O CONTRATO DE CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO*

I — O Poder de a ANP Elaborar e Celebrar Contratos de Concessão como Fatos Jus-Genéticos. II — As "Boas Práticas da Indústria do Petróleo". III — O objeto da Concessão Petrolífera. IV — A Natureza Jurídica da Concessão Petrolífera V — A Cessão da Concessão.

I — O poder de a ANP elaborar e celebrar contratos de concessão como fatos jus-genéticos

Partindo-se da Pirâmide Normativa e da Teoria Gradualista de KELSEN, constatamos, por um lado, que todo ato da Administração Pública está apoiado em um ato superior — geralmente uma lei —, mas também que, por outro lado, "toda concreção de normas gerais, toda passagem de um grau superior para um grau inferior da ordem jurídica, implica preencher um vazio, respeitando os limites traçados pelas normas de grau superior. *Como a concreção das disposições inferiores nunca pode ser completamente prevista pela norma superior, existe um espaço criativo*, que, conforme a postura kelseniana, pode e deve ser integrado não só pelo administrador público, como também pelo juiz. Considera que ambas as funções não estão completamente determinadas pela legislação, já que existe uma margem mais ou menos ampla de apreciação, mas esta liberdade não é nunca absoluta e, ao contrário, sempre pressupõe uma norma prévia".[1]

* Professor das Pós-graduações em Direito do Estado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ e em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense — UFF. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Procurador do Estado e Advogado no Rio de Janeiro (alexaragao@zipmail.com.br).

1 SESÍN, Domingo J. *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional e Técnica*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 04 e 05, grifamos. Assim, demonstrada fica a inviabilidade de se adotar uma visão rígida da legalidade, pela qual a Administração Pública só poderia fazer aquilo que a lei previamente a autorize, em outras palavras, não há como a lei pré-determinar todos os elementos dos atos administrativos, o que, na prática, nunca foi na prática possível ao Legislador.

Não seria suficiente, contudo, apenas a previsão legal da competência da Administração Pública editar normas sobre determinado assunto. Mister se faz que a lei estabeleça também princípios, finalidades, políticas públicas ou *standards*[2] que propiciem o controle do regulamento (*intelligible principles doctrine*), já que a atribuição de poder normativo, sem que se estabeleçam alguns parâmetros para o seu exercício, não se coadunaria com o Estado Democrático de Direito, que pressupõe a possibilidade de controle de todos os atos estatais.

Note-se que nos Estados Unidos da América do Norte, onde também havia forte setor doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as leis com tal (baixa) densidade normativa seriam inconstitucionais por constituírem delegações de poderes legislativos, a Suprema Corte acabou se firmando, como expõe JOHN H. REESE, no sentido de que "o que é proibido é a transferência de poderes ilimitados. Normalmente, tal transferência limitada advém da linguagem utilizada na lei autorizando a Administração a editar normas apropriadas para cumprir as finalidades assinaladas na lei. A transferência de poderes normativos também pode estar implícita na linguagem legislativa, ainda que não haja atribuição normativa expressa".[3]

Recentemente, a Suprema Corte teve a oportunidade de reafirmar a sua posição no caso *Whitman v. American Truking Associations Inc.*, em que, apesar da posição adotada pelo Tribunal Federal *ad quem* pela inconstitucionalidade da lei atributiva de largos poderes normativos a agência administrativa, considerou constitucional disposição legal que atribuiu poder normativo para "estabelecer padrões de qualidade do ar, cuja observância seja necessária para proteger a saúde pública".

Também na Itália se exige que a lei atributiva do poder regulamentar contenha os respectivos "princípios e critérios diretivos";[4] ao passo que na Alemanha "o

2 "O *standard* jurídico constitui uma maneira de solução de conflitos de interesses na qual o aplicador da lei adota diretivas como normas de conduta, que lhe permitem resolver o caso com sentido de justiça considerando os fatores econômicos, sociais e até mesmo morais existentes dentro da norma legal e de princípios de aplicação flexível. Há nele uma boa dose de empirismo e pragmatismo. A eqüidade quase sempre está neste tipo de decisão, e a eficiência será maior quanto maior for a flexibilidade institucional" (BIELSA, Rafael. *Metodología Jurídica*, Librería y Editorial Castellví, Santa Fé, 1961, pp. 509 e 510). Como observa FRANCESCO MANGANARO, "não se trata de desvalorizar o papel da lei, mas de reconsiderar a sua função em um ordenamento pluralista. Se a rápida evolução social já era um motivo para preferir uma legislação farta de princípios e *standards*, por mais fortes razões, um ordenamento em que há um efetivo pluralismo requer uma formulação legislativa de tal gênero (MANGANARO, Francesco. *Principio di Legalità e Semplificazione dell'Attività Amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 171).

3 REESE, John H. *Administrative Law — Principles and Practice*, Westpublishing Co., Saint Paul, Minnesota, 1995, p. 53, grifo do autor. WILLIAM F. FUNK explica: "o Congresso legisla e a Administração executa as leis; para que a Administração execute as leis, estas leis devem conter um princípio claro (*intelligible principle*) para guiar a Administração, já que, do contrário, a Administração estaria legislando por conta própria" (FUNK, William F. *Administrative Practice & Procedure*, 2ª edição, West Group, 2001, p. 522).

4 ROMANO, Alberto. Relazione di Sintesi, in *Amministrazione e Legalità — Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno*, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 105.

Tribunal Constitucional Federal, conjuntamente com a doutrina, criou a figura da *Bestimmheitsgebot*, ou seja, a exigência de uma determinabilidade, que a lei autorizativa do poder regulamentar deve satisfazer para evitar leis excessivamente genéricas ou que transfiram ao Executivo uma competência normativa sem limites do ponto de vista finalístico (uma "carta-branca"), sendo que, atualmente, a doutrina é cada vez mais propensa a entender suficiente que o 'escopo' possa ser inferido também da interpretação do contexto jurídico no qual a lei de autorização é emanada".[5]

Sob o mesmo prisma, se afirma também na doutrina nacional que, o que não pode ocorrer, é "a disciplina normativa produzida pela lei ser tão sumária que sua complementação possa conduzir a um resultado qualquer. Preocupada com a proliferação de leis de baixíssima densidade normativa, a doutrina construiu o conceito de conteúdo essencial (*contenu essentiel*, *wesentlichkeitstheorie*). Tais leis devem expressar, na lição de GARCÍA DE ENTERRÍA, 'uma diretiva legislativa precisa, sem supor uma cessão formal ou em branco de poder normativo'."[6]

No mesmo sentido propugnado, o Superior Tribunal de Justiça — STJ[7], lavrou acórdão no qual o MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS afirmou a possibilidade da Administração Pública, para alcançar as finalidades genéricas da disciplina da matéria, mas sem qualquer autorização legal específica, restringir a liberdade dos "postos de gasolina" adquirirem combustíveis aos de sua bandeira. A importância do acórdão é que é um dos poucos exemplos em que a nossa jurisprudência foi além de questões atinentes ao caso concreto, tratando do âmago doutrinário e teórico da matéria, ou seja, do que deve ser entendido como "execução de lei".

A Lei do Petróleo, portanto, com as características das leis contemporâneas, sem dar início *de per se* a uma normatização mais completa, e, muito menos, exaustiva da matéria, estabelece parâmetros e objetivos gerais da regulamentação a ser feita pela ANP, que deverá buscar "preservar o interesse nacional" (art. 1°, I), "valorizar os recursos energéticos" (art. 1°, II), "promover a livre concorrência" (art. 1°, IX), "atrair investimentos" (art. 1°, X), "ampliar a competitividade do país" (art. 1°, XI), "promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País" (art. 2°, I), "assegurar o suprimento de insumos energéticos" (arts. 2°, II e 8°, I), proteger "os interesses dos consumidores" (art. 8°, I, *in fine*), atender "às melhores práticas da indústria internacional do petróleo" (art. 44, VI), etc.

A Lei do Petróleo, portanto, a exemplo das demais leis instituidoras de agências reguladoras, integra a categoria das leis-quadro (*lois-cadre*) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.

5 ROMANO, Maria Chiara. Principio di Legalità e Regolamenti in Germania, in *Amministrazione e Legalità — Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno*, Macerata, 21 e 22 maggio 1999), Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 226.

6 PESSOA, Robertônio Santos. *Administração e Regulação*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 145.

7 MS 4.578/DF.

As leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação, conferindo à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do Legislador, dentro dos quadros por ele estabelecidos. O objetivo das leis assim formuladas é "introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais, muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa."[8]

Vemos, assim, que a Agência Nacional do Petróleo — ANP possui amplo poder para criar cláusulas dos contratos de concessão e dos respectivos editais de licitação, tanto pela atribuição desse poder pela Lei do Petróleo, que concomitantemente estabelece os princípios a serem seguidos neste mister (legalidade como conformidade material), como porque, nessa atividade, a Agência não está limitando a esfera jurídica dos particulares, mas, ao revés, a está ampliando (legalidade como preeminência de lei), considerando que, com a concessão, o particular passa a ter direitos dos quais não era titular apenas por força da sua livre iniciativa, ou seja, são direitos que se encontravam fora do comércio.

Sob os paradigmas teóricos acima expostos, podemos, seja em relação às suas potencialidades, seja no que toca aos seus limites, emitir as seguintes assertivas quanto à possibilidade de a Agência Nacional do Petróleo — ANP, com base na Lei do Petróleo, estabelecer normas contratuais. Vejamos:[9]

> 1. A ANP deve, ao elaborar editais de licitação e contratos de concessão para a exploração e produção de petróleo, atender aos objetivos cuja realização lhe é atribuída pela Lei do Petróleo e pelo Conselho Nacional de Política Energética (arts. 1°, 2° e 8°, Inciso I, da Lei do Petróleo). Ao estabelecer estas normas editalícias e contratuais, a ANP estará sempre sujeita às normas constitucionais, legais e regulamentares pertinentes.
> 2. Na determinação dos meios para a realização dos fins da Lei do Petróleo e da Política Nacional do setor (ex.: art. 8°, incisos I, IX e X), a Agência possui, via de regra, ampla margem de discricionariedade, não só para a emissão de normas gerais e abstratas, como para a fixação das cláusulas dos contratos de concessão e dos termos das autorizações. A margem de normatização da Agência é, no entanto, menor nos casos em que a própria Lei houver pré-determinado os meios (leia-se, as normas e cláusulas) das quais deverá se valer para atendimento dos objetivos nela fixados.
> 3. Muitas vezes a própria Lei expressamente remete a matéria à regulamentação da ANP (ex.: arts. 8°, III, V, *in fine*, VI, XV; 9°; 29, *in fine*; 53, § 1°; 56, parágrafo único). Todavia, como visto na decisão do STJ acima citada,

8 Danièle Bourcier, *La Décision Artificielle*, PUF, 1995, p. 61. Maurice Hauriou destaca a grande importância desta técnica legislativa no Direito Administrativo, vez que "o standard, flexível e mutável, representa no direito o elemento de mobilidade" (*Aux Sources du Droit*, Librarie Bloud & Gay, Paris, 1993, pp. 150/1, grifamos).

