Conteúdo Local nos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural*

Local Content in oil and natural gas exploration and production contracts

*Alexandre Santos de Aragão***

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a exigência de contratação em percentuais mínimos de fornecedores brasileiros advinda das cláusulas de Conteúdo Local nos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural. Para tanto, examina-se em que consistem as obrigações de Conteúdo Local, bem como sua natureza jurídica. Em seguida, o artigo investiga os casos em que as cláusulas de Conteúdo Local se mostram ineficazes e o cumprimento dos percentuais ofertados quando da apresentação das respectivas propostas se afigura inexigível,

* Artigo recebido em 3 de setembro de 2019 e aprovado em 3 de outubro de 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80830>.

** Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: asa@alexandrearagao.adv.br.
Professor titular de direito administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em direito do estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em direito público pela Uerj. Procurador do estado do Rio de Janeiro. Árbitro. Advogado.

destacando sempre que a existência da obrigação imposta pelas cláusulas de Conteúdo Local é condicionada à verificação concreta do seu suporte fático. Finalmente, o trabalho se debruça sobre a possibilidade de aplicação de sanções ao particular contratante nos casos em que a incidência das cláusulas de Conteúdo Local resta afastada.

PALAVRAS-CHAVE

Conteúdo Local — contratos petrolíferos — direito administrativo — petróleo e gás

ABSTRACT

This article aims to analyze the requirement of contracting minimum percentages from Brazilian suppliers arising from the Local Content clauses in oil and natural gas exploration and production contracts. To this end, the paper examines what constitutes the Local Content obligations, as well as their legal nature. The article then goes on to investigate cases in which Local Content clauses are ineffective and when compliance with the percentages offered when proposals were submitted looks unenforceable, emphasizing that the existence of the obligation imposed by the Local Content clauses is conditional on effective verification. Finally, the work focuses on the possibility of applying sanctions to the private contractor in cases of non-compliance.

KEYWORDS

Local Content — oil contracts — administrative law — oil and gas

I. Introdução

A atividade de exploração e produção de petróleo é potencialmente bastante lucrativa, intensamente demandante de serviços e insumos e incidente sobre bem não renovável, ensejando que os Estados extraiam dela outros benefícios econômicos além dos tradicionais pagamentos de valores tributários e de participações governamentais (*royalties* etc.).

Preocupam-se com que a atividade petrolífera não seja meramente extrativista, no sentido de que não limite seus reflexos na economia nacional à ex-

tração e venda (geralmente exportação) de hidrocarbonetos, apenas pagando as referidas quantias ao Estado; buscaram fazer com que a atividade petrolífera se valha também da mão de obra, serviços e produtos o máximo possível dos países nos quais as reservas estão situadas, gerando maior valor agregado interno, empregos e dinamizando outras áreas da economia além da petrolífera *stricto sensu*.¹

Daí por que, a partir da quinta rodada² de licitações realizadas pela Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP) para leilão dos blocos de petróleo, passou-se a exigir um percentual mínimo, variável de acordo com a localização dos blocos petrolíferos, de conteúdo local, tornando cogente a contratação de fornecedores brasileiros por parte das concessionárias de petróleo e gás natural. Da sétima rodada em diante, além da exigência de percentuais globais mínimos de conteúdo local, ficaram limitadas as ofertas a valores máximos, introduzindo-se a denominada Cartilha de Conteúdo Local, de modo a tornar mais clara e objetiva a medição do conteúdo local contratual.

A obrigatoriedade de contratação em percentuais mínimos de fornecedores brasileiros advinda da exigência de Conteúdo Local, entretanto, vem gerando controvérsias diversas, especialmente nos casos em que o mercado nacional não é capaz de suprir a demanda advinda da exploração e produção petrolífera e de gás natural, nem ostenta condições favoráveis e competitivas, comparativamente aos fornecedores estrangeiros, de contratação.

Este quadro — de um lado, a obrigatoriedade de contratação de percentuais mínimos em cumprimento à cláusula de conteúdo local e, de outro, a relativa imaturidade do mercado nacional — instigou-nos a empreender a presente pesquisa, a partir da qual averiguaremos, primeiramente, em que consistem as obrigações de conteúdo local impostas aos contratados e, após, detalharemos em que casos se mostra inexigível o cumprimento dos percentuais ofertados quando da apresentação das respectivas propostas.

¹ “Caracterizada pela imensa variedade de oportunidades, grande atualização tecnológica e competitividade, a indústria do petróleo e gás apresenta grandes efeitos em toda a cadeia produtiva, com enorme potencial para geração de emprego e renda no país. Estes aspectos fazem com que muitos países estimulem a participação da indústria de bens e serviços locais relacionados às atividades de pesquisa e de extração de hidrocarbonetos” (PEDROSO, Daniel Cleverson; SOUZA MOREIRA, José Guilherme de. A evolução da participação da indústria nacional na E&P de petróleo e gás natural após a flexibilização do monopólio no Brasil. *Conjuntura & Informação, Superintendência de Estudos Estratégicos — ANP*, n. 23, p. 1, ago./out. 2003).

