se, ainda, que a participação da Petrobras é distinta nos três modelos de exploração, haja vista, na cessão onerosa há capitalização da Petrobras e precificação prévia pela União, concedendo a titularidade do petróleo produzido à Petrobras. Nos outros dois modelos, concessão e partilha de produção, a Petrobras concorre com as demais IOC, visando ao lucro, o melhor investimento e dar respostas aos seus investidores, como qualquer empresa privada. Muito embora haja mais semelhanças que diferenças nas condições de exploração da Petrobras nos dois últimos regimes, há duas prerrogativas importantes, constituídas no regime de partilha de produção, a se considerar: os casos de contratação direta da Petrobras pela União³⁷¹, e a ampliação de sua participação mínima de 30% (trinta por cento) nas licitações.

Mesmo nas situações listadas de certos benefícios à Petrobras, ainda assim, entendo, particularmente, que a atuação da empresa visa ao lucro, crescimento e competitividade no mercado energético, e, ainda que atue sozinha em determinado bloco, incorrerá em todos os riscos de E&P como qualquer outra, pois nesses casos não há capitalização da Petrobras e precificação prévia pela União, concedendo a titularidade do petróleo produzido à Petrobras. Há investimento como qualquer outra OC, seja nacional ou internacional, que opte por fomentar esse mercado. São situações distintas e, portanto, tratamento distinto deve merecer.

Nessa esteira, Wald: “A proteção concedida ao investidor estrangeiro deve ser análoga à garantida ao investidor nacional, especialmente quando se trata de investimentos feitos no interesse público e em virtude de contratos administrativos ou sujeitos à regulação, devendo tal proteção ser suficiente para evitar atos discricionários ou arbitrários, que raramente ocorreram, no passado, no Brasil, mas que continuam acontecendo em vários países da América Latina”³⁷². Para além disso, em razão do direito

³⁷⁰ VICENTE (2011, p. 85).

³⁷¹ “**Lei 12.351/2010: Art. 12.** O CNPE proporá ao Presidente da República os casos em que, visando à preservação do interesse nacional e ao atendimento dos demais objetivos da política energética, a Petrobras será contratada diretamente pela União para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção. **Parágrafo único.** Os parâmetros da contratação prevista no caput serão propostos pelo CNPE, nos termos do inciso IV do art. 9º e do inciso III do art. 10, no que couber.” BRASIL (2010).

³⁷² WALD (ano, p. 26).

internacional econômico não ser mais o “plano retardatário do sistema jurídico, ao qual se referia a doutrina do século passado, para adquirir maior eficiência, como direito negociado e construído para evitar e solucionar litígios e incentivar a negociação para obter soluções justas, equitativas e rápidas, na medida do possível. É, pois, um catalisador do comércio internacional e um elemento importante para assegurar a paz mundial e o desenvolvimento sustentado em todos os países”³⁷³.

É inerente que a própria Petrobras desejaria que houvesse a inclusão de arbitragem internacional, pois, de fato, facilitaria que as decisões fossem permeadas por acentuada neutralidade e imparcialidade, à margem de pressões políticas, consubstanciado em um julgado eminentemente técnico e desinteressado, haja vista que a sentença seria proferida por uma corte estrangeira, mesmo que aplicável o direito brasileiro.

No que concerne à contratualização estatal, seja ela internacional ou não, importa analisar quais os interesses que estão postos em jogo, pois, como se sabe, a gestão e contratação com ente público é processo que se insere no meio privado.

Com efeito, o único interesse público legítimo que pode servir como barreira à adoção da arbitragem pelo ente público são os envolvidos com a estratégia do serviço ou da realização do bem público com âmago de satisfazer as necessidades primárias da sociedade e de seus direitos fundamentais.

Em relação aos contratos petrolíferos, especificamente no pré-sal, podemos concluir que a União quando pratica através de sua empresa pública, a PPSA, contrato para a exploração do óleo, com empresas privadas e com a Petrobras, irá praticar atos de natureza *ius gestionis*, como também, quando necessário, valer-se do seu *ius imperium*, para resguardar os interesses estratégicos do Estado, pertinentes à sua soberania e ao seu desenvolvimento econômico.

Assim, sobre as matérias que envolverem somente o direito privado, atentas ao deslinde do contrato em si, é razoável além de possível a utilização da arbitragem, mesmo que uma das partes seja um ente público; todavia, quando se tratar de questão estritamente atrelada à soberania sobre os recursos naturais do Estado não caberia arbitragem, uma vez que se cuida de direito indisponível, matéria de ordem pública, ligada à essencialidade da

³⁷³ Idem, p. 29.

estrutura montada pelo Estado.

Segundo Dolinger, “a ordem pública que funciona no Direito Internacional Privado como válvula de segurança poderá ser abusivamente utilizada por aqueles que resistem à aplicação da lei estrangeira por não assimilar adequadamente a noção de comunidade jurídica internacional. É preciso que o aplicador da lei se conscientize de que ao princípio da ordem pública se deve recorrer com parcimônia, somente quando absolutamente necessário para manter o equilíbrio da convivência da sociedade internacional, com os fundamentos do direito de cada grupo nacional. Neste espírito muitas convenções internacionais, ao inserir a exceção da ordem pública, se referem a ela no sentido de que a aplicação da lei estrangeira seja manifestamente incompatível com a ordem pública do foro”³⁷⁴.

Matéria indisponível à arbitrabilidade é, por exemplo, a questão da comercialização do óleo produzido, função ao encargo da PPSA de gerenciá-la, não cabendo às empresas contratadas interferir na comercialização do *profit oil* (preço, mercado que deva vender, ou mesmo a época em que se deve negociar o barril), pois no sistema de partilha de produção, esta função está ligada ao instrumento de poder gerado pelo *profit oil*, de natureza estratégica.

Além de tudo quanto exposto, um ponto a ser discutido diz respeito às garantias estabelecidas na contratação das OC frente às alterações legislativas que venham a interferir nos ajustes do entabulado e modificar a lucratividade das operações. Essa peculiaridade do contrato de partilha de produção, conhecida por *self-contained agreement* quer dizer que este contrato é regido pelos seus próprios termos e pela lei específica que o regulamentou, imunizando de normas e regulamentos posteriores que venham a ser editadas pelo país hospedeiro. Isto serve para zelar pela estabilidade das participações governamentais e resguardar as empresas contratantes dos riscos de E&P, e, conseqüentemente, atrair os investimentos no setor.