9 Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP, in *Revista de Direito Administrativo — RDA*, vol., vol. 228.

o fato da Lei remeter expressamente determinadas matérias às normas da Agência, não elide os amplos poderes normativos que via de regra existem em matérias não especificadas e não exaustivamente disciplinadas pela Lei.

Condensando o exposto neste Tópico, podemos afirmar que o poder de a Agência Nacional do Petróleo — ANP fixar as cláusulas dos contratos de concessão deverá, malgrado a sua inegável amplitude, se basear nos princípios do Estado Democrático de Direito e da Administração Pública, notadamente nos princípios da proporcionalidade/razoabilidade e da eficiência/economicidade, restringindo os direitos e interesses dos particulares ou deixando de reconhecê-los, apenas na medida em que a restrição for o meio menos oneroso capaz de atingir com eficiência os fins públicos legitimamente almejados.

Colocado o amplo poder conferido pela Lei do Petróleo à ANP para elaborar os seus contratos de concessão, podemos afirmar que, ressalvados os casos em que a própria lei pré-estabelecer determinada cláusula ou em que houver inegável contradição com os princípios nela estabelecidos[10], a Agência possui autonomia contratual para criar cláusulas contratuais, seja nos espaços não pré-normatizados pela lei, seja na sua integração ou interpretação.[11]

Com efeito, a integração/complementação e a interpretação da Lei do Petróleo devem, com base nos seus princípios, ser feitas primordialmente pela ANP, assegurado o controle pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas apenas nas hipóteses em que a decisão tomada for, fora de qualquer dúvida hermenêutica, irrazoável, ou seja, quando se encontrar em uma zona de certeza negativa (não meramente nebulosa, em que duas ou mais interpretações poderiam ser igualmente consideradas razoáveis) de cumprimento da Lei.

Vemos, destarte, que, observada a Lei, a ANP possui competência para celebrar contratos enquanto fatos jurígenos autonomamente considerados, isto é, as cláusulas de tais contratos são aptas a criar obrigações e direitos para os particulares (principalmente direitos, em que, como visto, as peias do Princípio da legalidade são bem menos rígidas, bastando, para alguns autores, a mera não-contradição com a Lei) *de per se*, não como mera execução subsuntiva de dispositivos legais.

À ANP foi conferido amplo poder criativo de, interpretando e integrando a Lei, desenvolver os seus objetivos maiores, muito além de estar apenas executando

10 Ou seja, em que estiver além de qualquer margem razoável de discricionariedade.

11 Mesmo se prescindindo dos concretos pressupostos filosóficos de Kelsen, para quem a autonomia é delegação de poder com apoio último na norma fundamental em sentido lógico-transcendental, outros autores chegaram à mesma solução. Emilio Betti, por exemplo, forte crítico do mestre de Viena, elaborou perspectiva que ficou conhecida como teoria da recepção, mediante a qual se vê, no ato de autonomia, a entrada da vontade para compor o pressuposto da norma, a qual admite e quer a presença de um sujeito atuante e gerador de regras para funcionamento harmônio do próprio sistema jurídico. Afirma o autor que: "«autonomia» significa, em geral, atividade e poder de se atribuir um ordenamento, de dar assim assento às próprias relações e interesses, desemvolvidas a partir do próprio ente ou sujeito a que dizem respeito" (BETTI, Emilio. Autonomia Privata *in Novissimo Digesto Italiano*, t. I, Torino, UTET, p. 1.559).

determinado inciso ou alínea legal. Seria, de fato, uma visão muito mesquinha e minimalista dos poderes da ANP elaborar os seus contratos de concessão, achar que todas as cláusulas desses estariam adredemente previstas na Lei do Petróleo.

O contrato é fonte originária de obrigações e direitos do particular e de poderes e de sujeições da Administração Pública, integrando os editais de licitação e os contratos de concessão *de per se* o marco regulatório da Indústria do Petróleo.

As leis não são as únicas fontes imediatas de direitos e obrigações. O ordenamento jurídico deixa espaço livre de autonomia para os sujeitos jurídicos estabelecerem voluntariamente vínculos entre si, com obrigações oriundas, não da lei, mas do acordo de vontades.[12]

Ora, não parece adequado sustentar que esta faculdade negocial jus-genética deixe de existir *tout court* quando uma das partes for o Estado. Em primeiro lugar, como a concessão pressupõe a adesão voluntária do privado, não há invasão da esfera jurídica individual; e em segundo lugar, em sendo assim, não há razão para se retirar do Estado o acordo de vontades como um instrumento que, a par da lei, também se presta à realização dos interesses públicos, caracterizando-se, assim, "o contrato de concessão como uma espécie de fonte de legalidade administrativa *inter partes*"[13]. "O acordo de vontades como criador de regras jurídico-administrativas faz do sujeito ordinário parte ativa da definição e realização do interesse público cria em primeiro plano verdadeiras relações jurídicas — inclusive de longa duração — baseadas naquelas regras."[14]

12 "Todas as vezes que as regras jurídicas aludem a suportes fáticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que esses suportes fáticos se componham ou não se componham. Dizem, também, *até onde* se pode querer. Portanto, supõe-se que alguém *queira* ou *não-queira*. O auto-regramento, a chamada "autonomia da vontade", não é mais do que isso. A vida social tece-se com interesses, em relações inter-humanas, que necessariamente ultrapassam e ficam aquém da esfera jurídica, isto é, da zona colorida em que a) os fatos se fazem *jurídicos*, b) relações nascidas independentemente do direito se tornam *jurídicas*, e c) *relações jurídicas*, nascidas, portanto no direito, se estabelecem. Vive-se em ambiente de contínua iniciativa particular, *privada*, ou em movimentos grupais, de *multidão* ou de *massa*. Os sistemas jurídicos apenas põem no seu mundo, dito mundo jurídico, parte dessa atividade humana. Ainda assim, não a prendem de todo e deixam campo de ação, em que a *relevância jurídica* não implique disciplinação rígida da vida em comum. Já aqui se pode caracterizar o que se passa, em verdade, com os atos humanos interiores ao campo de atividade, a que se chama auto-regramento da vontade, 'autonomia privada', ou 'autonomia da vontade': é o espaço deixado às vontades, sem se repelirem do jurídico tais vontades. Enquanto, a respeito de outras matérias, o espaço deixado à vontade fica *por fora* do direito, sem relevância para o direito; aqui, o espaço que se deixa à vontade é relevante para o direito. É *interior*, portanto, às linhas traçadas pelas regras jurídicas cogentes, como espaço em branco cercado pelas regras que o limitam" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, t. III, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, pp. 54-55).

13 VALDEZ, Oscar Aguilar. El Acto Administrativo Regulatorio, in *Acto Administrativo y Reglamento*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002, p. 457, grifamos.

14 ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional — A & C*, vol. 13, p. 15. MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO vê "o contrato", sobretudo nas concessões latino americanas a partir da década de oitenta, "como o mecanismo por excelência de regulação" (COPELLO, María Mercedes Maldo-

O Princípio da Legalidade, mesmo em sua acepção mais rígida, foi elaborado para assegurar a esfera jurídica dos particulares diante de atos imperativos que gerem gravames, não para aqueles que beneficiem o particular ou que se expressem em convenções, até porque, lembremos, tanto a lei, como o contrato, podem ser fontes de direito.[15]

PAULO OTERO, em sua notável, pelo tamanho e pela qualidade, obra sobre o Princípio da Legalidade alude à "vinculação bilateral" da Administração Pública, de maneira que "pela via contratual podem surgir verdadeiras regras gerais reguladoras ou disciplinadoras de situações jurídicas presentes ou futuras envolvendo a Administração Pública".[16]

Prosseguindo na argumentação, o autor demonstra que os contratos e editais, especialmente de concessão, são capazes de gerar direitos e obrigações: "nestas situações existe um considerável domínio de autonomia de estipulação do conteúdo dos contratos da Administração Pública que, dentro dos limites da lei, se mostra passível de integrar o bloco de legalidade".[17]

Também EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN observa que "o limite legal para os atos unilaterais não é necessariamente o limite dos contratos. Neste último caso, os limites se põem com mais liberdade. Todavia, em alguns casos concretos, uma reserva de lei institucional pode exigir que esses limites sejam fixados previamente por lei. Mas em regra geral a Administração não precisa de nenhuma base legal especial para celebrar contratos. Rege o princípio de que a configuração dos contratos é apenas *dirigida* pela lei."[18]

É esse, justamente, o caso das concessões petrolíferas, já que a Lei não as configura previamente de forma integral, e, muito pelo contrário, deixa larga margem de escolhas a serem efetuadas pelo órgão regulador, cujos poderes têm até mesmo sede constitucional (art. 177, § 2°, III, CF), salvo se, além de qualquer interpretação razoável, a criação *ex novo* do direito ou da obrigação fosse incompatível com a Lei do Petróleo, suas regras e princípios.

nado. Privatización de los Servicios Públicos Domiciliarios y Transformación del Derecho Estatal en Colombia, in *Anuário 2001 GEDIM — Dez Anos de Mercosul*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, p. 329).

15 Nestes sentido é relevante inclusive notar que doutrina autorizada conceitua as concessões de serviços públicos como "atos-condição, ou melhor, como acordos-condição, cujo efeito não é o de criar uma regulamentação, mas de desencadear a aplicação de um documento estabelecido unilateralmente e que o Conselho de Estado considera como um regulamento" (Cf. LAUBADÈRE, André de, MODERNE, Franck e DEVOLVÉ, Pierre. *Traité des Contrats Administratifs*, Tomo I, LGDJ, Paris, 1983, p. 106). Ou seja, o contrato de concessão tem a capacidade de colocar o privado que a ele adere sob um estatuto, não apenas legal, como regulamentar.