² Até a quarta rodada de licitações a oferta de conteúdo local era livre para as licitantes, vindo, somente com a publicação do edital da quinta rodada, a tornar-se obrigatória a oferta mínima.

II. A obrigação de Conteúdo Local nos contratos de exploração e produção de petróleo e gás e sua natureza jurídica

As chamadas cláusulas de Conteúdo Local (*local content*) preveem a contratação obrigatória de fornecedores locais pelas empresas petrolíferas na execução dos contratos de E&P que lhes forem outorgados, visando a, concomitantemente à geração de riquezas advindas da exploração dos recursos minerais não renováveis, incentivar a indústria nacional, criando as bases para o desenvolvimento econômico de longo prazo no país hospedeiro.

Denotando o caráter de política pública gradual e de longo prazo das exigências de Conteúdo Local, Luiz Cezar P. Quintans expunha ser ele “um processo de substituição de importações na tentativa de transformar um mercado inexplorado em um mercado pulsante. [...] São também objetivos do conteúdo local, entre outros, a ampliação da capacidade de fornecimento local e o consequente aumento da competitividade da indústria nacional, até que essa possa participar do mercado internacional”.³

A previsão de conteúdo local pode possuir diversos matizes, podendo consistir apenas em uma obrigação de não discriminação dos fornecedores nacionais, em uma obrigação de assegurar igualdade de oportunidades entre fornecedores nacionais e estrangeiros ou em direito de preferência para os fornecedores nacionais quando em igualdade de condições com as propostas de fornecedores estrangeiros.

A literatura especializada define Conteúdo Local como o

valor agregado de componentes nacionais necessários à confecção de um determinado produto (bem ou serviço). No Brasil considera-se que o custo de produção de um determinado bem incorpora os custos de componentes (materiais, insumos, equipamentos e serviços) de origem nacional ou estrangeira, definindo-se assim o Conteúdo Local por intermédio da comparação entre estes custos.⁴

³ QUINTANS, Luiz Cezar P. *Conteúdo Local*. A evolução do modelo de contrato e o Conteúdo Local nas atividades de E&P no Brasil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2010. p. 8-9, grifamos.

⁴ FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, Eloi et al. *Dicionário do petróleo*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2009. verbete “Conteúdo local”.

O Conteúdo Local possui apenas uma menção genérica, na mais atual redação da Lei 9.478/97.⁵ Seu regramento é, portanto, eminentemente contratual, com base nos editais de licitação e em normas editadas pela agência reguladora contratante, a ANP.⁶ Naturalmente que o Conteúdo Local há muito já possuía entre nós – e nem poderia ser diferente – base em diretrizes legais e constitucionais, como as boas práticas da indústria do petróleo e o desenvolvimento nacional, mas o regramento específico é, mesmo com a atual referência legislativa, encontrado mormente nos contratos e normas regulatórias do setor.

Os editais de licitação das concessões petrolíferas possuem, nesse contexto, grande discricionariedade na modelagem de como os contratados deverão potencializar suas contratações para prestigiar o mercado de trabalho e a indústria brasileira.

Nesse sentido, como se conclui pelo narrado e por alguns editais e contratos de rodadas de licitação da ANP, por um lado, o índice de Conteúdo Local, até por ser um dos critérios de julgamento das licitações, é cogente e vinculante, sob pena de violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Por outro lado, o próprio edital não obriga o contratado a cumprir os índices assumidos na planilha a qualquer custo, isentando-o caso em algum item os preços, prazos e tecnologias praticados pelos fornecedores locais sejam desvantajosos em relação aos fornecedores estrangeiros. Nesses casos, como visto, obriga que a dispensa do cumprimento daquele Conteúdo Local seja acompanhada de uma adaptação da planilha como um todo, adaptação esta a ser realizada caso a caso e que, naturalmente, não pode penalizar o contratado, onerando-o quando por ela não for responsável.

O contrato, ao prever a necessidade de contratação de fornecedores nacionais, pressupõe, ainda que implicitamente, que tais fornecedores existam ou que venham a existir.

⁵ Art. 2º Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a: [...] X - induzir o incremento dos índices mínimos de conteúdo local de bens e serviços, a serem observados em licitações e contratos de concessão e de partilha de produção, observado o disposto no inciso IX.

⁶ Basicamente, as Resoluções ANP nº 36 a 39, de 13 de novembro de 2007 e a Resolução ANP nº 19, de 14 de junho de 2013.

Da conjunção dessas duas lógicas contratuais, que devem ser conciliadas,⁷ só pode ser inferida uma assertiva: o contratado se vincula à sua proposta na medida em que haja fornecedores nacionais capazes de atendê-lo em condições que não lhe sejam prejudiciais comparativamente com os estrangeiros. Esse condicionamento não representa violação ou mitigação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois é originariamente ínsita ao próprio instrumento e ontologicamente ligada a qualquer obrigação de Conteúdo Local que se possa imaginar.