Registre-se que a lei do pré-sal se quedou silente em relação à delimitação dos percentuais cabíveis ao Estado brasileiro e às empresas contratadas, deixando para o próprio contrato essa definição. Destarte, restou ao MME, ouvida a ANP, propor ao CNPE quais as áreas objeto de licitação e as suas condições de contratação. De acordo com o

³⁷⁴ DOLINGER *apud* BERALDO (2013, p. 51).

artigo 15º, III, da lei do pré-sal, o edital indicará somente o percentual mínimo do excedente em óleo da União, podendo esses percentuais ser majorados nas propostas, inclusive, esse é um dos requisitos de julgamento da licitação, conforme o art. 18 da mesma lei³⁷⁵.

Por derradeiro, salientamos que na lei do pré-sal, não há referência ao instituto da arbitragem, ficando em aberto a possibilidade de sua realização, aguardando a insurgência de alguma das partes envolvidas, para que, analisado o caso em concreto, decida-se sobre a validade de sua submissão ou não. Certo é que, apesar do parecer indicativo sobre a arbitragem doméstica no contrato de cessão onerosa, não existe nenhum impedimento na lei que proíba a aplicação da arbitragem internacional ou interna no pré-sal, ficando a critério das partes definir a presença ou não de cláusula compromissória nos contratos a serem confeccionados, embora nada impeça que se instaure, *a posteriori*, o compromisso arbitral.

4.5 DO PARECER DA AGU SOBRE A INAPLICABILIDADE DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL NOS CONTRATOS ENVOLVENDO A CESSÃO ONEROSA DA PETROBRAS

Conforme já explicitado em capítulo anterior, a cessão onerosa foi o meio encontrado pela União para aumentar a sua participação acionária e de controle na Petrobras. Para tanto, capitalizou-a com títulos da dívida mobiliária federal em troca de ações que equivaleram à exploração em áreas estratégicas e do pré-sal, até a proporção de 5 (cinco) bilhões de barris de óleo equivalente³⁷⁶.

Na época da promulgação da Lei n. 12.276/2010, a União encaminhou consulta à AGU, sobre a possibilidade de utilização de arbitragem internacional para dirimir controvérsias advindas do contrato de cessão onerosa com a Petrobras.

O Parecer AGU/AG – 12/2010, endossado pelo Consultor Geral da União, posicionou-se pela inaplicabilidade da arbitragem internacional nessa espécie contratual,

³⁷⁵ ROQUE (2012, p. 36).

³⁷⁶ Inclusive, durante a formulação do contrato de cessão onerosa, houve divergências entre a ANP e a Petrobras, para chegar a um denominador comum quanto à composição do preço final do barril para concretizar essa capitalização. O veredicto final coube ao CNPE, já que o entendimento generalizado era de impossibilidade de submissão à arbitragem internacional.

afirmando versar sobre questão doméstica, resolvível no âmbito da própria administração, considerando a indicação da arbitragem internacional para conflitos internos, “ilegal, imprópria e inadequada”. Senão vejamos: “A arbitragem internacional, para questões jurídicas específicas de exploração de petróleo, que envolvam a Petrobras, não conta com previsão de aplicabilidade, não podendo os contratos fazê-lo também. Assim, ilegal, imprópria e inadequada a submissão da União, da Petrobras e da ANP a arbitragem internacional, no contexto presente. O contrato de cessão onerosa vincula controladora (União) e controlada (Petrobras) e não terceiros, pelo que indevido o encaminhamento de divergências a arbitragem internacional. Há instâncias próprias, no seio da própria Administração. Deve-se, utilizar, no caso, as Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Advocacia Geral da União”³⁷⁷.

Quanto à resolução de conflitos no âmbito da própria Administração, a AGU indicou as Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)³⁷⁸, órgão criado para gerir conflitos, através da conciliação ou da arbitragem, no seio da própria Administração Pública Federal e entre essa e Estados, DF e municípios.

Algumas peculiaridades na composição de conflitos pela CCAF merecem destaque, além de serem regidas pelos princípios da Administração, elencados no art. 37, *caput*, da CF/88; na mediação desses interesses não há partes, somente interessados visando à consecução do interesse público. Também, há competência para tratar de matéria de ordem pública, distintamente da arbitragem convencional em que só é possível conhecer de matérias disponíveis, especialmente, de cunho patrimonial. Ressalta-se que desde a edição do parecer, aprovado pela União, o CCAF recebeu nova competência, que é a de resolver pendências entre a Administração Pública e empresas privadas, justamente para se adequar a esses novos tempos de ampliação de parcerias público-privados³⁷⁹.

Ademais, dentre as inúmeras competências do Advogado Geral da União está a prevenção e solução de controvérsias no seio da Administração Federal, além de poder avocar, discricionariamente, as matérias que entender pertinentes à sua atuação, inclusive,

³⁷⁷ Fragmentos da ementa do AGU/AG – 12/2010.

³⁷⁸ CCAF, órgão da Consultoria Geral da União, foi criada pelo Ato Regimental n. 5, de 27 de setembro de 2007.

³⁷⁹ Frise-se que bem antes do alargamento da competência para resolver conflitos envolvendo também empresas privadas, as Câmaras de Conciliação e Arbitragem junto à Administração Federal já haviam sido instituídas pelo art. 11, da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24/08/2001, para resolver querelas, de natureza jurídica, entre entes da Administração Indireta e entre eles e a União.

no campo extrajudicial³⁸⁰.

Importa dizer, ainda, que se autorizou a contratação de árbitros *ad hoc*, em virtude da especificidade do assunto ventilado, para se posicionar a respeito de questões técnicas, quando indispensável, desde que no âmbito do próprio CCAF.

Sobre outro prisma, não podemos olvidar que a AGU é órgão da União, parte interessada na resolução de litígios em face da Petrobras. É inevitável que a imparcialidade desse órgão da Advocacia da União não seja posta em xeque, em virtude das influências políticas que poderão minar a boa-fé e a confiança legítima de certas decisões que em sua própria essência cuidam de interesses distintos, pois a Petrobras visa ao lucro, como ente privado, e a União deverá primar pelo interesse público, em *ultima ratio*.