16 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública — o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 522 e 523.

17 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública — o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 524/5.

18 SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, trad. Mariano Bacigalupo *et alli*), Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 327.

II — As "boas práticas da indústria do petróleo".

Na definição das opções corretas e das interpretações razoáveis a serem procedidas pela Agência Nacional do Petróleo — ANP, as "boas práticas internacionais da indústria do petróleo" (art. 44, VI, Lei do Petróleo) possuem um papel primordial, já que é através delas que a ANP deve implementar o modelo de mercado e de atração de investimentos propugnado pela Emenda Constitucional nº 09/1995, que flexibilizou o monopólio do petróleo, e pela Lei do Petróleo, que a regulamentou.[19]

A minuta do contrato de concessão da Sexta Rodada, seguindo o que já constava das rodadas anteriores, define (Cláusula 1.2.21) as "Melhores Práticas da Indústria do Petróleo" como "as práticas e procedimentos geralmente empregados na indústria de Petróleo em todo o mundo, por Operadores prudentes e diligentes, sob condições e circunstâncias semelhantes àquelas experimentadas relativamente a aspecto ou aspectos relevantes das Operações, visando principalmente a garantia de: (a) conservação de recursos petrolíferos e gaseíferos, que implica na utilização de métodos e processos adequados à maximização da recuperação de hidrocarbonetos de forma técnica e economicamente sustentável, com o correspondente controle do declínio de reservas, e à minimização das perdas na superfície; (b) segurança operacional, que impõe o emprego de métodos e processos que assegurem a segurança ocupacional e a prevenção de acidentes operacionais; (c) proteção ambiental, que determina a adoção de métodos e processos que minimizem o impacto das Operações no meio ambiente".

Dessa definição, extraem-se, basicamente, os seguintes elementos: a prática deve ser encontradiça internacionalmente, há de ser cautelosa e deve ser racional do ponto de vista da preservação dos recursos, e segura e respeitosa do meio ambiente.

Quando se afirma que as práticas devam ser internacionais não se está a dizer que devam ser absolutamente comuns a todas as regiões do mundo em que haja exploração de petróleo, já que são muitas as peculiaridades e diferenças existentes entre elas, sendo plenamente satisfatório, e de certa forma até mais eficaz, dada a maior especificidade e afinidade, que a prática internacional seja comum a regiões cujas características geológicas e econômicas sejam semelhantes às encontradas no Brasil.[20]

Essas práticas, expõe MARIA D'ASSUNÇÃO COSTA MENEZELLO, "são amplamente conhecidas e decorrem das recentes normalizações internacionais ou de

19 "Constitui (a Lei do Petróleo) um importante marco: demonstra que, no Brasil, a indústria do petróleo atingiu a maturidade e está sendo aberta para possibilitar novos investimentos e permitir uma interação equilibrada entre o Estado e a iniciativa privada" (Exposição de Motivos nº 25/96, do Ministério das Minas e Energia, que encaminhou à Presidência da República o respectivo Anteprojeto de Lei).

20 "Ao Direito compete promover a igualação dos iguais e o tratamento diversificado apenas daqueles que se diversifiquem segundo critérios de justiça racionalmente postos e suficientemente motivados. (...) Em verdade, o que se pretende é que (...) não crie desigualdades entre pessoas em situação jurídica que permita a igualação e seja este o enfoque a ser relevado para o desate justo da questão normada (...)" (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes da. *O Princípio Constitucional da Igualdade*, Ed. Lê, belo Horizonte, 1990, p. 39).

usos consagrados, com qualidade e eficiência para todos os envolvidos, proporcionando uma evolução constante das técnicas e dos conhecimentos científicos".[21] MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO destaca que "as obrigações conjuntas na área do petróleo foram conduzidas de acordo com os princípios gerais das leis de *contenancy*, relacionadas às sociedades de mineração à lei dos contratos".[22]

Hoje, ressalta a Professora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ,[23] estas práticas já se encontram consolidadas no modelo de contrato de parceria entre empresas exploradoras de petróleo (*JOA — joint operating agreements*) elaborado pelo *International Energy Committee da American Corporate Counsel Association* (ACCA) e pela *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN), constitutivo de um verdadeiro código normalizador das condutas no setor.[24]

A minuta-padrão é acolhida nos países com as culturas jurídicas das mais diversas, já que, "embora tudo leve a crer que os modelos iniciais dos JOAs internacionais foram reproduzidos de textos da tradição anglo-saxã, a sua utilização por grupos de empresas de nacionalidades distintas, e com foco de preocupações e práticas operacionais e administrativas distintas, para operação em países de diversos continentes, gerou uma variedade de abordagens e soluções (...). A necessidade de tornar ágil a fase preparatória, e até o processo negocial, fez crescer a preferência pela uniformização. (...) Independentemente do grau de aceitação da minuta elaborada pela ACCA e a AIPN teve como base universal para negociações, ela foi o resultado de um trabalho sério, cujo propósito consistiu em dar o devido dimensionamento a diferenças entre opções nas diversas cláusulas do JOA, bem como avaliar seu valor econômico e seu impacto no restante do contrato. Com sua adoção, é possível superar o empirismo e o casuísmo que, por vezes, podem presidir a estratégia de aceitação e negociação de alterações de cláusulas. Por outro lado, as negociações podem incluir e beneficiar-se, no seu preparo e estratégia, de um material que consolida uma experiência analítica de peso dos negociadores e advogados de diferentes empresas de petróleo e escritórios de advocacia do ramo, e conta, no seu plano de fundo, com um acervo comparativo razoável a partir da vivência e atualização dos próprios partícipes. Para as empresas, o patrocínio da AIPN tem se revelado um investimento de bom retorno, quando se compara o número de horas anteriormente despendido com negociações ora encurtadas pelos textos básicos de ampla aceitação".[25]

21 MENEZELLO Maria D'assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo*, Ed. ATLAS São Paulo, 2000, p. 137.

22 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as joint ventures na Indústria do Petróleo*, 2ª edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 239.

23 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as joint ventures na Indústria do Petróleo*, 2ª edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 202 e seguintes.

24 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as joint ventures na Indústria do Petróleo*, 2ª edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 202 e seguintes.

25 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as joint ventures na Indústria do Petróleo*, 2ª edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 202 e 206.

Ora, é óbvio que à Agência Nacional do Petróleo — ANP não cabe apenas observar as cláusulas constantes da minuta-padrão da ACCA/AIPN, possuindo, outrossim, um juízo avaliativo crítico para ponderá-la com outras práticas da indústria e para verificar se estão todas elas de acordo com a Lei do Petróleo.

Não poderá, reversamente, *ex vi* do art. 44, VI, da Lei do Petróleo, refutar a incorporação ao contrato de concessão de cláusulas que reflitam as "boas práticas internacionais da indústria do petróleo" tal como acima expostas, salvo se não houver, com base em qualquer juízo hermenêutico razoável de outros dispositivos da Lei do Petróleo e da Constituição Federal, espaço deixado para a Agência incorporá-las, seja na integração (complementação da Lei em pontos que não foram por ela especificamente tratados), seja na interpretação da Lei. Em outras palavras, as "boas práticas" só podem deixar de ser acolhidas nas concessões se forem contrárias à lei ou à Constituição.

Na verdade, sendo o contrato de concessão petrolífera um "acordo de desenvolvimento econômico"[26] e a cessão parcial asseguradora do dinamismo jurídico necessário para alcance desse objetivo desenvolvimentista, a relação entre ambos é muito mais de compatibilidade, de potencialização mútua, sendo, desde que impostos os requisitos necessários para a cessão, difícil de se imaginar caso concreto em que esse meio (cessão parcial) seja incompatível com aquele fim desenvolvimentista.

Como já havíamos afirmado em sede doutrinária,[27] hoje se tem a consciência de que, quanto mais o Direito conhecer o campo a ser regulado, mais chances terá de propiciar uma regulação eficiente e dotada de maior efetividade. Se a assertiva é correta de maneira geral, deve ser reforçada em relação à regulação da economia.

A economia, potencializando um fenômeno de dinamismo, de relativa imprevisibilidade e de tendências autonomizadoras, que sempre foram da sua própria essência, tem, nessas últimas décadas, de globalização e de internacionalização das fases da cadeia produtiva, feito com o que o Direito incorpore cada vez mais lógicas e códigos das atividades a serem reguladas.

Merece uma especial atenção, assim, a tecnicidade do marco regulatório das atividades petrolíferas, que desde o seu surgimento nos Estados Unidos foram se desenvolvendo de maneira empírica, que hoje poderia ser chamada de auto-regulada. Isso se refletiu na encampação de exigências técnicas e econômicas da Indústria por parte do marco regulatório estatal, "tecnicidade relacionada com a especificidade das atividades a serem disciplinadas, que necessitam de normas pontuais, remetidas à autonomia de órgãos técnicos, organizando setores específicos e assegurando a flexibilidade e a permeabilidade às exigências da sociedade econômica".[28]

26 Cf. BUCHEB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 11.

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ensaio de uma visão Autopoiética do Direito Administrativo, in *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, vol. 04.

28 COCOZZA, Francesco. *Profili di Diritto Costituzionale applicato all'Edconomia, Volume I (Incidenza dei Rapporti Economici sull'Organizzazione del Potere Politico e sul Sistema delle Fonti del Diritto)*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1999, p. 171.

A adoção, encampação e respeito às "boas práticas internacionais da indústria do petróleo" nos contratos de concessão da ANP, inclusive com vistas à "racionalização da produção" (art. 44, VI, Lei do Petróleo), constitui o meio por excelência eleito pela Lei para melhor atingir os seus objetivos fixados no art. 1° (proteção do interesse nacional, do desenvolvimento, do meio ambiente, dos consumidores, garantir o fornecimento nacional dos derivados do petróleo, atração de investimentos, ampliar a competitividade do País no mercado internacional, promover a concorrência, etc.).

Em relação aos preceitos legais que, a exemplo do art. 44, VI, da Lei do Petróleo, encampam práticas disseminadas entre os agentes de determinado setor econômico, são essenciais os ensinamentos de MARC TARRÉS VIVES[29], segundo os quais "a insuficiência do instrumental administrativo tradicional deve ser complementada mediante a implementação na regulação administrativa de fórmulas auto-regulativas que, considerando a sua legitimidade na consecução de interesses privados individuais ou coletivos, permitem a satisfação de finalidades públicas. (...) Há uma vontade de usar, como instrumento diretivo, os compromissos, meios e conhecimentos que esses agentes possuem com a finalidade de lograr a realização de fins públicos. Em outras palavras, a auto-regulação se integra na regulação. (...) A regulamentação tem, em boa medida, deixado de conter complexas prescrições técnicas — que em sua literalidade e ampla extensão consumiam páginas de Diário Oficial — para limitar-se a declarar uma cláusulas gerais, que encontram a sua concreção a partir da remissão por elas realizada, (...) o que não é nenhuma novidade".