É por essa mesma razão que a impossibilidade do seu cumprimento não pode gerar propriamente reequilíbrio contratual, já que, além de esse risco ter sido assumido pelo Estado (é dele e não do contratado a função constitucional de fomento à indústria nacional), trata-se de obrigação originariamente condicionada à concretização do pressuposto fático da existência de fornecedores nacionais. Tecnicamente falando, *antes de a inexistência de fornecedores chegar a gerar reequilíbrio contratual, ela afasta a própria incidência da Cláusula de Conteúdo Local*.

Tanto é assim que, até quando há fornecedores no Brasil, há apenas um dever de preferência a eles, já que à concessionária não pode ser imposta uma contratação que lhe gere prejuízo em comparação com a que poderia ser feita com fornecedores internacionais. Então, mesmo nos casos em que se permitir uma diminuição do índice de nacionalização, não há o que se reequilibrar contrariamente ao contratado, como se dele se tivesse retirado um ônus, já que a contratação local não é jamais imposta pelo contrato como ônus; tanto é assim, repise-se, que, se ela for mais onerosa que uma contratação internacional, o contratado pode ser dela dispensado.

Com isso, verifica-se que, ao contrário do que uma primeira leitura pode dar a impressão, a contratação de Conteúdo Local prevista nos contratos de E&P consiste em uma obrigação de *preferência* à indústria e serviços nacionais, e não em uma obrigação de contratá-los de qualquer maneira.

Constitui o Conteúdo Local também uma obrigação *de meio*, de propiciar aos virtuais interessados brasileiros acesso às informações necessárias à celebração do contrato. Daí, por exemplo, a obrigação de divulgação em português, de manter-se informado dos fornecedores brasileiros que existem etc.⁸

⁷ “O princípio da interpretação sistemática tem um indiscutível valor, já que a intenção, que é o espírito do contrato, é indivisível, não podendo encontrar-se em uma cláusula isolada das demais, mas sim no todo orgânico que constitui” (DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madri: Civitas, 1996. t. I, p. 400).

⁸ “O concessionário tem que procurar guardar, arquivar e provar que fez convites a fornecedores brasileiros (se é que eles existam em determinadas atividades) para participar de

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) já definiu a exigência de Conteúdo Local como “a preferência dada aos bens, produtos, equipamentos e serviços nacionais”.⁹

E nem poderia a obrigação de Conteúdo Local ter mesmo uma eficácia absoluta e imediata, uma vez que a base fática sobre a qual incidiria seria totalmente estranha ao âmbito volitivo dos contratados: eles não têm escolha quanto à existência de fornecedores locais. Estes simplesmente existem ou não, cabendo aos contratados apenas verificar sua existência, comunicar-lhes a intenção de contratar e contratá-los, caso apresentem propostas em condições competitivas.

III. Eficácia e exigibilidade da cláusula de Conteúdo Local

Nos termos das cláusulas analisadas no tópico anterior, o que, portanto, incumbe aos contratados de E&P é: em primeiro lugar, divulgar para o mercado interno suas necessidades de contratação; e, em segundo lugar, contratar os fornecedores locais existentes nos índices a que se comprometeram quando da apresentação das suas propostas em cada um dos itens da planilha, salvo se os fornecedores estrangeiros possuírem preços, prazos ou tecnologias favoravelmente mais competitivos, ou quando ocorrerem outros fatos que também justifiquem a dispensa (ex.: greve ou acidente natural que faça com que a indústria nacional não possa atender aos pedidos).

Não estamos de forma alguma a afirmar que a obrigação de Conteúdo Local não seja vinculante, mas sim que ela é vinculante, como qualquer obrigação, no limite fático da atuação possível do seu sujeito passivo (existência de fornecedores nacionais), sem que igualmente, quando houver tais fornecedores nacionais, ele possa ser obrigado a celebrar contratos desvantajosos por mero protecionismo à indústria nacional.¹⁰

suas concorrências e licitações internas, em todos os processos de aquisição de bens, serviços e mão de obra, de forma a provar a deferência, preferência e oportunidade aos brasileiros” (Luiz Cezar P. Quintans, *Conteúdo Local*, op. cit., p. 75).

⁹ Acórdão nº 1.157/2007, TCU, Plenário, Processo no TC 002.428/2005-3.

¹⁰ “O passado da indústria naval brasileira é cheio de ensinamentos. Entre motivos que levaram o setor da navegação à crise e ao fracasso pode-se mencionar: a má gestão, ineficiência, total dependência do Estado, corrupção, excesso de funcionários, custos trabalhistas elevados [...], falta de visão estratégica das empresas e baixo compromisso com a qualidade e o desenvolvimento tecnológico, assim como baixa exposição internacional” (ZAMITH, Regina. *A indústria parapetroleira nacional*. São Paulo: Annablume, 2001. p. 93-94).

Para facilitar o raciocínio, imaginemos como exemplo um homem solteiro que assuma a obrigação de levar seu filho para morar em determinada cidade: ora, enquanto o homem não se tornar pai, sua obrigação não surge, não tendo, naturalmente, como ser descumprida ou ter seu descumprimento relevado em razão da teoria da imprevisão. A existência de fornecedores — tal como a existência de um filho em nosso exemplo retórico — não é fato imprevisível capaz de impedir as consequências do inadimplemento de uma obrigação, sendo, ao revés, fato que gera o próprio surgimento da obrigação. Enquanto tal fato não se verificar, não há de se falar sequer em descumprimento legítimo da obrigação, mas de sua inexistência *tout court*.