Dessa forma, o parecer da AGU, ratificado pela União, reconhece que a arbitragem internacional apesar de seu uso recorrente na indústria do petróleo e de estar alinhado às boas práticas do mercado energético internacional, não se coaduna com a situação evidenciada entre a União, a Petrobras e a ANP, na cessão onerosa, em virtude da preservação dos interesses nacionais, uma vez que a Petrobras é empresa brasileira e não há investidor estrangeiro capaz de mobilizar uma arbitragem internacional para equacionar os direitos do investimento estrangeiro com a proteção à soberania, como ocorreram em outras disputas pelo mundo afora³⁸¹.

Nesse sentido, o modelo de cessão onerosa difere dos regimes de concessão e de partilha de produção, a finalidade daquele contrato é a capitalização da Petrobras, como dito alhures; portanto, “é a utilização marginal de um valor de reserva não extraída, precificada e identificada, ainda que em regime de expectativa”³⁸². Como se vê, as condições estabelecidas entre controladora e controlada distinguem-se dos demais modelos aplicados, tendo por escopo a injeção de capital na empresa nacional em troca de maior

³⁸⁰ “O referido art. 8º - C da Lei nº 9.028, de 1995, dispõe que o Advogado-Geral da União, na defesa dos interesses desta e em hipóteses as quais possam trazer reflexos de natureza econômica, ainda que indiretos, ao erário federal, poderá avocar, ou integrar e coordenar, os trabalhos a cargo de órgão jurídico de empresa pública ou sociedade de economia mista, a se desenvolverem em sede judicial ou extrajudicial. Tal regra fora incluída pela já mencionada Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001. A natureza extrajudicial de eventual medida qualifica a justificativa da formação de Câmaras de Conciliação.” (AGU/AG – 12/2010, p. 33).

³⁸¹ Alguns casos de utilização da arbitragem internacional por chocar os direitos do investimento estrangeiro com os interesses dos Estados hospedeiros: *Arábia Saudita v. American Oil Company (ARAMCO)*; *TEXACO (TOPCO) v. Líbia*; *Wintershall, A.G. v. Qatar*; *British Petroleum v. Líbia*; *Algerian State Interprise v. African State Interprise*; *Kwait v. Aminoil*; *Sojuznefteexport v. Joc Oil Ltda*.

³⁸² Parecer AGU/AG 12-2010.

controle e ingerência do Governo, com interesses de desenvolvimento nacional.

Por todas essas singularidades que divergem do procedimento arbitral comum, percebemos que se cuida de forma *sui generis* de composição de conflitos no seio da própria Administração, em que se privilegia o consenso e a composição amigável, seja através da conciliação ou da arbitragem, ou ainda, concede à faculdade de ingresso no Judiciário³⁸³.

Ao CCAF foi, portanto, incumbida a missão delicada de apaziguar os ânimos em caso de divergências entre controladora (União) e controlada (Petrobras), ou mesmo entre ambas e a Agência reguladora, a ANP. Pois, o cuidado primordial que deve existir é a preservação do interesse público e dos recursos do pré-sal, que são finitos e tendentes à escassez.

4.6 A ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE UNITIZAÇÃO DO PRÉ-SAL

Após as digressões feitas ao sistema de unitização no capítulo três, importa nos atermos a algumas causas que podem gerar controvérsias sobre a unificação da produção. A primeira delas, referente à divisão equitativa da recuperação de custos da reserva que aumenta seu volume em decorrência da unitização, podendo existir conflitos, mesmo em consorciados de jazidas sob o mesmo regime de exploração.

Outra possibilidade é a de uma jazida estender-se por vários blocos, que comportem regimes de exploração diferentes e válidos, em razão da vigência, concomitante, dos contratos de concessão, partilha de produção e cessão onerosa.

De acordo com o capítulo IV da lei do pré-sal, que reformulou a forma de individualização da produção, quando a ANP, observadas as diretrizes do CNPE, entender pela obrigatoriedade de formação de Acordo de Individualização da Produção (AIP), caracterizará uma conexão contratual³⁸⁴, haja vista a simultaneidade de contratos vigentes,

³⁸³ Em geral, quando se observam as disputas atuais petrolíferas, resta claro que há uma nítida divisão na forma de gestão desses conflitos pelos países, assim: “Internacionalmente, as disputas surgidas entre o poder concedente e o concessionário, detentor de direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural, são levadas às cortes judiciais nos Estados Unidos, na Argentina, no Equador e na Colômbia, e ao juízo arbitral nos seguintes países: Reino Unido, Noruega, Dinamarca, Dubai, Omã, Bolívia, Peru, Venezuela, Trindad Tobago, China, Indonésia, Malásia, Tailândia, Filipinas, Angola, Egito, Nigéria, Holanda, Rússia, Irã, Catar e Iêmen” (BUCHEB, 2002, p. 10).

³⁸⁴ Sobre conexão contratual, COMPARATO (2008); STOLZE (2013).

permanecendo válida a tipicidade contratual de cada sistema para as obrigações divisíveis, que possam ter seu adimplemento fracionado e a comunhão de regulamento específico, a ser editado pela ANP, para as obrigações indivisíveis³⁸⁵.

A necessidade de reunir contratos com regramentos diversos já remanesce desde os idos em que se praticava somente o sistema de concessão no Brasil; isso se dava em virtude das normas regulatórias serem aplicadas de maneira distinta em cada rodada licitatória. Como exemplo, podemos citar: Camarupim (rodada zero), Camarupim Norte (terceira rodada), Lorena (rodada zero) e Pardal (quarta rodada)³⁸⁶.

No que pertine à parte das obrigações indivisíveis, a principal questão que se apresenta é definir parâmetros e percentagens para o cumprimento da exigência de conteúdo local, gerando um descompasso entre a indústria petrolífera e os percentuais de nacionalização implantados pelo governo. Essa problemática aparece não somente na convivência de regimes diferentes, mas também já se identificava nos contratos de concessão, licitados em rodadas diferentes, haja vista a regra de conteúdo local ser usada como critério de julgamento da proposta licitatória e, nem sempre, as empresas conseguem cumprir essas determinações pela falta de capacitação profissional e dos preços elevados de equipamentos no mercado interno em relação ao internacional.

Outra questão que se delinea é a operacionalização de áreas do pré-sal, ainda não licitadas, por outras companhias, a despeito da Petrobras, que foi consagrada como operadora única dos blocos a serem licitados nas zonas estratégicas e do pré-sal ainda não licitadas³⁸⁷.