Mais adiante leciona que "o uso desse tipo de expressões (como a de "boas práticas da indústria do petróleo") por parte das normas jurídicas demonstra uma renúncia explícita do Legislador à elaboração detalhada de regulamentações técnicas que, na verdade, poderiam tornar-se obsoletas pouco tampo após a sua publicação, devendo-se reconhecer também que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados com este objetivo constitui uma técnica legislativa amplamente adotada em áreas bem diversas, como a dos produtos industriais, das tecnologias da informação, meio ambiente, economia, etc."[30]

Tratando dos códigos de "boas práticas" dos agentes econômicos de determinado setor, o autor afirma que elas "condensam critérios normas e valores que são formulados e seguidos no marco de uma atividade empresarial ou profissional. Adverte M. DARNACULLETA que 'os códigos (de boas práticas) podem conter, não só uma relação de valores, como também uma descrição das condutas consideradas de acordo com tais valores e as condutas reprováveis por serem contrárias aos mesmos'."[31]

29 VIVES, Marc Tarrés. *Normas Técnicas y Ordenamiento Juridico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 172 e 253.

30 VIVES, Marc Tarrés. *Normas Técnicas y Ordenamiento Juridico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 274/5.

31 VIVES, Marc Tarrés. *Normas Técnicas y Ordenamiento Juridico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 237.

Assim, se a cessão parcial do contrato de concessão, tal como preconizada pelo consulente (cf. Tópico I supra), que implica no desmembramento do feixe de direitos originariamente pertinentes à concessão, constitui uma "boa prática internacional da indústria do petróleo" (art. 44, VI, Lei do Petróleo) e contribui para a atração de investimentos para o País, com benefícios para os consumidores e para a concorrência, tornando a licitação mais atraente, com o conseqüente aumento dos valores de outorga a serem ofertados, só poderia ser obstada se houvesse razões de interesse público fortes o suficiente, que só pudessem ser atendidas mediante a vedação, *tout court*, de tais cessões, o que não nos parece ser o caso, até porque a Agência Nacional do Petróleo — ANP manteria inteiro controle sobre o processo, com amplos poderes autorizativos e, de certa forma, até modificativos das cessões a serem efetuadas, impondo inclusive, no próprio contrato de concessão, os requisitos técnicos, jurídicos e econômicos que entender necessários para assegurar a incolumidade de outros interesses eventualmente envolvidos na questão.

É o Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37, *caput*, CF) que deve iluminar a aplicação das leis, para que ela não leve a uma consecução ineficiente ou menos eficiente dos objetivos legais primários daquele ordenamento setorial. As normas "passam a ter o seu critério de validade aferido não apenas em virtude da higidez do seu procedimento criador, como da sua aptidão para atender aos objetivos da política pública, além da sua capacidade de resolver os males que esta pretende combater".[32]

Também pelo Princípio da Proporcionalidade, em seus elementos "adequação" e "necessidade", não se poderia impor a adoção de meio (normalmente uma interpretação) inadequado ou desnecessariamente oneroso ao atingimento das finalidades legais.[33]

O modelo das normas jurídicas "hipótese de incidência sanção" continua a existir, mas não é mais o único nem o mais importante,[34] a ele tendo se somado o das normas jurídicas estruturadas pelo esquema "finalidades meios de alcance destas finalidades".[35] *In casu* temos as "boas práticas" como o meio geralmente mais

32 MORAND, Charles-Albert. *Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques*, LGDJ, Paris, 1999, p. 95.

33 "Em função do objetivo (do fim, da vontade do Legislador) a ser realizado (também com a participação dos privados: essencial também para uma melhor identificação dos interesses envolvidos), a Administração deve construir uma decisão concreta e operativa, que conserve o mais possível os bens pessoais não incompatíveis com o bem-direito de relevância pública e que satisfaça o maior número de interesses possível, satisfazendo, desta forma, o maior número de direitos fundamentais" (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), Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 45).

34 MORAND, Charles-Albert. *Le Droit Néo-Moderne des Politiques Publiques*, LGDJ, Paris, 1999, pp. 101/2.

35 Revelando a aplicação destas mudanças da Teoria Geral do Direito ao Direito Administrativo, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que a noção meramente subsuntiva ou "declaratória" do direito "é própria dos sistemas jurídicos *private law oriented*, ordenados pelo Direito Privado (próprio de uma época pré-industrial e agrícola), que permite que se considere o direito como um

eficiente e menos oneroso, para a União e para particulares, de realização dos objetivos da Lei do Petróleo.[36]

III — O objeto da concessão petrolífera

Toda matéria jurídica deve ser sempre enfocada sob o prisma da Constituição, sofrendo a necessária filtragem constitucional, que em maior ou menor medida constitucionaliza todos os ramos do Direito.[37] No Direito do Petróleo, esta imposição hermêutica é ainda mais forte, uma vez que a Constituição Brasileira de 1988 já disciplina *de per se* uma série de aspectos concernentes ao petróleo, chegando até mesmo a entrar em algumas minúcias da concessão de exploração de suas jazidas.

As jazidas são propriedade distinta da do solo por força do art. 176, *caput*, do texto maior.[38] O solo, por força do Código Civil, compreende espaço aéreo e subsolo correspondentes. Entretanto, a Constituição preceitua que, havendo solo e subsolo com jazida, está é objeto de direito distinto do objeto de direito denominado solo.

Com objeto diverso, há ainda a norma do art. 177, I, que institui o monopólio da *exploração* da jazida de petróleo para a União.

sistema fechado de conceitos, próprio de uma sociedade estática, mas que é inconciliável com a época atual de proliferação e predomínio do Direito Público, que exige que vejamos o Direito como um processo aberto em função de finalidades e objetivos a alcançar; o Direito Público — acresce — é um processo sem fim, uma indefinida sucessão de soluções parciais a questões políticas" (ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, pp. 181/2).

36 "A interpretação da norma é obviamente finalizada à aplicação a uma realidade delimitada e circunscrita. Quem decide, sobretudo na fase de emissão da decisão, deve colher na norma, prioritariamente, os objetivos das leis, os fins, a vontade do legislador. Os bens que a norma quis proteger e, portanto, o resultado que quis alcançar; devendo-se distinguir, portanto, no interior da norma, aquilo que é verdadeiramente finalístico (bens a serem protegidos, males a serem evitados) dos outros componentes (meios, instrumentos, formas) correspondentes aos vários planos da realidade reproduzida e sintetizada pela norma" (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), Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 44/5).

37 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1999.

38 O art. 176 é a norma geral do Direito Minerário, enquanto o art. 177 é a regra especial desse ramo do Direito em relação a um dos seus produtos — o petróleo. Assim, as duas devem ser aplicadas conjuntamente, observada a especialidade desta, razão pela qual prevalecerá sobre dispositivos do art. 176 sempre que possuir regra específica preceituando em sentido diverso. No caso da segunda parte do § 3° do art. 176, como não há qualquer regra específica no art. 177 sobre a cessão das concessões, aplica-se aquela integralmente. Note-se ainda que as discussões bio-químicas existentes a respeito da classificação ou não do petróleo entre os minerais tornam-se irrelevantes do ponto de vista jurídico, considerando o tratamento unitário sempre dado pelo Legislador e pelo Constituinte brasileiros. Sobre o tema, ver RUY BARBOSA, Alfredo. A Natureza Jurídica da Concessão Minerária, in *Direito Minerário Aplicado*, Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, pp. 92 a 95.

Essa fixação conceitual tem grande valia pela continuação do *caput* do art. 176 da Constituição Federal, que diz que estas coisas (as jazidas), em sentido jurídico, "*pertencem* à União". Ou seja, a jazida é objeto de direito de *propriedade* (direito real público, em emprego estrito e técnico do vocábulo "propriedade") do sujeito denominado União. O que se defere ao concessionário é o direito de propriedade do *produto da lavra*, a qual é onticamente uma atividade, que não se identifica com a jazida, que, nos termos da lei é "reservatório ou depósito já identificado e possível de ser posto em produção" (art. 6°, XI da Lei n° 9.478/97). Trata-se de norma (art. 176, *caput, in fine*) atributiva de direito sobre produto percebido, análoga às normas que determinam direitos de propriedade sobre frutos percebidos.

O dispositivo é complementado, em matéria de petróleo, gás natural e hidrocarbonetos fluidos, pelo art. 177, que dispõe ser monopólio da União a *sua pesquisa e a sua exploração através da lavra* (art. 177, I).

A primeira norma comentada (art. 176, CF) separa a *jazida* do *solo*, imputando-a ao patrimônio da União, fazendo com que constitua bem público *de per se*. No art. 177, I, a Constituição afirma que a União, em regime de monopólio, ou seja, como a única agente legitimada a exercitar a atividade no cenário econômico, pode *explorar* aquele bem que é seu, podendo apenas delegar o seu exercício a particulares mediante contrato de concessão (art. 176, § 1°, e 177, § 1°). Em outras palavras, o bem (a jazida) é sempre da União; a atividade de sua exploração também o é, podendo, no entanto, ser concedida a particulares.

Comentando o dispositivo, CELSO RIBEIRO BASTOS denota que "as jazidas são concentrações de minério em determinada área. Quando se tornam objeto de exploração ganham o nome de mina. Assim sendo, por força do mero contrato de concessão de exploração, o concessionário vai adquirindo o domínio do produto da sua atividade mineralógica, na medida em que o mineral for se desprendendo e deslocando-se do local de origem. Enquanto, portanto, não objeto de lavra, os minerais continuam no domínio da União, nada obstante a concessão de sua exploração. Em conseqüência continuam impenhoráveis e inalienáveis, enquanto em aderência à jazida".[39]

Foi a Emenda Constitucional n° 9/95 que, em relação ao petróleo, permitiu a contratação de outros agentes para exercer esta atividade configurada antes como monopólio indelegável. Trata-se, portanto, de matéria contratual obrigacional, não de matéria respeitante à titularidade da jazida. Só a União é proprietária da jazida, do bloco e da plataforma continental, mesmo que conceda a outros o poder de, através do contrato de concessão, exercer a atividade de lavra. Estrutura-se apenas e tão somente uma rede de contratos com vistas a que outro ente privado exerça (delegação do mero exercício da atividade), nos termos destes, a atividade que é monopólio da União, tanto que essas concessões são chamadas de "concessões industriais".[40]

39 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, Saraiva, São Paulo, 2000, 7° Volume, 2ª edição, p. 127.