A obrigação de Conteúdo Local tem, portanto, dois momentos, que podemos convencionar chamar de momento da eficácia e momento da exigibilidade. Vejamo-los:

a. *Momento da eficácia*: para a própria existência da obrigação, ou seja, para que a norma contratual incida, devem existir fornecedores nacionais — esse é o principal fato integrante da sua hipótese de incidência. Como toda norma jurídica que opere pela subsunção, enquanto os fatos nela previstos genérica e abstratamente não ocorrerem no mundo dos fatos, ela não incide, não gera efeitos, não é, portanto, eficaz. Esse momento da eficácia existe pelo próprio mecanismo de incidência da norma, independentemente de qualquer previsão contratual. Existindo fornecedores nacionais, a obrigação surge, mas pode advir um permissivo para seu descumprimento. Aí já estaremos no momento da exigibilidade.

b. *Momento da exigibilidade*: em princípio, havendo fornecedores nacionais, o contratado deve cumprir todos os índices de nacionalização, devendo ser sancionado caso não o faça. O contrato de E&P, todavia, adiantando-se a eventuais arguições de equidade contratual, usualmente admite que, mesmo existindo fornecedores nacionais, e, portanto, incidindo a norma e consequentemente existindo a obrigação, esta poderá ter seu conteúdo modulado caso os fornecedores locais ofereçam condições comparativamente desvantajosas em termos de preço, prazo, tecnologia ou outra circunstância justificável. Nesses casos, os itens da planilha em que os fornecedores nacionais não são competitivos devem ser dispensados, seguidos da recomposição global da planilha.

Vê-se que, apenas no segundo momento, há a possibilidade de cumprimento da obrigação de Conteúdo Local, que pode, excepcionalmente, ser relevado mediante prévia autorização da ANP.

A existência de fornecedores nacionais é pressuposto da obrigação, já que sem ele a obrigação sequer incide no mundo jurídico, e o contratado nem tem como, ainda que queira, contratar com fornecedores locais, por simplesmente não ter com quem contratar, ainda que a preços e condições exorbitantes.¹¹

Sendo os por nós denominados momentos da eficácia e momento da exigibilidade expressões de fenômenos tratados primordialmente pela teoria geral do direito, podemos fazer algumas analogias.

Tecendo um paralelo com uma matéria bem mais usual, poderíamos comparar o momento da eficácia com a inexigibilidade de licitação (art. 25, Lei nº 8.666/1993), em que a licitação simplesmente não tem como ser feita; e o momento da exigibilidade com a dispensa de licitação (art. 24, Lei nº 8.666/1993), em que a licitação pode ser feita, mas, de acordo com alguns critérios e limites, o sujeito passivo da obrigação de licitar (o administrador público) pode optar por efetivá-la ou não.

Igualmente, usando o direito penal como paralelo, podemos afirmar que são semelhantes em termos de dinâmica jurídica o momento da eficácia com a ausência de tipicidade penal de um lado e, de outro, o momento da exigibilidade com as causas de exclusão de ilicitude ou de reprovabilidade, em que o fato típico se realiza concretamente (há subsunção), mas há alguma causa em razão da qual ele não pode ser punido, como a legítima defesa e o estado de necessidade.

Podemos ainda vislumbrar uma analogia com uma norma regulatória que passe a obrigar concessionária de serviço público de transporte municipal de passageiros a transportar gratuitamente ex-combatentes da Segunda Guerra Mundial, mas que no município em que vige não existam ex-pracinhas. A norma existe, mas, enquanto não vier um ex-pracinha para a cidade, não incidirá, não surgirá qualquer obrigação subjetiva¹² de transportar ex-pracinhas.

Salvo casos hipotéticos em que o contrato de E&P impusesse expressamente ao contratado a obrigação de, em não havendo fornecedores nacionais, criá-los ou ele próprio produzir os bens e serviços nacionais (o que, até onde pesquisamos, inexiste no direito comparado), com o que estaria transformando o contratado em agente de fomento do Estado, não há como se fugir dessa sistemática por imposição. Como demonstrado

¹¹ O ponto será aprofundado à luz da teoria geral do direito no tópico seguinte.

¹² Só a obrigação *in fieri* prevista abstratamente no ordenamento jurídico.

(e retornaremos ao ponto mais detalhadamente adiante), a assertiva decorre da própria dinâmica do mecanismo de incidência das normas de Conteúdo Local, fazendo com que a obrigação de Conteúdo Local seja uma obrigação de preempção e de meio.