É o que está para ser definido momentaneamente no caso de a Shell operar uma zona de pré-sal ainda não licitada. A jazida de Gato do Mato, bloco BM-S-54, localizada na Bacia de Santos, foi leiloada pela Shell sob o regime de concessão; contudo, há projeções de que essa jazida ultrapassa os limites do bloco e invade área de pré-sal ainda não licitada pela União. Por conta disso, não existe proibição na Lei n. 12.351/2010 para que a unitização desse campo seja operacionalizada por empresa diversa da Petrobras, uma

³⁸⁵ Nesse sentido, David e Lopes (2011): “Os regimes fiscais devem ser aplicados de forma independente (e proporcional) para cada parcela da jazida unitizada, respeitando-se as características originais dos contratos envolvidos, admitindo-se, apenas para as normas contratuais relacionadas às obrigações que necessitem ser cumpridas por inteiro, definição de regramento específico pelo órgão regulador à luz do interesse público, da função social do contrato, das melhores práticas da indústria do petróleo, dos princípios da preservação dos contratos e da proporcionalidade”.

³⁸⁶ BUCHEB (2010).

³⁸⁷ §2º, do art. 34, da Lei n. 12.351/2010.

vez que não há contrato de partilha vigente sob a área pertencente à União. Essa decisão servirá de *leading case* importante e terá certa influência sobre outros doze casos semelhantes, em pré-acordo, a serem definidos na órbita da ANP. Para além disso, será importante também para desonerar financeiramente a Petrobras, com a obrigação permanente de investimento mínimo em 30% de todos os blocos a serem explorados no pré-sal³⁸⁸.

Outro exemplo disso é a consecução de um cronograma, requerido pela ANP, envolvendo a União, Petrobras e outras consociadas (BG Brasil e Repsol Sinopec), para proceder à unitização na jazida de Sapinhoá, também localizada na Bacia de Santos, com áreas ainda não licitadas. Dessa vez, como a Petrobras já opera essa jazida, não terá maiores complexidades em definir o regime a ser adotado para gerir o AIP³⁸⁹.

De acordo com o art. 34, III, da Lei n. 12.351/2010, no AIP deverá conter os meios de resolução de controvérsias oriundos do cumprimento do acordo ou da execução do plano de desenvolvimento da zona unitizada. Ressalta-se que, diversamente, do âmbito arbitral, tais disputas deverão ser conduzidas pela ANP, através de procedimento administrativo. Entretanto, possíveis discordâncias quanto à sua execução nada impede de serem solucionadas pela via da arbitragem.

Inclusive, este ano, a Petrobras apresentou queixa na CCI em face da ANP sobre a divergência de unir duas jazidas, a de Lula (ex.: Tupi) e a de Cernambi (ex.: Iracema). A Petrobras entende que são duas jazidas distintas, já a ANP foi contra a divisão dos campos, em 2011, por duas vezes consecutivas, quando questionada. Ocorre que, caso não se aplique a divisão das jazidas, a Petrobras será obrigada a aumentar o percentual de participação especial devida à União, pois as jazidas estão sob o regime de concessão, o que geraria um aumento incomensurável do pagamento em participação governamental pela Petrobras à União³⁹⁰.

Nesse caso, potenciais nuances poderão evidenciar-se na convivência dos regimes de partilha de produção e de concessão quanto à participação especial, em que a receita bruta da produção é paga, deduzidos os *royalties*, os tributos e os custos de exploração, na

³⁸⁸ ESTADÃO (Set. 2014).

³⁸⁹ Revista TOMPHSON REUTERS (2014).

³⁹⁰ ESTADÃO (Ago. 2014).

concessão³⁹¹. Já na partilha de produção, a participação especial só se aplica para as áreas consideradas estratégicas, terrestres. Dessa forma, sempre que se cuidar de áreas *offshore* na zona do pré-sal, em que haja áreas licitadas nos dois regimes e que carecem de ser unitizadas, pode haver conflitos em função das diferenças no regime de participação governamental, cabendo para a solução dessas controvérsias, a arbitragem.

Da mesma forma, o *cost oil* decorrente do regime de partilha de produção, artigo 42 da Lei n.º 12.351/2010, proíbe o cálculo de *royalties* e bônus de assinatura em seu custo. Aquelas seriam participações dedutíveis no caso das participações especiais. Destarte, imperioso é que haja a confecção de normas específicas para tratar das diferenças entre a participação especial e o *cost oil*, a fim de evitar conflitos na unitização, em regimes diversos.

Por derradeiro, interessante é harmonizar o lapso temporal dos contratos a serem unitizados, que possuam regimes de E&P ou mesmo de rodadas de licitação diferentes, isto é, mesmo que o AIP tenha sido celebrado ao mesmo tempo, o período cedido à exploração pode ser diverso. Nos contratos de concessão essa celeuma já foi resolvida, sendo a ANP incumbida de uniformizar essas vigências, podendo, discricionariamente, aumentar o período do concessionário com menor prazo exploratório. Para tanto, indispensável é que esse entendimento seja reproduzido, de maneira equitativa, estendendo a dilação de prazo para os casos de cessão onerosa e de partilha de produção, sempre que condizentes com a situação em concreto.

³⁹¹ § 1º do artigo 50 da Lei n.º 9.478/97 e Portaria ANP n.º 10, de 13 de janeiro de 1999.

CONCLUSÃO

Esta dissertação, sem a pretensão de um cunho exauriente, intentou abordar a resolução de conflitos privatísticos, oriundos do pré-sal, com a atenção voltada à arbitragem. Em consonância com a “realidade unitária” do direito, sabendo da impossibilidade de levantar todas as questões e sabendo também que todos os seus ramos estão interligados, resolvemos abordar a perspectiva constitucional, observando as interferências e similitudes daquela jurisdição privada com o Estado e dos novos paradigmas do direito público, nomeadamente, na tratativa dos contratos petrolíferos.

Para isso, imprimimos o esforço de lançar uma ponte entre as novas premissas que dão suporte à constitucionalização do direito administrativo, a fim de sopesar seus princípios e ajustar os casos em concreto com proporcionalidade e coerência aos interesses fundamentais da coletividade, dando margem à prevalência do interesse público e não aos interesses da Administração, em casos que o agente privado contrate com entes públicos ou com eles realizem parcerias.