40 "A maior abrangência e expansão da atividade administrativa do Estado contribuiu para o enriquecimento da idéia concessional. Foi necessária a inclusão neste conceito de novas atividades

As assertivas são escorreitas, quer se considere as jazidas (arts. 20, IX, e 176, CF), quer os blocos, já que ambos são bens públicos da União (art. 20, V e VI), considerando que os blocos geralmente se localizam no mar territorial. Note-se que quando os blocos não se localizarem em bens da União restará ainda mais evidente que não são eles o objeto da licitação promovida pela ANP, já que, do contrário, esta estaria licitando bem privado!

Nesta senda, andou bem o contrato de concessão da Sexta Rodada de Licitações, que, seguindo o modelo já empregado para as rodadas anteriores, identifica o objeto da licitação em sua Cláusula Segunda ("Objeto"), 2.1, da seguinte forma:

> "*Este Contrato tem por objeto a execução, pelo Concessionário, das Operações especificadas no ANEXO II — Programa de Trabalho e Investimento, e qualquer outra atividade adicional de Exploração que o Concessionário possa decidir realizar dentro de cada Bloco integrante da Área da Concessão, visando a permitir que Petróleo e Gás Natural sejam produzidos em condições econômicas na Área da Concessão, e no caso de qualquer Descoberta, a Avaliação, o Desenvolvimento e a Produção dos Hidrocarbonetos pertinentes, tudo nos termos aqui definidos*".

Este direito de exploração, em vista de não ter por objeto *parte física*, mas incidir sobre ela apenas mediatamente, isto é, nos termos em que o próprietário-monopolista permite e concede parcela do poder de fruição, faz com que seja juridicamente inimaginável a existência de concessão de bloco em sentido próprio, até porque será apenas de uma ínfima parte do bloco — a jazida, se vier a ser encontrada — que se poderá extrair os bens visados pelo concessionário.

A plataforma continental não é alienável, como não é alienável a jazida nem o bloco, que nos termos da Lei do Petróleo é "*parte de uma bacia sedimentar, formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices, onde são desenvolvidas atividades de exploração ou produção de petróleo e gás natural*" (art. 6°, XIII da Lei n° 9.478/97). Aliás, está o art. 3° a lembrar a *pertinência* à União (=titularidade, propriedade) dos depósitos de petróleo, gás e hidrocarbonetos. O bem, a coisa, é da União, e sempre o será, até a exploração regularmente desempenhada, momento em que a Constituição garante ao concessionário a *propriedade do produto da lavra*, mas não direitos sobre o bloco (art. 176, *caput*).

Realidade jurídica distinta da coisa (do bloco, da área, etc.) é a conduta, o comportamento, a atividade. Esta, em matéria de petróleo, é configurada como

que não cabem dentro da tradicional concessão de serviço público. Nasce desta forma a moderna concessão industrial. (...) A extensão da atividade da Administração até o campo econômico atribuído inicialmente apenas aos particulares, rompe com a estrutura tradicional" (FRANCO, Gladys Vasquez. *La Concesión Administrativa de servicio público*, Ed. Temis, Bogotá, 1991, p. 50, grifamos). A mesma nomenclatura já havia sido por nós adotada em ARAGÃO. Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, item XI.4.2.

monopólio da União, embora se permita, mediante autorização ou concessão, exercício por ente privado deste direito de exploração. Quando se concede, ainda que, coloquialmente, se diga estar a "conceder blocos", não se deve interpretar, por óbvio, que se transfere a coisa (bloco ou jazida), porque esta é bem público. O que se está a transferir é o direito de explorar a atividade correspectiva, o direito de lavra e o direito de prospecção, o que só pode ser efetuado mediante contrato celebrado com a Administração Pública.

Não há, repise-se, a favor do concessionário, direito real ou pessoal sobre o bloco, apenas direito de explorar atividade econômica. Evidente que, para bem desempenhá-lo, ele, o concessionário está tutelado por meios que permitam materialmente o contato com a coisa. Mas não é a coisa, seja ela chamada de bloco, área, jazida ou elemento, o que se está a conceder. Está-se, no plano obrigacional, outorgando direito de exercer atividade econômica (art. 5° da Lei n° 9.478/97). Os direitos de atividade são direitos decorrentes de contratos de meio, que se relacionam a comportamento, a conduta, e não a coisa. Embora essa seja pressuposto da existência da concessão, não se pode dizer em absoluto ser seu objeto.

O que há são áreas de concessão por facilidade operacional e mercadológica das licitações, o que fica claro no art. 8°, II, da Lei do Petróleo, ao dispor que "*cabe à ANP promover estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão das atividades de exploração, desenvolvimento e produção*", e no parágrafo único do art. 23, normas meramente atributivas de competência, não de definição material de institutos,[41] que dá à ANP a competência de "*definir os blocos a serem objeto de contratos de concessão*".

Quanto ao dispositivo por último citado, e outros eventualmente existentes que se refiram ao bloco como o "objeto" da licitação ou da concessão, não há maior relevância, já que só são compatíveis com a Constituição se a expressão for tomada, naturalmente, em seu sentido vulgar ou coloquial,[42] da mesma forma que às vezes os agentes do mercado e a imprensa se referem a "ganhou o bloco *x* ou *y*", que determinada empresa "ficou com a maioria dos blocos", etc.,[43] o que, de forma alguma corresponde à realidade jurídica do negócio realizado entre a ANP e o concessionário.

Assim, quando o contrato da ANP, na cláusula 2.1, diz que o seu objeto é a execução de operação e de atividade, ainda que o procedimento licitatório, por razões de conveniência e oportunidade, divida a área da execução em blocos, *nem por isso*

41 A norma não tem sentido legal fixador do conceito do contrato e do objeto do contrato em análise.

42 Além disso, a respeito da pobreza da interpretação meramente literal vale a pena citar a espirituosa passagem de voto proferido pelo MIN. LUIZ GALLOTI: "De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Cléia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso" (*apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1996, p. 120).

43 No caso do parágrafo único do art. 23, a assertiva é ainda mais evidente, uma vez que o objeto de qualquer licitação é sempre a celebração de determinado contrato.

está a se conceder blocos. Trata-se de outorgar a transferência de direitos de execução de atividades de exploração, de direito pertinente a exercício de empresa, o qual não tem por objeto coisa, mas comportamento, e vincula concedente e concessionário nos termos do minucioso clausulado contratual.

Embora o nome do contrato nunca seja decisivo para qualificação de seu objeto, é claramente forte indício da operação econômica subjacente. E está *in casu* nominado como "Contrato de Concessão para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural". Não se trata de contrato de outorga de blocos, de área, mas de outorga de direitos de explorar, direitos estes que têm por sujeito passivo a União monopolista, através da Agência Nacional do Petróleo, que concede direito de exercício de atividade que é sua. A peculiaridade da atividade é que exige circunscrição espacial fisicamente delimitada para poder ser exercida, já que seria de difícil operacionalização, por exemplo, uma concessão de explorar todas as jazidas de gás com determinadas características existentes no País. Diferentemente de outras atividades econômicas, é de conveniência quase indispensável que os direitos oriundos destes contratos, praticados neste setor de mercado, se refiram a alguma base física, numa tensão para o concreto.

A assertiva, pela qual a área física representa apenas a delimitação das possibilidades do exercício dos direitos de exploração, estes sim objeto da concessão, demonstra-se ainda mais óbvia se lembrarmos que, na fase da produção (produção esta que é o objetivo do contrato) as áreas efetivamente retidas para a produção são apenas pequeníssimas parcelas do bloco, apenas o suficiente para a extração do petróleo ou gás existentes na jazida.

E mais, "a própria Lei do Petróleo e o contrato de Concessão estabelecem hipóteses em que a área inicialmente determinada como bloco será modificada com o decorrer do tempo — são os casos, por exemplo, das devoluções de parte do bloco ao término de cada etapa da fase exploratória nos contratos até a 4ª rodada de licitações e também da retenção de parte de área onde se procederá ao desenvolvimento da produção quando se passa à fase de produção, momento em que já não há que se falar em bloco".[44]

IV — A natureza jurídica da concessão petrolífera

Há grande discussão sobre a natureza jurídica dos contratos que dão aos particulares o direito de exploração de monopólios públicos, que normalmente são denominados de concessão da exploração de atividades econômicas ou de bens públicos dominicais monopolizados pela União.[45]

44 BARROUIN, Renata. *Divisibilidade da área de Concessão*, trabalho ainda inédito, em mímeo gentilmente cedido pela autora.

45 Francisco López Menudoqualifica as concessões de recursos hídricos como concessões dominicais (*La concesión de aguas públicas y sus posibles modificaciones*, Revista Española de Derecho Administrativo, vol. 73, versão CD-ROM).

Preliminarmente, há de se destacar que nossa Constituição em alguns casos estabelece que alguns bens são monopolizados pelo Estado, no sentido de que apenas ele pode ser seu proprietário (ex., os recursos minerais em geral, cuja propriedade é da União, que, todavia, não monopoliza a sua exploração — art. 176), e em outros, atribui com exclusividade ao Estado não apenas a propriedade do bem como a sua exploração (o caso do petróleo — art. 176 c/c art. 177).

Vemos, assim, que "os bens públicos não são só suscetíveis de uso (ou aproveitamento), mas também de gestão ou exploração econômica por alguém que toma o lugar da pessoa coletiva de direito público. Embora relacionadas com um bem público, o que caracteriza as concessões de exploração do domínio público é a atribuição do direito de exercer uma actividade que a lei reservou para a Administração: o que está em causa não é a utilização do bem, mas a actividade de o explorar ou gerir".[46]

Como advertido por GASPAR ARIÑO ORTIZ, não podemos inferir da nomenclatura de "concessão" a caracterização da atividade econômica *stricto sensu* monopolizada como serviço público: "a simples denominação como tal ou a exigência de concessão para determinadas atividades agrícolas, industriais ou comerciais (...) não corresponde necessariamente à existência de um verdadeiro serviço público".[47]

Para regular esta transferência de gestão econômica das jazidas de petróleo e gás, a ANP tem poderes determinados mais pelo conteúdo da sua respectiva lei criadora do que pela natureza jurídica dos contratos por elas celebrados, que é conseqüência e não causa da disciplina de direito positivo, até mesmo porque a diferença entre o que é de direito privado e o que é de direito público é cada vez mais relativa, havendo contratos tradicionalmente considerados como sendo de direito público com um sem-número de resguardos dos interesses da partes privadas, e contratos de direito privado sujeitos a uma forte regulação estatal.[48]

46 GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos, Ed. Almedina, Coimbra, 1999, p. 93.

47 ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 488.