E, com efeito, ao analisarmos o direito comparado, verificamos ser essa a linha mestra da obrigação de Conteúdo Local. Implícita ou explicitamente, a obrigação de contratar por Conteúdo Local é uma obrigação de dar preferência aos fornecedores locais que estiverem em razoáveis condições de igualdade com os fornecedores estrangeiros. Mas para isso é necessário, obviamente, antes de qualquer coisa, que existam fornecedores locais. “A questão é que não se cumpre (e não se pode cumprir) aquilo que não existe.”¹³

Do contrário, teríamos uma esdrúxula responsabilidade objetiva do contratado por omissão de terceiros indeterminados, que não teriam criado empresas para atendê-los, uma desapropriação indireta de seu patrimônio ou uma requisição de serviços ao obrigá-lo a “criar” fornecedores nacionais, o que seria uma norma ainda mais esdrúxula se considerarmos a complexidade e o vulto das principais atividades de apoio à indústria de petróleo, principalmente após a crise do petróleo da década de 1970, exercidas em águas profundas por muito poucas empresas no mundo.¹⁴

¹³ Luiz Cezar P. Quintans, *Conteúdo Local*, op. cit., p. 88.

¹⁴ “O *upstream* é uma atividade que requer grandes conhecimentos de geofísica, sismologia, modelagem, processamento de dados, requer diversas tecnologias empregadas para perfuração e sondagem e altos investimentos nas descobertas das jazidas e na avaliação da viabilidade do campo recém-descoberto. Assim, as decisões de investimentos em novas áreas de produção devem levar em consideração o desenvolvimento tecnológico no *upstream*, as novas áreas descobertas, os cenários de evolução dos preços do petróleo e a evolução das taxas de juros. As mudanças ocorridas na indústria depois da nacionalização das principais áreas produtoras e dos choques do petróleo abarcaram, do lado da demanda, a substituição do petróleo por outras fontes alternativas e a conservação energética. Do lado da oferta, o aumento da produção não Opep. O *upstream*, com a procura de petróleo em novas áreas *offshore*, possibilitou a inovação nos métodos, nas técnicas e na organização industrial, o que estimulou grande concentração na indústria parapetrolífera. Ocorreu, também, uma crescente competição interenergética nos usos não cativos dos produtos da indústria do petróleo. De acordo com Alveal Contreras, ‘estas novas tecnologias permitiram um rápido aumento das reservas de petróleo não Opep ao longo das décadas de 1970 e 1980. Na década de 1980, descobriu-se três vezes mais petróleo do que se consumiu. Novas áreas de produção com grandes reservas foram desenvolvidas. As principais novas áreas foram as reservas *offshore* do Mar do Norte, do Golfo do México, da África Ocidental e do Brasil. Com o desenvolvimento destas novas áreas, a participação da Opep na produção mundial de petróleo reduziu-se em torno de 40% em 1980 para 30% em 1990” (CAMPOS, Adriana Fioritti. *Indústria do petróleo*. Reestruturação Sul-America anos 90. Rio de Janeiro: Interciência, 2007. p. 22-23). Ou seja, seria uma obrigação atroz, praticamente impossível, querer impor aos contratados a criação de uma indústria parapetrolífera para atendê-los.

Como expõe Bernard Tavern, na Rússia, por exemplo, “os investidores devem garantir a empresas russas o direito preferencial de participar nas operações contratadas como subcontratados, fornecedores, transportadores ou em outra condição, celebrando contratos em igualdade de condições”.¹⁵

Na Nigéria, apesar de algumas determinações redacionalmente vinculantes, casos especiais podem ser submetidos à Divisão de Conteúdo Local Nigeriano, e na prática, em face do irrealismo das previsões, “o caso é de utopia, porque a toda hora os Planos Mestres viram ‘casos especiais’ e esses percentuais não são cumpridos”.¹⁶

Hoje já até abolida, a obrigação de conteúdo local na Noruega se limitava a assegurar “*full and fair opportunities for norwegian goods and services*”. Em outras palavras, garantia apenas a igualdade de oportunidades para a indústria e serviços locais.¹⁷

Na Indonésia, são estabelecidos percentuais de conteúdo local, “mas se os fornecedores locais não alcançarem padrões de qualidade competitivos, passa-se a permitir as importações”.¹⁸

O México estabelece que a obrigação de conteúdo local se aplica “sempre e quando exista suficiência sobre o provisionamento dos insumos por parte do mercado local e não se prejudiquem as melhores condições quanto a preço, qualidade, financiamento, oportunidade e demais circunstâncias pertinentes”, no art. 53, Ley de Petróleos Mexicanos.¹⁹

Note-se que esse dispositivo legal, da mesma forma que anteriormente sistematizamos, separa como pressuposto fático a própria existência dos fornecedores locais, para, em um segundo momento, abordar as condições equânimes que esses fornecedores locais devem ofertar para poderem ter sua contratação exigida do contratado.

¹⁵ TAVERN, Bernard. *Petroleum, industry and governments*. 2. ed. Chicago: Wolters Kluwer, 2008. p. 279.

¹⁶ Luiz Cezar P. Quintans, *Conteúdo Local*, op. cit., p. 27.

¹⁷ Ibid., p. 32.

¹⁸ Ibid., p. 36.

¹⁹ Art. 53, Ley de Petróleos Mexicanos, de 28 de novembro de 2008.