Doutra banda, analisamos a face da Constituição econômica cujos princípios e fundamentos dão sustento ao mercado, na valorização da iniciativa privada e da livre concorrência, ao mesmo tempo em que concede poder discricionário ao Estado em dizer quais as atividades estratégicas que comportam a criação de monopólios, restringindo a atividade dos privados, caso do setor petrolífero no Brasil, até a edição da EC n. 09/95.

Em virtude de o nosso tema estar associado ao petróleo, mais precisamente, ao pré-sal, achamos por bem esmiuçar os regimes jurídicos que o Brasil quis consagrar, analisando o seu momento histórico e as peculiaridades de cada regime, relacionando-os, sempre, com as atividades econômicas observadas na Constituição.

Diante das filigranas da indústria petrolífera, de sua complexidade, do longo período de duração dos contratos e do envolvimento pesado de capital, inclusive, pelo investidor estrangeiro, fizemos uma digressão sobre esses investimentos em face dos riscos de nacionalização e de expropriação pelo Estado.

Para além disso, relacionamos os investimentos praticados pelas companhias internacionais com a arbitragem de investimento e seu desenrolar na resolução de conflitos nos contratos de concessão e da possibilidade nos contratos de partilha de produção. Tratamos também das peculiaridades das regras do contrato de cessão onerosa da Petrobras

e dos casos de unitização envolvendo a simultaneidade de regimes a serem aplicados.

Assim, fazendo um balanço de cada capítulo, temos que:

No primeiro, evidenciamos o irradiar das normas constitucionais a influir na aplicação do regime jurídico administrativo e, mais amplamente, em todas as relações praticadas pela Administração, seja no regime jurídico público ou privado, devendo sempre haver compatibilidade com a norma constitucional para ter validade e eficácia.

Percebemos ainda que importa a Administração Pública exercitar com parcimônia os seus princípios quando estiver agindo na condição de equidade com o ente privado, no uso de seu *ius gestionis*. Com efeito, as bases em que foi calcada a estrutura administrativa brasileira, de “supremacia do interesse público” e de “indisponibilidade de seus interesses”, não podem ser “levadas a ferro e fogo”, sem lançar mão da ponderação e da proporcionalidade. Não há supremacia em qualquer interesse da Administração. Há interesse público, e, esse deverá ser sempre preservado.

Ocorre que a aplicação do interesse público nem sempre está presente na atuação administrativa, muitas vezes ele se apresenta no resguardo de interesses fundamentais coletivos ou mesmo de um particular. Em outras palavras, o interesse público está sendo cumprido quando realizar, com eficiência e legitimidade, da melhor forma possível, a consecução dos fins do Estado e da sociedade. Desta maneira, poderá, também, ser preservado na tutela do investidor estrangeiro, de um risco de nacionalização arbitrário, a fim de expropriar o capital, com o intuito de corrupção, por exemplo.

No que concerne à exploração do pré-sal, há constante confluência entre interesses público e o privado, sendo de máxima importância buscar o equilíbrio entre eles, sempre que possível, praticando a consensualidade e a arbitrabilidade para resolver suas pendências. Para nós a indisponibilidade do interesse público, utilizada como argumento para a impossibilidade de utilização da arbitragem com entes públicos, não é uma limitação constitucional, ao menos, em relação a assuntos patrimoniais do Estado.

Na incursão feita pela ordem econômica brasileira, demo-nos conta de que a livre iniciativa é a regra, sendo a atividade do Estado subsidiária no mercado. Porém, observamos que, mesmo em um contexto de livre iniciativa, pode não ocorrer, concomitantemente, a livre concorrência, quando o Estado atua na forma de monopólio, de maneira estratégica, para assegurar a sua soberania ou algum interesse coletivo.

O petróleo, por ser considerado um bem público dominical, pertence à União.

Esta entendeu por razões estratégicas de eficiência e desenvolvimento findar com o monopólio da atividade exercida, com exclusividade, pela Petrobras, através da EC - 09/95. A Petrobras passou ao regime de mercado, transformando-se em S.A, e sendo regida por regime jurídico privado, em equidade com as demais empresas do setor. Devido à abertura desse mercado, as IOC instalaram-se no Brasil e passaram a injetar capital, *know how* e suas tecnologias, agitando as pesquisas e desenvolvendo a indústria petrolífera.

Com isso, um novo dilema surge para o Estado, em tornar o país atrativo, buscando gerar estabilidade e confiança para aplicação desse capital, sem descuidar do equilíbrio entre os interesses, na estabilização das cláusulas nos contratos de longa duração do petróleo, dos investidores estrangeiros e a manutenção da soberania sobre os recursos minerais. Esse é o grande desafio!

Nesse diapasão, seria importante para o Estado atentar para os tratados bilaterais e multilaterais de investimento, bem como dos costumes internacionais e as boas práticas da indústria, sem descuidar das regras de nacionalização, quando achasse pertinente aplicá-las, desde que não se desvincule dos *standards* mínimos de proteção aos investidores, principalmente: (i) o tratamento justo e equitativo dos investimentos estrangeiros e (ii) o amplo acesso à justiça.

Em relação aos acordos e tratados mútuos de investimento, vale gizar que o Brasil não é signatário da Convenção de Washington e não a ratificou, porém, o país faz parte da Convenção de Nova Iorque, inclusive a ratificou, esta trata da execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

No capítulo três tratamos das peculiaridades e controvérsias do regime híbrido de exploração do pré-sal. Com efeito, desde a edição da Lei do Pré-Sal, vigoram no país três regimes para a sua exploração: o regime de concessão, para as áreas concedidas nas rodadas de licitação anteriores à mudança do regime; o regime de cessão onerosa, vigente para exploração pela Petrobras até o limite de 5 bi boe; o regime de partilha de produção para áreas estratégicas e do pré-sal a serem leiloadas a partir da Lei do Pré-Sal.

É que, com a adoção do regime de partilha de produção não houve somente uma mudança de regime, mas de perspectiva em relação ao óleo. Na concessão, o mesmo era tratado como *commodity* importante a garantir vultosas participações governamentais ao PIB brasileiro; agora, na partilha de produção também pode exercitá-lo para fazer política industrial, com forte apelo estratégico, o Estado é dono do óleo produzido; antes, no

modelo de concessão, era o proprietário das reservas de petróleo, passando o óleo comercializável para as mãos do concessionário. O que muda com a adoção do novo regime não é a quantidade de remuneração auferida, mas o nível de participação do Estado no negócio.