48 Em obra já considerada como um dos recentes clássicos do Direito Público, Maria João Estorninho observa que "a idéia da "exorbitância dos poderes que a Administração é dotada nos contratos que celebra foi, em grande medida, devida ao facto de que o Direito Privado utilizado como ponto de comparação ser ainda, na época, o Direito clássico de inspiração novecentista. Esse direito contratual do séc. XIX caracterizava-se por partir de premissas individualistas, tais como a liberdade contratual e a igualdade jurídica das partes. Entendidas de uma forma absoluta, essas premissas giravam em torno da idéia fundamental de autonomia privada e eram, de facto, incompatíveis com situações de domínio de uma das partes num contrato. À luz desses cânones tradicionais do Direito contratual privado era, na realidade, impensável que uma das partes pudesse ditar a seu bel-prazer a interpretação das cláusulas contratuais ou qualquer modificação à sua redação inicial. Quão longe estão essas concepções iniciais acerca da autonomia privada! Ao longo do séc. XX, a disciplina dos contratos sofreu as mais profundas transformações, verificando-se quer o alargamento da intervenção do Estado na própria área contratual quer, por outro lado, o aparecimento de novos contratos e de situações de desequilíbrio entre as partes e de predomínio de uma delas. Cresceu o número de normas imperativas destinadas a proteger a situação da parte considerada mais fraca e,

O que importa são os poderes concretamente conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração, não uma classificação etérea da natureza do contrato. Assim, por um lado, não há um poder exorbitante genérico da Administração sobre os contratos ditos "de direito público", e, por outro, os contratos "de direito privado" celebrados pelo Estado ficam embebidos das cláusulas exorbitantes que a lei lhe atribuir.

A atenção deve ser centrada, portanto, na disciplina legal setorialmente atribuída ao contrato de concessão de exploração da atividade econômica petrolífera.

Valem ser citadas as pertinentes lições de CARLOS ARI SUNFELD, que já deveriam ser um truísmo na doutrina publicista nacional, segundo as quais "simplesmente não faz sentido, na atualidade, supor que as respostas a muitas dúvidas cruciais (ex.: Pode-se negar o serviço a consumidor inadimplente? Pode haver liberdade para o próprio prestador determinar seu preço? Há responsabilidade do Estado em virtude dos danos gerados pela execução de serviços por empresa autorizada?) serão encontradas por meio da operação simplista de identificar o caráter público ou privado do serviço em causa, que teria o mágico condão de determinar a aplicabilidade de um regime jurídico geral. Daí a mudança total de enfoque. Não se cuida mais de discutir o caráter público ou privado de certo serviço, mas sim de identificar como ele é regulado pelo Estado no tocante ao aspecto tal ou qual".[49]

Tradicionalmente, os contratos pelos quais a Administração Pública assente o exercício de atividade econômica monopolizada por particulares são denominados de concessões — não de serviços públicos —, mas concessões industriais ou econômicas.

A natureza jurídica privada ou pública destas concessões não é pacífica: por um lado, como têm por objeto atividade econômica, seriam de Direito Privado; por outro, como dizem respeito a atividades ou bens que são monopolizados pelo Poder Público por razões estratégicas ou fiscais afinadas com o interesse público definido constitucionalmente, exigem uma disciplina publicística.

Distinguindo as concessões de serviços públicos das concessões industriais, ANDRÉ DE LAUBADÈRE afirma que, "a despeito desta intervenção do Estado na atividade do particular e da utilização do termo 'concessão', este instituto é totalmente diferente da concessão de serviço público: a atividade sobre a qual incide é

por outro lado, destinadas a tutelar valores que passaram a ser encarados como sendo interesses de ordem pública. O contrato deixa de ser considerado apenas como expressão da autonomia privada e passa a ser visto também como 'um instrumento de cooperação entre as pessoas, no plano dos valores que o Direito é chamado a servir'. Nesta medida, a lei passa a colaborar activa e permanentemente com a vontade das partes podendo mesmo afirmar-se que a vontade dos contraentes e a lei passam a integrar, em estreita união, "o todo incindível que é a disciplina do contrato" (ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*, Ed. Almedina, Coimbra, 1990, pp. 140 e 141).

49 SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*, constante da obra coletiva Direito Administrativo Econômico, coordenada por Carlos Ari Sundfeld, Ed. Malheiros, São Paulo, 2000, p. 03).

uma atividade privada, submetida não ao regime de serviço público, mas àquele do direito privado, sob reserva das infiltrações de direito público".[50]

No mesmo sentido pronunciou-se GLADYS VÁSQUEZ FRANCO, valendo-se das lições de VILLAR PALASI: "A maior abrangência e expansão da atividade administrativa do Estado contribuiu para o enriquecimento da idéia concessional. Foi necessária a inclusão neste conceito de novas atividades que não cabem dentro da tradicional concessão de serviço público. Nasce desta forma a moderna concessão industrial. (...) A extensão da atividade da Administração até o campo econômico atribuído inicialmente apenas aos particulares, rompe com a estrutura tradicional".[51]

Na esteira dessa doutrina, entendemos que as concessões petrolíferas, como não visam à delegação de serviços públicos, mas sim de atividades econômicas monopolizadas pelo Estado, são, em linhas gerais, de Direito Privado,[52] o que, obviamente, não impede que a sua lei ou, dentro dos parâmteros vistos nos Tópico I e II supra, o próprio contrato, prevejam obrigações e poderes publicistas, como, por exemplo, a obrigação de reversão dos bens empregados na exploração do petróleo ou do gás natural prevista no art. 43, VI, da Lei do Petróleo.

O que não é de qualquer forma admissível é se presumir e inferir de uma suposta e ao nosso ver inexistente natureza jurídica de Direito Público do contrato de concessão petrolífera, prerrogativas administrativas e sujeições do concessionário não previstas no marco regulatório, que decorreriam automatica e implicitamente apenas de tal natureza do contrato.[53]

Também não é possível, por outro lado, refutar normas de ordem pública ou de dirigismo reegulatório pela mera invocação da natureza jurídica de Direito Privado dessa concessão, normas que, contudo, deverão, naturalmente, observar os três elementos do Princípio da Proporcionalidade e os Princípios da Subsidiariedade e da Eficiência.[54]

50 LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*, Ed. LGDJ, 15ª ed., Paris, 1995, p. 289.

51 FRANCO, Gladys Vasquez. *La Concesión Administrativa de servicio público*, Ed. Temis, Bogotá, 1991, p. 50.

52 Em sentido contrário, mas ainda antes da flexibilização do monopólio estatal do petróleo, entendendo tratar-se de contrato de direito público, Caio Tácito, *Permissão de Refino de Petróleo*, constante da obra Temas de Direito Público, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 1617 a 1631. Segundo Paulo Valois (A evolução do Monopólio Estatal do Petróleo, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 134), "a doutrina se posiciona das mais variadas formas, desse modo, há quem diga que o referido contrato tem natureza de: concessão de serviços públicos, serviços de utilidade pública, exploração de bem público, acordo de desenvolvimento econômico, de exploração de atividade econômica e até de relação regida pelo Direito Internacional".

53 A especulação de parte da doutrina acerca da natureza jurídica de um contrato não pode, obviamente, ser em nosso Direito fonte autônoma de obrigações sem esteio legislativo, devendo a Administração Pública se abster de encampar de forma parcial uma dessas posições doutrinárias para, sem previsão legal, aumentar o feixe de seus poderes.

54 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico*, publicado no Volume 223 da Revista de Direito Administrativo — RDA.

V — A cessão da concessão

Constituindo a posição contratual um feixe de diretos e obrigações inerentes ao negócio jurídico, integra ela o patrimônio das suas duas partes originárias, de maneira que, *ex vi* dos direitos fundamentais da propriedade privada e da livre iniciativa,[55] podem ser (os referidos direitos e obrigações) objeto de disposição, no todo ou em parte, pelos respectivos titulares.[56]

Como afirma GASPAR ARIÑO ORTIZ[57] o direito de livre iniciativa, além de possuir existência autônoma ("sem liberdade, ainda que exista propriedade, não pode existir empresa, mas apenas organização burocrática, estatal ou não"), também é expressão dos direitos de propriedade, de livre escolha da profissão ou ofício, do direito ao trabalho, da liberdade de circulação de bens e pessoas, da liberdade contratual e da dignidade da pessoa humana, por propiciar o "livre desenvolvimento da personalidade".

Hoje, a nossa jurisprudência é tranqüila em admitir o instituto da cessão de contratos, especialmente de cessões parciais: "A celebração entre as partes de cessão de posição contratual, que englobou créditos e débitos, (...) é lícita, pois o ordenamento jurídico não coíbe a cessão de contrato, que pode ou não englobar todos os direitos e obrigações pretéritos, presentes ou futuros" (STJ, RESP nº 356383/São Paulo).

Nos contratos celebrados pela Administração Pública, a posição contratual alcançada pelo co-contratante privado, via de regra por licitação, também é um dado patrimonial que, tal como se dá na Teoria Geral dos Contratos, é, em princípio, apto a ser negociado por seu titular, observados, naturalmente, os condicionamentos legais e a não violação do interesse público visado pelo contrato.

Foi por essas razões que as leis regentes dos contratos celebrados pela Administração Pública, buscando conciliar a preservação do interesse público com o direito patrimonial do particular em relação à sua posição contratual, expressamente admitiram a cessão, total ou parcial, dos contratos, desde que prevista no edital (aí

55 "O direito de livre iniciativa econômica privada é considerado como um autêntico direito fundamental e de um modo autônomo, sem ser colocado na dependência de um outro direito fundamental. Efetivamente, ele foi transferido para o domínio dos direitos fundamentais muito embora de conteúdo econômico, deixando a Constituição de o encarar como um mero princípio objetivo de organização econômica (...) Deve ter-se presente que o texto constitucional o consagra como um direito à não intromissão do Estado, um direito contra o Estado, pois que pode exercer-se livremente" (MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Económico*, Coimbra Editora, 2ª ed., 1988, pp. 140/1).