IV. A existência de fornecedores locais como pressuposto fático da incidência do Conteúdo Local: *conditio juris* e impossibilidade temporária

Toda regra jurídica, seja ela legal ou contratual, precisa da ocorrência de alguns fatos concretos para incidir, isto é, para ter eficácia, produzindo os efeitos jurídicos nela previstos, conforme elucidamos anteriormente. Ao fato sobre o qual a norma pode incidir atribuindo-lhe efeitos dá-se o nome de fato jurídico.

Já vimos no tópico anterior que as normas de Conteúdo Local têm como pressuposto fático necessário de sua incidência a existência de fornecedores locais e como efeito jurídico típico a obrigação do contratado contratá-los nos percentuais constantes de sua proposta. Sem a verificação daquele fato condicionante, a norma contratual de Conteúdo Local não produz seu efeito típico de surgimento da obrigação; e, não havendo a obrigação, a concessionária não tem como ser dispensada por uma excludente e, muito menos, como ser sancionada pelo inadimplemento de uma obrigação que ainda não existe.²⁰

Trata-se simplesmente do conhecido fenômeno da subsunção do fato à norma. Sem tal encaixe fático, as normas são apenas textos incapazes de gerar direitos ou obrigações:

Composto o seu suporte fático suficiente, a norma jurídica incide, decorrendo, daí, a sua juridicização. A incidência é, assim, o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico. Somente depois de gerado o fato jurídico, por força da incidência, é que se poderá falar de situações jurídicas e todas as demais espécies de efeitos jurídicos (eficácia jurídica). [...] resulta, daí, que nem à lei sozinha, nem ao fato sem a incidência, se pode atribuir qualquer efeito jurídico. O fato, enquanto apenas fato, e a lei, enquanto não se realizarem seus pressupostos de incidência (suporte fático), não tem qualquer efeito vinculante relativamente aos homens.²¹

²⁰ À situação equivaleria a se Caio contrata com Tício se comprometendo a empregar seu filho assim que ele se forme em engenharia. Enquanto o jovem não concluir o curso de engenharia, a norma contratual não incidirá pela própria natureza da sua cláusula, independentemente de as partes terem fixado esse fato como uma condição suspensiva ou não.

²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 73.

Quando esses suportes fáticos forem inerentes a um contrato ou a alguma de suas cláusulas, há divergências apenas quanto à sua classificação doutrinária — não quanto à sua disciplina jurídica —, com alguns autores entendendo serem condições implícitas do negócio, outros a denominando de condições *juris* ou impróprias, posição que foi adotada pelo art. 117 do Código Civil de 1916,²² por não advirem da vontade expressa das partes, mas sim de determinação legal ou da própria natureza do objeto da cláusula contratual, sendo interessante como nesse particular a teoria das *conditio juris* se liga intimamente com os paradigmas da impossibilidade dos objetos contratuais, que precisam tornar-se possíveis para poderem ser executados.

Como expõe Carvalho Santos, na linha desse segundo pensamento, “há contratos ou disposições que, segundo sua natureza ou objeto, pressupõem necessariamente a existência ou a realização de certos fatos ulteriores”,²³ no nosso caso, a existência de fornecedores nacionais.

O clássico Vicente Ráo, citando Enneccerus, chama de

conditio juris o acontecimento futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico segundo a natureza deste, ou o seu objeto, ou segundo particular disposição de lei. [...] Não são verdadeiras com condições aquelas que de cuja verificação depende *ex lege* a eficácia do ato segundo sua natureza especial, ou o seu objeto, ou de uma particular disposição de direito.²⁴

Fica assim corroborado o que expusemos quanto a não haver qualquer mitigação ou relativização do princípio da vinculação ao instrumento convocatório em razão dessa verificação da natureza jurídica da cláusula contratual de Conteúdo Local: o contratado permanece inteiramente vinculado ao índice

²² Art. 117. Não se considera condição a cláusula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que acede.

²³ CARVALHO SANTOS, J. M. *Código civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Freitas Bastos, 1958. v. III, p. 49. Na mesma oportunidade, o autor relata o pensamento de Giorgio, para quem tais suportes fáticos seriam verdadeiras condições: “Os contraentes, do mesmo modo que podem tacitamente manifestar seu conhecimento em relação às partes substanciais do contrato, assim também podem manifestar tacitamente a sua vontade acerca das modificações acidentais da convenção. Ora, se a lei tomando em consideração a índole de certos contratos, presume a vontade das partes de submeter a sua eficácia ou a sua resolução a um acontecimento incerto, essa vontade presumida constitui uma condição, tácita, é certo, mas verdadeira e própria”.

²⁴ RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 251.

de conteúdo local fixado, só que a existência dessa obrigação é condicionada à verificação concreta do seu suposto fático. Em sendo este suposto fático — a existência de fornecedores nacionais — verificado, adquire plena eficácia a obrigação até então existente apenas *in fieri*.