Dentre as peculiaridades da Lei do Pré-Sal, merece destaque o retorno do controle e comercialização do petróleo, a ingerência do governo, através do MME e CNPE, com o recrudescimento de certas competências outrora delegadas à ANP. A criação da PPSA, integrante do comitê operacional, com direito a veto e voto de qualidade. Além da contratação direta da Petrobras, sem licitação, poderia violar princípios constitucionais, principalmente, da isonomia e da livre concorrência, uma vez que por se tratar de uma sociedade de economia mista, deveria se sujeitar às normas de direito privado, conforme prescreve o art. 173, §2º, CF. E da operacionalização exclusiva de todos os blocos do pré-sal, ainda não leiloados.

Outrossim, um único operador ainda faz menção à destituição de parte do poder regulatório da ANP, pois, sendo a Petrobras operadora única, que poderá fazer a ANP para retirar-lhe da operação quando descumprir as normas técnico-operacionais, uma vez que, por força de lei, outra empresa não pode ocupar esta função?

Denota-se, de fato, uma incongruência entre o papel de um órgão regulador e o papel de um gestor empresarial. Não pode o Estado pretender contratar com as OC e manter o poder de gestão sobre os investimentos privados. Cabe ao Estado a normatização e regulação dessas atividades, devendo atuar mediante entidades reguladoras da Administração Pública, como a ANP. Antes de tudo, carece definir qual a função que se pretende reservar ao Estado e à iniciativa privada na exploração do pré-sal.

Por último, cuidamos da resolução privatística dos litígios com foco no instituto da arbitragem e sua viabilidade para solucionar as possíveis contendas oriundas do pré-sal. Dentre os elementos positivos que instigam a indústria do petróleo a recorrer a este recurso está o encontro da eficiência e da especificidade da matéria com a imparcialidade e a economicidade de tempo e dinheiro, além de resguardar a autonomia da vontade das partes.

Em razão da internacionalização dos contratos públicos na arena do petróleo, principalmente no cenário do regime de concessão, enveredamos pela possibilidade da arbitragem envolver como parte, entes públicos. Ciente de que a arbitrabilidade subjetiva

quase não suscita mais dúvidas, necessário se fez percorrer com mais cautela, para evitar respostas apressadas e incongruentes, ao campo da arbitrabilidade objetiva.

Como anteriormente delineado, não é todo interesse público que será indisponível, tampouco, todo interesse estratégico, mas aqueles relacionados com o âmago da atividade, para resguardar interesses fundamentais coletivos. Ressalta-se, no caso do pré-sal, a opção pelo modelo de partilha de produção que concede maior controle comercial do óleo pelo Governo e, portanto, trata-se de interesse público indisponível, por estar conectado com a natureza estratégica do serviço. Todavia, há cláusulas acordadas entre as partes, inseridas no contrato que não correspondem com interesse indisponível, mas convenção das partes, podendo ser modificadas e discutidas em jurisdição arbitral.

Em relação à possibilidade do uso da arbitragem no pré-sal, temos que: nos contratos de concessão em que haja pré-sal há a aplicação da arbitragem, inclusive da arbitragem internacional, prevista em lei. Já nos contratos de partilha de produção é uma opção a ser discutida na época de elaboração do contrato, pois a Lei do Pré-Sal foi omissa quanto à sua possível utilização, aduzindo, apenas, que os conflitos seriam dirimidos no âmbito do comitê operacional, abrindo brecha para que isso seja questionado futuramente em contrato, ou mesmo depois, no momento de instauração do conflito.

Outrossim, chamamos atenção para o parecer elaborado pela AGU cujo teor afirma ser ilegal e inadequado o uso da arbitragem internacional para pôr fim a disputas advindas dos contratos de concessão onerosa, entabulados entre a União, representada pela PPSA, ANP e Petrobras. Esse parecer foi acatado pela Presidência da República, a qual negou a arbitragem internacional nesse ínterim, alegando que a questão era “doméstica” e que a AGU dispunha de órgão especializado, o CCAF, pronto para resolver, através da conciliação e da arbitragem possíveis conflitos.

Conforme exposto, coadunamos com esse entendimento, em razão de a Petrobras ser empresa nacional e não sofrer perigo de nacionalização de seus investimentos. Além do mais, a Petrobras ganhou maior aparelhamento e ingerência do Governo após a descoberta das reservas de pré-sal, fazendo com que a União modificasse o sistema exploratório, com a adoção do regime de partilha de produção. Isso quer dizer que a Petrobras possui no Estado brasileiro um aliado que lhe concede, inclusive, prerrogativas e condições especiais em relação às demais companhias petrolíferas.

Ademais, provável celeuma a se discutir, ainda sem solução, está nos casos de

operações conjuntas, em virtude da unitização de blocos, no regime de pré-sal, quando envolver a unificação de blocos em regimes diferentes e válidos, ou mesmo dos três ao mesmo tempo, concessão, partilha de produção e cessão onerosa. Como serão rateadas as participações? E o cálculo de recuperação de custos que é feito distintamente entre os regimes? No caso de um operador fazer parte do regime de concessão em que é possível a adoção da arbitragem internacional e dos demais serem contratados por cessão onerosa em que é proibido e o outro pelo modelo de partilha de produção em que é omissivo, como se desenrolaria o conflito se uma das partes acionasse a cláusula compromissória de seu contrato? No AIP essa resolução de disputas estaria prevendo a resolução entre modelos diversos? São questões ainda em aberto. E que não dispensam a arbitragem como meio mais maduro à resolução desse engendramento.

Em ritmo de encerramento do quanto exposto, fica o balanço de que a arbitragem é um instituto que veio para ficar. Sua aplicação é inevitável e harmoniosa com as condições em que se estabelecem os contratos na arena do petróleo. Os Estados não têm a perder com isso, em virtude da especificidade do árbitro ou do colegiado institucionalizado com abalizada experiência na área, garantindo soluções rápidas, isentas de interesses partidários e polarizados de governo, eficientes e com maiores chances de ganhos para ambas as partes, investidor e Estado, principalmente, ao assegurar o interesse público, a boa-fé, a confiança legítima e a estabilidade de contratos que já são permeados por imensos e variados riscos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Sandra Conraria; GULAMHUSSEN, Mohamed Azzim. *O Impacte do Risco Político no Investimento Directo Estrangeiro: O caso do Brasil como país de destino*. Lisboa: Sílabo, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso; FIDALGO, Carolina Barros. As Agências Reguladoras Independentes e o papel da ANP. *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, Rio de Janeiro, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*. 2. ed. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. *Lições de Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____; MARCO, Rui Figueredo (Coord.). *Direito do Petróleo*. Faculdade de Direito de Coimbra - FDUC. Instituto Jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras Independentes e o papel da ANP. *Revista Brasileira de Direito Público*, n.1, Rio de Janeiro, 2006/03.