56 A cessão contratual é instituto apenas recentemente explicitado em alguns códigos civis, o que não quer dizer, contudo, que o instituto não seja já há muito aceito pela doutrina e jurisprudência dos mais diversos países, sendo definido por JOSÉ NAUFEL como "o ato pelo qual uma pessoa transfere para outrem um ou mais direitos de que é titular" (Cf. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*, José Konfino Editor, 2a edição, Rio de Janeiro, 1959, I/ 316-317).

57 ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 212/3.

incluso, obviamente, a minuta de contrato a ele anexa) e atendidos os requisitos que assegurem a sua fiel execução.

O art. 78, VI, da Lei nº 8.666/93 — Lei Geral de licitações e Contratos Administrativos —, de aplicação subsidiária a todos os setores da Administração Pública que possuam legislação específica, dispõe: *Art. 78. Constituem motivo para a rescisão do contrato: VI — a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contrato com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, a cisão ou a incorporação, não admitidas no edital e no contrato.*

Como o artigo está vedando a cessão total ou parcial do contrato que não estiver autorizada no edital, que constituiria, assim, motivo de rescisão contratual por culpa do contratado, está, *a contrario sensu*, claramente admitindo a cessão, desde que prevista no edital.

Também a Lei nº 8.987/95 — Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos — prevê, em seu art. 27, a possibilidade da transferência, genericamente considerada, das concessões de serviços públicos, desde que verificado o atendimento das condições necessárias e obtida a prévia anuência do Poder Concedente.

Ora, apesar de as concessões petrolíferas não se identificarem com as concessões de serviços públicos,[58] o dispositivo legal é relevante para a análise da questão do ponto de vista sistemático, já que, entre as atividades que podem ser exercidas por particulares mediante contratos com a Administração Pública, os serviços públicos são justamente as atividades de maior sensibilidade para a coletividade,[59] essenciais que são para a dignidade da pessoa humana e insuscetíveis de sofrer solução de continuidade em sua prestação.

Ora, se em tais atividades, de tal essencialidade para o interesse público, a cessão contratual é, com as necessárias cautelas, admitida, por que não o haveria de ser em se tratando de concessão de atividades econômicas *stricto sensu*, em que sequer a obrigação de continuidade está presente, estando o concessionário inclusive livre para, em uma forte demonstração da natureza de Direito Privado desse contrato, a qualquer momento "devolver" a concessão.[60]

58 Cf. Tópico anterior. V. também o nosso *As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP*, publicado no Volume 228 da Revista de Direito Administrativo — RDA.

59 O conceito de Léon Duguit para serviço público é ainda hoje um dos mais aceitos: "É toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só pode ser assegurado plenamente pela intervenção da força governante. (...) Dizer que um serviço é um serviço público, quer dizer que este serviço é organizado pelos governantes, que funciona sob a sua intervenção, devendo eles assegurarem o seu funcionamento sem interrupção", ainda que, acresce o autor, não sejam geridos pelo Estado, mas sim por entidades descentralizadas da sua Administração Indireta ou delegatários privados através do instituto da concessão (Cf. DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Generales del Derecho* [trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén], Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2001, pp. 37, 39 e 40).

60 Cláusula 8.5 do Contrato de Concessão: "*A qualquer tempo durante a Fase de Produção, o Concessionário poderá resilir este Contrato com relação a qualquer Campo (ou a todos os Campos), mediante notificação por escrito à ANP. O Concessionário não interromperá ou suspen-*

Há alguns administrativistas que consideram as cessões de contratos administrativos inconstitucionais por violarem a regra da licitação ao permitirem que uma empresa, distinta da que ganhou o certame, assuma o contrato que foi licitado. Para estes autores, as leis que admitem a cessão, ainda que exijam a previsão editalícia, são inconstitucionais.[61] Pela mesma razão, JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR,[62] um pouco menos radical, sustenta que apenas as cessões parciais seriam admissíveis.

Todavia, para a doutrina largamente dominante,[63] as cessões, totais ou parciais, de contratos celebrados com a Administração Pública são constitucionais, desde que previstas no edital e no contrato, pelas razões que podem ser sistematizadas e condensadas da seguinte forma:

1. A licitação já incidiu sobre o contrato, que continua sendo o mesmo, apenas total ou parcialmente titularizado por um outro sujeito. Na cessão há saída de parte com entrada de outra. Ocorre, substancialmente, uma modificação da parte contratual, sem modificação da estrutura da relação jurídica em outro elemento que não seja o subjetivo. Os direitos e obrigações ficam inalterados quanto ao conteúdo, apenas sofrendo modificação de titularidade.
2. Como a possibilidade de cessão já deve estar prevista no edital, ela integra o conjunto de posições contratuais que foram licitadas, tendo inclusive valorizado o contrato a ser licitado e, conseqüentemente, aumentado o valor das ofertas apresentadas. Em outras palavras, o direito de fazer a cessão também foi licitado originariamente. É por isso, que "a previsão no instrumento convocatório e no contrato é indispensável, pois os licitantes devem participar do certame em condições de igualdade".[64]
3. O chamado caráter *intuitu personae* dos contratos celebrados pela Administração Pública diz respeito à necessidade de atendimento de determinados requisitos objetivos, independentemente do sujeito que os atenda.

derá a Produção comprometida nos Programas de Produção do(s) Campo(s) ou Áreas de Desenvolvimento em questão durante um período mínimo de 180 (cento e oitenta) dias contados a partir da data da notificação".

61 *Verbi gratia*, MUKAI, Toshio. Lacunas, Imperfeições, Inconstitucionalidades e Más Interpretações Relativas à Lei nº 8.666/93, in *Boletim de licitações e Contratos* nº 1/99, p. 07; e FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Licitações e Contratos na Administração Pública*, EDIPRO, São Paulo, 1994, p. 259.

62 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das Licitações e Contratos Administrativos*, 4ª edição, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, p. 513.

63 *Verbi gratia*, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 13ª edição, Ed. ATLAS, São Paulo, 2001, pp. 247/8; JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 5ª edição, Ed. Dialética, São Paulo, 1998, p. 86; WALD, Arnold *et alli. O Direito de Parrceria e a Lei de Concessões*, 2ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 391 e segs.

64 SOBRAL, Izabel. *Curso Avançado de Licitações e Contratos Públicos* (coord. Toshio Mukai), Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2000, p. 223.

Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, "diz-se que o contrato administrativo é pactuado *intuitu personae* para indicar um fenômeno jurídico específico. Significa que o preenchimento de certos requisitos ou exigências foi fundamental para a Administração escolher um certo particular para contratar. Porém, esses requisitos têm de ser objetivamente definidos, como regra. Excetuadas certas contratações muito peculiares (como a de artistas), a regra é o Estado estabelecer exigências objetivas, racionais e impessoais para seleção do particular. Um contrato administrativo *intuitu personae* no mesmo sentido do Direito Privado infringiria o princípio da Impessoalidade. Para o Estado é indiferente a personalidade psicológica do particular. O que é fundamental é contratar alguém que, objetivamente, caracteriza-se como idôneo".[65]

A cessão de contratos é, pois, perfeitamente possível, não violando a regra da licitação, desde que prevista no respectivo edital, nem tampouco o caráter *intuitu personae* da contratação administrativa, desde que o cessionário atenda, pelo menos com a mesma intensidade do cedente, às condições objetivas e subjetivas necessárias à execução do contrato.[66]

São, portanto, estes dois requisitos — prévia admissibilidade pelo edital de licitação e idoneidade para cumprir o contrato — que irão legitimar a cessão contratual, total ou parcial.

Quanto à cessão das concessões petrolíferas e minerárias em geral, a Constituição Federal é expressa em admiti-la no § 3° do art. 176:[67]

65 JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços* Públicos, Ed. Dialética, São Paulo, 1997, p. 51. Também CARLOS ARI SUNDFELD afirma que o caráter *intuitu personae* da contratação administrativa é bastante diverso da idéia de contratos personalíssimos oriunda do Direito Civil (ex., contrato com artistas, com escritores famosos, em que o objeto é indissociável do seu autor), surgindo apenas como "modo de impedir que a transmissão das obrigações contratuais a sujeito diverso diminua ou elimine as garantias obtidas no processo de formação do pacto" (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*, 2ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 1995, pp. 254/5).

66 Esse também tem sido o pacífico entendimento do TCU, sendo que em alguns casos ele chega até mesmo a considerar a cessão como uma imposição do interesse público, verbi gratia: "no presente caso o interesse público aponta para a cessão do contrato, a fim de que fosse garantida a execução da avença" (Processos n° TC-275.294/1996-0 e apensos). Nas Decisões n° 165/2001 — 2ª Câmara e no Acórdão n° 105/2001 — Plenário, o Tribunal expressamente acolheu a cessão, total ou parcial, com base na seguinte justificativa: "A cessão ou sub-rogação do contrato está amparada no inciso VI do art. 78 da Lei n° 8.666/93. A Lei apenas ressalva que deverá constar do Edital e do Contrato a autorização para o termo de cessão ou transferência".

67 O art. 176 é a norma geral do Direito Minerário, enquanto o art. 177 é a regra especial desse ramo do Direito em relação a um dos seus produtos — o petróleo. Assim, as duas devem ser aplicadas conjuntamente, observada a especialidade desta, razão pela qual prevalecerá sobre dispositivos do art. 176 sempre que possuir regra específica preceituando em sentido diverso. No caso da segunda parte do § 3° do art. 176, como não há qualquer regra específica no art. 177 sobre a cessão das concessões, aplica-se aquela integralmente. Note-se ainda que as discussões bio-químicas existentes a respeito da classificação ou não do petróleo entre os minerais tornam-se irrelevantes do ponto de vista jurídico, considerando o tratamento unitário sempre dado pelo Legislador e pelo Constituinte brasileiros. Sobre o tema, ver RUY BARBOSA, Alfredo. *A Natureza Jurídica da*

§ 3º — A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

A possibilidade da cessão, total ou parcial, das concessões de exploração de jazidas, foi, em razão das necessidades econômicas existentes no setor, consideradas tão relevantes pelo Constituinte, que ele entendeu por bem regulá-la especificamente no próprio corpo do Texto Maior, para vedá-la apenas no caso em que não haja a prévia anuência do poder concedente. Com isso, o art. 176, § 3º, CF, em norma originariamente auto-aplicável,[68] constitucionalizou o direito de os concessionários petrolíferos cederem, tanto total, como parcialmente, os seus respectivos contratos de concessão.[69]

Deste modo, vencida uma licitação visando a concessão de exploração, os direitos dela decorrentes são, inclusive por força constitucional, sempre divisíveis e cessionáveis, no todo ou em parte, porque o concessionário não é proprietário do bloco, não é usufrutuário do bloco, mas apenas e tão somente *titular do feixe de direitos de explorá-lo*, direitos esses que são o objeto próprio do contrato de concessão. A concessão é uma legitimação para exercício de atividade, o que se denomina de norma atributiva, por oposição à norma proibitiva (de ser proprietário, diretamente, da jazida)[70].