Analizando a questão especificamente à luz da teoria da eficácia dos negócios jurídicos, Antônio Junqueira de Azevedo reforça esse juízo ao demonstrar haver o que teoricamente é denominado de ineficácia simples:

Pode, com efeito, um ato conter todas as condições de validade e, entretanto, não possuir eficácia, em virtude da falta de um elemento extrínseco ao ato. [...] De fato, muitos negócios, para a produção de seus efeitos, necessitam dos fatores de eficácia, entendida a palavra “fatores” como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado.²⁵

Ora, tais características do mencionado “elemento extrínseco” revestem em toda a sua extensão o fator extrínseco condicionante da eficácia das cláusulas de Conteúdo Local, que é o desenvolvimento da indústria parapetroleira nacional a ponto de atender aos índices estipulados pelo Estado no edital de licitação, com base nos quais os licitantes apresentaram suas propostas.

Essa condição fática das cláusulas de Conteúdo Local pode não estar realizada desde a assinatura do contrato, ficando sua eficácia sujeita à futura concretização; como diversamente pode estar presente no início do contrato e deixar de existir posteriormente. Em todas essas hipóteses, em que o suposto fático pode se expressar num conjunto sucessivo de condições suspensivas e resolutivas,²⁶ a obrigação só existe enquanto seu suporte fático estiver presente, até porque, na sua ausência, seria uma obrigação impossível.²⁷

A afirmação específica não é nada estranha à teoria geral das obrigações, exemplificativamente, na pena de Orlando Gomes: “A impossibilidade

²⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 63-65.

²⁶ Para José Abreu, “a *conditio juris* é de essência suspensiva, no sentido de que, antes de sua verificação, ou não haverá contrato, ou ele não é eficaz” (ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 196).

²⁷ “O conteúdo local é um exercício de futurologia, pois, no momento que se licita os interessados não têm a menor ideia de quanto vai custar um *wellhead*, se haverá disponibilidade desse bem no mercado local, se haverá prazo adequado de entrega e quanto esse bem terá parcela importada ou não” (Luiz Cezar P. Quintans, *Conteúdo Local*, op. cit., p. 125).

temporária apenas retarda o adimplemento da obrigação. Da natureza transitória do obstáculo resulta que o devedor pode satisfazer, mais tarde, a prestação”.²⁸ Karl Larenz também explica de outra perspectiva: “Quando a coisa a ser entregue não pode ser expedida por causa de uma greve ou uma obstrução nos transportes, ou quando um pintor fica doente por um tempo antes de concluir o seu trabalho; em tais casos o devedor continua obrigado a cumprir a sua prestação e o credor tem que esperar até que seja possível”.²⁹

Nem há de se pensar que a existência de fornecedores nacionais é algo que, em tese, o contratado poderia propiciar, e que, portanto, não seria uma obrigação impossível, já que a impossibilidade relevante para o direito não é a que decorre de um conceito lógico, mas sim de um conceito jurídico de impossibilidade.

Para o primeiro conceito a impossibilidade é concebida em termos absolutos. A prestação só se torna impossível quando não pode ser cumprida de modo algum. Se o devedor tem possibilidade de satisfazê-la, ainda que ao preço de sacrifícios intoleráveis ou vencendo dificuldades excessivas, impossibilidade não há, logicamente. Está certo. Mas a aceitação desse conceito lógico acarretaria graves inconvenientes na prática. O dever de prestar não pode ser exigido além de um limite razoável, como pondera Hendemann. Daí a preferência pelo conceito jurídico de impossibilidade. Para seus prosélitos também se deve admitir como impossível a prestação cujo cumprimento exija do devedor esforço extraordinário e injustificável [...], referida ao dever de prestar, integrado na órbita do princípio da boa-fé.³⁰

E mais, também a doutrina específica de direito do petróleo em relação ao desenvolvimento das indústrias parapetroleiras nacionais afirma que ele “depende de muitas outras variáveis sobre as quais os contratados não têm ingerência — tais como desenvolvimento tecnológico, questões tributárias, dentre outros”.³¹

²⁸ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 176.

²⁹ LARENZ, Karl. *Derecho de las obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I, p. 301.

³⁰ Orlando Gomes, *Obligaciones*, op. cit., p. 173-174.

³¹ REPSOLD JR., Hugo; FREITAS, Jucelino L. de; SOUZA, Renata Barrouin C. *Conteúdo Local no contrato de concessão: influências e perspectivas*. Rio de Janeiro: Rio Oil & Gás, 2004. “Determinar que uma promessa de desenvolvimento e aquisição de bens e serviços, seja cumprida, para daqui a uns cinco, seis ou oito anos, num país onde as regras mudam, o Judiciário para o

A doutrina alemã denomina a circunstância como “dificuldade excessiva em relação à obrigação, ou seja, uma dificuldade tão grande na realização da prestação, que esta só é possível ao devedor com sacrifícios ou gastos aos quais, segundo a boa-fé, não está obrigado”.³²

Certamente seria um “sacrifício intolerável” ou uma “dificuldade excessiva” exigir que o contratado, para cumprir um contrato cujo objeto principal é a atividade de E&P em si, estruturasse toda uma indústria nacional parapetroleira, criando figurativamente suas próprias “Halliburtons”.