_____. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 44, 2002.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Direito dos Serviços Públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O conceito de serviços públicos no Direito Constitucional Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. O princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, v. 830, p. 709, dez. 2004. (Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, v. 1).

_____. O princípio da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, IDBP, Salvador, n. 4, p. 3, nov./dez. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Último acesso em: 05 jul. 2014.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. 3. ed. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2005.

AZEVEDO, André Gomma de (Coord.). *Estudos em Arbitragem*. Mediação e negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2. Disponível em: <<http://www.unb.br/fd/gt/links/artigos.htm>>. Último acesso em: 10 set. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 12/08/2014.

_____. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEDNARSKI, José Luiz; AZEVEDO, Tatiana Soares. O sistema econômico na Constituição de 1988. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Mônica Herman S. (Org.). *Direito constitucional econômico: Uma releitura da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: CEPES, Ed. Minha Editora, 2007.

BERALDO, Leonardo. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou do Nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

BINDEMANN, Kirsten. *Production Sharing Agreement: An Economic Analysis*. Oxford Institute of Energy Studies, 1999. p. 10.

BINEMBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BLADES, Bryan W. Production, politics, and pre-salt: transitioning to a PSC regime in Brazil. *Texas journal of oil, gas, and energy law*, v. 7, p. 9. Disponível em: Hein Online. Último acesso em: 12 jul. 2013.

BRAGA, Luciana Palmeira. *O processo de individualização da produção na área do pré-sal e os potenciais problemas práticos advindos dos três modelos de contratos internacionais*. 2012. Dissertação (Mestrado) - UFRJ, Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Último acesso em: 17 jul. 2014.

_____. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm>. Último acesso em: 9 set. 2012.

BUCHEB, José Alberto. A Unitização de jazidas no novo marco regulatório das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. *Revista de Direito da Energia*, São Paulo, n. 10, 2010.

_____. *Contratos Internacionais na Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. *Direito do Petróleo: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUITONI, Ademir, A ilusão do normativismo e a mediação. *Revista do Advogado*, ano XXVI, set. 2006.

BUONOCORE, Vincenzo. Iniziativa Economica Privata e Impresa. In: BUONOCORE, Vincenzo (Org.). *Iniziativa Economica e Impresa nella Giurisprudenza Costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, 10. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 183/185.

CAGGIANO, Monica Herman S. Direito público econômico: fontes e princípios na Constituição brasileira de 1988. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman S. (Org.). *Direito constitucional econômico: Uma releitura da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: CEPES, Ed. Minha Editora, 2007.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Interconstitucionalidade e Interculturalidade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e Interconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 108-110.

_____. O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios. *Revista CEDIPRE*, p. 99 e ss., 2009.

_____. CANOTILHO, J.J. Gomes; SILVA, Suzana Tavares. *Método multinível: “Spill-over effects” interpretação conforme o direito da União Europeia*. Coimbra: QREN, 2009. p. 182-199.

_____. *Constituição Dirigente e a Vinculação ao Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. *O princípio do nível mais elevado de protecção em matéria de direitos fundamentais*. 2008. 257 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Estado*. São Paulo: Atlas, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução da quinta edição italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. Jurídicas Europa-América, 1989.

v. 1.

CASSESE, Sabino. *La nuova Costituzione economica*. Roma-Bari: Laterza, 2000.
CORIOLANO, Ana Catarina Fernandes; REIS, Edjane Melo dos; DELGADO, Regina Célia Brasileiro. A indústria do petróleo e os modelos de contratação para exploração da produção no Brasil. *Revista do Petróleo – RUNPETRO*, ano 2, n. 1, out.2013/mar.2014. Disponível em: <repositorio.unp.br/index.php/runpetro/article/download/444/396>. Acesso em: 13/06/2014

CUNHA, Heloisa Valença. Contrato de partilha de produção: Um novo marco regulatório no cenário petrolífero brasileiro. *Revista de Direito da E-nergia*, PRH36, ano 5, v. 8, ago./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufrn.br/direitoenergia>>. Acesso em: 15/09/2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2008.

DAVID, Olavo Bentes; LOPES, Luiz Vicente Sanches. Parecer n.º 094/2011/PFANP/PGF/AGU. In: *ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO (Brasil)*. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral Federal, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: Parte especial: Arbitragem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law Foundations of Public International Law*. Oxford: University Press, 2008.

DUARTE, Tiago. Arbitragem ICSID e desenvolvimento económico dos Estados. *STVDIA IURIDICA – AD Honorarem 102*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 6, Estudos em Homenagem ao Prof. Dr. J. J. Gomes Canotilho, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2009. (Teses).

FARIA, Werter R. *Constituição econômica: liberdade de iniciativa e de concorrência*. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1990.

FAVACHO, Frederico. A gestão de conflitos em contratos internacionais de petróleo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 18, jul./dez. 2011.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados*. 2005. Tese

de doutoramento apresentada à FDUC, Coimbra, 2005.

FONSECA, Karla Closs. *Os Acordos de Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos e o Equilíbrio entre o Investidor e o Estado Receptor de Investimentos*. 2007. Dissertação (Mestrado), Santa Catarina, 2007, p. 42. Disponível em: < www.repositorio.ufsc.br> . Acesso em: 05 ago. 2014.

FONSECA, Rui Guerra. *Comentário à Constituição Portuguesa*, organização económica. (Obra coletiva). II v. coord. Paulo Otero. Coimbra: Almedina, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia. In: BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRAU, Eros Roberto. A arbitragem e contrato administrativo. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 3, n. 2, p. 49-58, esp.p.50, jul./dez. 2002.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

HOLMES, Sustain. *The cost of rights*. New York: W.W. Norton, 1999.

IFSL. International Financial Services. *Public Private Partnerships: UK expertise for international markets*. London: IFSL, 2003.

IANNOTTA, Lucio. *Princípio di Legalità e Amministrazione di Risultato, in Amministrazione e Legalità, Fonti Normativi e Ordinamenti*. Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 Maggio, 1999. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Infrastructure Law of Brazil*, 3. ed. São Paulo: Ed. Fórum, 2012-2013.