MASSIMO SEVERO GIANNINI aponta para a caracterização central do contrato de concessão, que entende ser a legitimação para exercício de atividade: "Segundo a tese prevalente, o regime de concessão não incidiria sobre o direito de empresa, mas sobre o exercício deste; a tese é de duvidoso fundamento e é preferível, portanto, concentrar-se em que este incida sobre a legitimação para o exercício, que seria o elemento constitutivo da legitimação. De fato, o elemento estrutural mais importante é o contrato que permite o acesso ao procedimento da concessão, no qual vêm regulados os poderes e os direitos potestativos da autoridade administrativa, as obrigações e os ônus do empreendedor, com possibilidade, reconhecida pela jurisprudência, de contemplar obrigações de conteúdo atípico (prestações atípicas); esses têm, assim, conteúdo potencialmente amplíssimo"[71].

Claramente, como já visto, não é a área ou o bloco o que se concede porque estes são bens públicos. O objeto da concessão é o direito de explorar, que integra

Concessão Minerária, in *Direito Minerário Aplicado*, Ed. Mandamentos, Belo Horizonte, 2003, pp. 92 a 95.

68 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2ª edição, vol. II, São Paulo, 1999, p. 188.

69 Sobre a conveniência em se ter constitucionalmente admitido as cessões objeto do dispositivo, ver NASCIMENTO, Tupinambá Castro do. *A Ordem Econômica e Financeira e a Nova Constituição*, Ed. AIDE, Rio de Janeiro, p. 47.

70 Natalino Irti, *L'ordine giuridico del mercado*, Bari, Laterza, 2003, pp. 44-46.

71 Massimo Severo Giannini, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Urbino, Il Mulino, 1995, pp. 194-195.

o patrimônio da União e que trata de um complexo de posições jurídicas, posições estas orientadas a atividade empresarial prospectiva e lavradora. Trata-se, tipicamente, de concessão de atividade, a qual é monopólio da União. O que pode ser cedido são, então, essas posições jurídicas oriundas do contrato, tanto todas elas (cessão total), como parte delas (cessão parcial). A noção jurídica de atividade, própria do direito empresarial em economia de mercado, permite uma desmaterialização das coisas corpóreas sobre as que, ou mediante as quais, é exercida, de modo que se dá num plano obrigacional, não no plano do direito das coisas.[72]

Dando maior concretude aos dispositivos constitucionais pertinentes ao Direito do Petróleo, especificamente ao art. 176, § 3º, 2ª parte, que contempla as cessões parciais e totais de concessões de exploração de jazidas, a Lei do Petróleo dispôs: *Art. 29. É permitida a transferência do contrato de concessão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo concessionário atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP, conforme o previsto no art. 25. Parágrafo único. A transferência do contrato só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da ANP.*

Vemos, assim, que, tanto a Constituição, como a Lei, asseguram o direito do concessionário ceder o seu contrato. A configuração concreta desse direito não é, contudo, pré-especificada legislativamente, e nem seria recomendável que o fosse, já que provocaria um engessamento incompatível com as necessidades regulatórias de a ANP ir a cada rodada de licitação, diante das circunstâncias econômicas, tecnológicas e geológicas avaliadas, adequando e aperfeiçoando o regime das cessões contratuais.[73]

Em outras palavras, o art. 29 da Lei do Petróleo opera uma remissão da regulamentação da matéria para o contrato, que poderá prever a cessão, total ou parcial, em qualquer das suas espécies, respeitando um núcleo mínimo essencial do direito garantido pela Lei e pela Constituição.[74]

Interpretando o art. 29 da Lei do Petróleo, poderíamos enumerar os seguintes requisitos para a concretização das cessões: *(1)* Manutenção do objeto, ou seja, a impossibilidade da cessão aumentá-lo ou diminuí-lo, não podendo, por exemplo, através da cessão, a ANP permitir que o novo concessionário venha a exercer direitos de explorar jazidas que não estariam contemplados originariamente pelo Edital de Licitação; *(2)* Preservação das condições do contrato inicial: índice de nacionaliza-

72 Agradecemos nessas e em outras reflexões aos aportes doutrinários e à colaboração do civilista Luciano Penteado.

73 Ver a esse respeito, os Tópicos II supra e X infra.

74 Abordando especificamente as limitações às liberdades de empresa, MANUEL AFONSO VAZ afirma que "a restrição legal em caso algum pode suprimir o 'coração do direito', ou seja, um mínimo de exercício do direito que preserve o valor da autonomia da pessoa humana frente ao poder. (...) A esta exigência genérica, acresce a apreciação da necessidade e proporcionalidade dos limites impostos ao exercício da atividade econômica privada, em face dos outros direitos ou interesses constitucionais que a lei restritiva visa proteger. O poder de restrição é um poder excepcional, pois não se justifica como regra" (VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico*, 4ª edição, Coimbra Editora, 1998, pp. 168/9).

ção, prazos, possibilidades de prorrogação, etc., devem continuar os mesmos; *(3)* Atendimento aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos fixados pela ANP no contrato, essencial em razão de o caráter *intuitu personae* dos contratos celebrados com a Administração Pública ser concernente ao atendimento das condições objetivas necessárias por parte do novo co-contratante; *(4)* Prévia e expressa autorização da ANP, como já exigido pelo art. 176, § 3°, *in fine*, da Constituição Federal.

O que devemos ter em vista ao analisar a cessão concretamente prevista no contrato de concessão, malgrado o inegável amplo leque de opções outorgado à ANP na regulação contratual da matéria, é que ela estará densificando normas constitucionais e legais que prevêem o instituto da cessão, não algum outro instituto, que pode até ser previsto como decorrência dos poderes genéricos da ANP de elaborar os seus contratos, mas não como implementação dos mencionados dispositivos legais e constitucionais.

Como afirma M. JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, "a cessão constitui um esquema negocial genérico, susceptível de concretizações diversas."[75] O contrato pode até dar uma conotação mais ampla, e menos perfeita, do ponto de vista da técnica jurídica, ao vocábulo "cessão", equiparando a ela conceitos inteiramente distintos como "fusão, cisão, e incorporação de empresas". O que não pode é o contrato, além de chamar de "cessão" o que não o é substancialmente, vedar qualquer cessão propriamente dita.

Do contrário, como no Direito o que importa é a substância, não o nome ou a forma, estar-se-ia abrindo espaço para a Administração Pública descumprir a Constituição e a Lei desde que desse, a algo diverso, o mesmo nome do instituto preceituado na norma hierarquicamente superior.

Nesse sentido, devemos, em decorrência do que já foi exposto, assim caracterizar, pelos seus efeitos, as cessões totais e parciais de contratos, inclusive, como não poderia deixar de ser, dos contratos de concessão de exploração de petróleo e gás:

> 1. Manutenção, total ou parcial, do contrato originário em relação ao cessionário. Do contrário teríamos uma novação.
> 2. Substituição do concessionário inicial pelo cessionário.
> 3. No caso de cessão parcial a substituição é total na parte cedida. Em outras palavras, na cessão parcial, expressamente prevista na Lei n° 8.666/93 e no art. 176, § 3°, CF, uma parte dos direitos inerentes ao contrato mantém-se com o co-contratante original, e, outra parte, é totalmente transferida para o cessionário, novo co-contratante.
> 4. Não há relação de solidariedade entre cessionário e cedente, pois ela contrariaria o cerne do conceito da cessão que é a da substituição integral do cedente pelo cessionário. Se houvesse solidariedade, seria, assim, sub-

75 COSTA, M. Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 758.

contratação ou algum outro instituto, jamais uma cessão.[76] De fato, como expõe DIÓGENES GASPARINI, "Na subcontratação o contratado continua respondendo, perante a contratante, pela execução do objeto do contrato como um todo. (...) Na cessão há a transferência, parcial ou total, dos direitos decorrentes do contrato a terceiro, com o cedente desvinculando-se, no todo ou em parte, do contrato cujos direitos foram cedidos".[77]

Sendo assim, seria necessário verificar se há algum texto legal que imponha a solidariedade entre cedente e cessionário de contratos de exploração de petróleo e gás, e, de fato, inexiste artigo neste sentido. Sendo assim, caso fosse imposta a solidariedade, não há cessão, mas apenas ingresso de mais um sujeito no pólo dos concessionários que formam o consórcio concessionário. Não há cessão parcial sem desmembramento de relação jurídica.

A lei dispõe que há solidariedade entre as empresas do grupo consorciado pela execução do contrato (§2° do art. 19 da Lei n° 8.987/95). Faz sentido, neste caso, pois todas as empresas do grupo consorciado compõem, conjuntamente, um dos pólos da relação contratual de maneira indistinta e há uma unicidade no objeto da concessão, que é o direito de exploração, no momento da celebração do contrato.

Entretanto, admitida a cessão parcial, como prevê a Constituição (art. 176, § 3°), para que seja cessão, isto é, transferência de algumas das posições jurídicas derivadas do contrato de concessão, não deve haver solidariedade, já que com ela não haveria cessão, mas integração de novo sujeito como parte do contrato em razão do dever de todos pelo objeto inteiro da relação jurídica em face do credor, constituindo substancialmente apenas uma alteração na composição do consórcio titular da concessão. Isto, claramente, não é o que se entende por cessão. A cessão parcial opera fracionando direitos e obrigações e excluindo o cedente de qualquer responsabilidade por elas em face do Poder Público.

76 A característica é também reforçada pelo Novo Código Civil, que dispõe: *Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes. Art. 296. Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor.*

77 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 6ª edição, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, p. 560.