JUSTINO, Gustavo Henrique. A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IDP, n. 2, maio/jul. 2005.

LAUBADÈRE, André de. *Direito público econômico*. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985. (Tradução de Droit public économique, 1979).

LEITE, Getúlio da Silveira; GUTMAN, José. O Novo Marco Regulatório para as Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil. In: GONÇALVES, Alcindo; RODRIGUES, M. A. Gilberto (Org.). *Direito do Petróleo e Gás – Aspectos Ambientais e Internacionais*. Santos: Leopoldianum, 2007.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na Administração Pública. A empresa estatal, o Estado e a concessão do serviço público. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. São Paulo: Editora, 1999.

LESSA, Carlos. Quinze anos de Política Econômica. *Revista de Finanças Públicas*, Editora Brasiliense, ano XLIV, n. 359. p. 99-105, 110-117 e 140-142, 1983.

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

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. O procedimento Administrativo entre a Eficiência e a Garantia dos Particulares (algumas considerações). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Studia Iuridica 13, Coimbra Editora, 1995.

MAATTOS, Paulo Todescan Lessa et al. (Org.). *Regulação econômica e democracia: O debate europeu*. São Paulo: Ed. Singular, 2006.

MARCELLINO JR., Júlio César. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Constituição Económica e Integração, a Desnacionalização da Constituição Económica*, n. 141, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MARTINS, Pedro Batista. *Lei do Petróleo: Fragmentos da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. (Coletânea Estudos e Pareceres do Direito do Petróleo coordenada por Marilda Rosado).

_____. O poder Judiciário e a Arbitragem: quatro anos da Lei 9.307/96. *Revista Forense*, n. 359, p. 165, 2000.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato Administrativo e a Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 223, p. 115-131, jan./mar. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre. Regime Jurídico da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 36, RT, São Paulo, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 81-90, jul./set. 1997.

_____. As mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, p. 2-3, jun./jul./ago. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Último acesso em: 03 jul. 2014.

_____, *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição: para o conceito de Constituição econômica*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OCDE. *Examens de l'ocde sur l'investissement direct étranger Brésil*. Paris: Editora, 1998.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo. *Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Almedina, 2007.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de derecho publico económico*. Granada: Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *De La Pyramide au réseau? Por une théorie dialectique du Droit*. Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002. n. 94.

OTERO, Paulo. Arbitragem Interna de litígios de Direito Públicos: publicização da arbitragem interna de direito privado. *Revista de Arbitragem e Conciliação*, n. 5, Almedina, Lisboa, 2012.

_____. *Legalidade da Administração Pública: sentido de vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem Transnacional: A determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005.

PINTO, José Emílio Nunes. A arbitragem nos contratos da Indústria do Petróleo e Gás Natural. In: PIRES, Paulo Valois. *Temas de Direito do Petróleo e Gás Natural II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Coimbra: Almedina, 1997.

PIRES, Paulo Valois. *A evolução do monopólio estatal do petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RANGEL, Paulo Castro. Arbitragem e Constituição: um novo lugar e um novo fundamento. *Revista Studia Iuridica*, 102, Ad Honorarem 6, v. II, Estudos em homenagem ao Prof. Dr. J. J. Gomes Canotilho, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Crise da Justiça e Arbitragem. In: WALD, Arnold (Coord.). *Revista de*

Arbitragem e Mediação, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 02, n. 5, abr./jun. 2005.

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

_____. *Direitos do Investimento e o Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Introdução à Unitização de Reservatórios Petrolíferos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Estudos e Pareceres: Direito do Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.

ROQUE, Gabriela Oliveira. *O novo marco regulatório para a exploração do pré-sal*. 2012. Monografia apresentada a PUC-RIO como requisito à Licenciatura, 2012.

SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Económico*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções Gerais de Arbitragem*. Florianópolis: Boiteux, 2004.

SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (Coord.). *Ubiquidade Constitucional*, (in) *Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHWEBEL, Stephen M. The Story of the UN's Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources. *ABA Journal*, 463, p. 448, 1963.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p.112.

_____. *O princípio (fundamental) da eficiência*. Porto: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011.

_____. *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SORNARAJAH, M. *The Law on foreign investments*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2004.

SOUSA, Francisco José da Rocha. *A cessão onerosa de áreas do Pré-Sal e a Capitalização da Petrobras*. Consultoria Legislativa. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Último acesso em: 14 ago. 2014.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; GALVÃO, Sofia. *Introdução ao estudo do Direito*. Coimbra: Publ. Europa – América, Mem Martins, 1991.

- SOUTO, Marcos Juruenna Vilella. *Agências Reguladoras*. Texto base para palestra proferida no Auditório do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 24 jun. 2002a.
_____. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002b.
- _____. Propostas legislativas de novo marco regulatório do pré-sal. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Royalties do Petróleo, 2013.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Regime Jurídico do Setor Petrolífero. In: _____ (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SUZIGAN, Wilson; VILLELA, A. V. *Industrial Policy in Brazil*. Campinas: Editora da Unicamp, 1997.
- SZKLO, Alexandre. *Unitização*. Rio de Janeiro: Rio Oil and Gas Conference, 2012.
- TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 3.
- TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.
- TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments – A Study of the Involvement of Industry and Governments in the Production and Use of Petroleum*. 2. ed. Holanda: Klumer Law International, 2008.
- TIBÚCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: ROSADO, Marilda (Coord.). *Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TOMALSQUIM, Maurício Tiomno; PINTO JÚNIOR, Helder Queiroz (Org.). *Marcos Regulatórios da Indústria Mundial do Petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia, EPE, 2011.
- TORRES, Vivian de Almeida Gregori; PASSAFARO JR., Leonardo Salvador. A atividade econômica pública e suas manifestações. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Monica Herman S. (Org.). *Direito constitucional econômico: Uma releitura da Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: CEPES, Ed. Minha Editora, 2007.
- UNITED NATIONS. *FDI Determinants and TNC Strategies: The Case of Brazil*. New York and Geneva: Editora, 2000.
- VALENÇA, Clávio. A arbitragem e os contratos administrativos. *Revista de Direito Bancário, Mercado, Capitais e Arbitragem*, n. 9, 2009.
- VANDEVELDE, Kenneth J. The Economics of Bilateral Investment Treaties. *Harvard International Law*, v. 41, n. 2, Spring, 2000.