Da mesma forma, se a indústria parapetroleira nacional é desenvolvida, mas não chega a atingir os índices constantes do contrato, estaremos diante de uma impossibilidade parcial, e então o contratado por boa-fé deverá atender parcialmente à obrigação, que também só incidirá parcialmente, já que ao poder concedente é útil a sua satisfação parcial.

Mais uma vez Orlando Gomes explica: “Ocorre impossibilidade total quando o devedor se vê impedido de satisfazer por inteiro a prestação. Acontece, às vezes, que o obstáculo se levanta apenas contra parte da prestação. Se a impossibilidade é parcial, o efeito extintivo pode produzir-se em relação a toda a obrigação, ou tão somente, a uma parte. Para se conhecer sua extensão, é preciso considerar o interesse do credor”.³³

Se a obrigação de Conteúdo Local for de surgimento impossível, isso não implicará sua nulidade, mas sim sua ineficácia, planos totalmente distintos dos negócios jurídicos.³⁴ Teríamos, assim, uma cláusula válida, mas temporariamente ineficaz, já que o contrato pode recair até mesmo “sobre coisas que não têm uma existência atual no momento de sua celebração, mas que podem vir a existir em um momento posterior ou futuro. [...] O contrato só se executa se a coisa esperada chega a ter uma existência real”.³⁵

processo licitatório, a inflação corrói e as tecnologias e preços mudam, é um risco, é muito difícil de entender, por não ser um compromisso objetivo e certo” (Luiz Cezar P. Quintans, *Conteúdo Local*, op. cit., p. 5-6).

³² Karl Larenz, *Derecho de las obligaciones*, op. cit., p. 310-311.

³³ Orlando Gomes, *Obligaciones*, op. cit., p. 176.

³⁴ “O negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de elementos para existir; no plano da validade, de requisitos, para ser válido; e, no plano da eficácia, de fatores de eficácia, para ser eficaz” (Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico*, op. cit., p. 39).

³⁵ Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 203-204.

V. Inaplicabilidade de sanções

Sem o suposto fático da existência de fornecedores nacionais, as normas de Conteúdo Local nem chegam a incidir. Por conseguinte, não há, logicamente, como os contratados descumprirem uma obrigação que não chegou sequer a surgir e, conseqüentemente, mais logicamente ainda, não há como serem punidos por tal descumprimento.

Mas, independentemente dessa conclusão teórica e lógica, seria até mesmo inconstitucional, por violar os princípios constitucionais do direito penal e sancionador, que o particular fosse punido sem culpa — responsabilidade objetiva — por omissão de terceiros; ser responsabilizado seja pela culpa da administração pública por não ter fomentado adequadamente o setor parapetroleiro ou de ter sido excessivamente otimista quando da elaboração do edital de licitação, seja pela culpa difusa da iniciativa privada brasileira em não ter investido em atividades parapetroleiras.

Trata-se do Princípio da Pessoalidade da Sanção, pelo qual, expõe Fábio Medina Osório, “repele-se, fundamentalmente, a responsabilidade pelo fato de outrem e a responsabilidade objetiva”.³⁶

Igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello observa que

a previsão de sanções (administrativas, administrativas fiscais ou penais) aplicáveis aos transgressores do comando normativo existe precisamente para atemorizar possíveis infratores, estimulando-os, destarte, a ajustarem seus comportamentos aos padrões admitidos ou desejados pela regra de Direito. [...] Donde, é de meridiana evidência que descaberá qualificar alguém como infrator, sujeito, então, aos correspondentes gravames, quando inexistir a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência da infração e, pois, da sujeição às sanções para tal caso previstas.³⁷

Ora, já demonstramos, e já decorreria mesmo do bom senso e do conhecimento comum, que não há como o contratado razoavelmente desenvolver

³⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 339.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ilícitos tributários: notas frias. *Revista de Direito Tributário — RDT*, v. 62, p. 25, out./dez. 1993.

por conta própria toda uma indústria nacional parapetroleira para poder cumprir uma suposta obrigação que sequer é a obrigação principal do contrato. Pretender obrigá-lo a isso violaria também o princípio da realidade, que possui estreita relação com o princípio da razoabilidade, e é assim abordado por Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, valendo-se das lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “O direito rege a realidade da convivência social; não é um conjunto de preceitos descompassados com o que de fato ocorreu, ocorre ou pode ocorrer, possuindo nítida aplicação sobre os da discricionariedade, da razoabilidade e da motivação, no campo específico do Direito Administrativo”.³⁸

Se não fosse isso, a aplicação de penalidade em casos em que simplesmente não haja fornecedores nacionais no mercado violaria também o elemento adequação do princípio da proporcionalidade, pois não seria um meio adequado para prevenir e para obrigar os contratados a atingirem aquele Conteúdo Local, já que, por mais multas que lhes fossem impostas, continuariam sem poder adimplir o percentual previsto no contrato.

Tratando especificamente do ponto, a doutrina observa que “assumir um critério que pode ser substituído por dinheiro, ou seja, multa, é o mesmo que dizer que o critério ‘Conteúdo Local’ é uma postecipação do bônus de assinatura (em forma de multa)”.³⁹

Pela mesma *ratio*, nos casos em que a dispensa do cumprimento de um dos itens da planilha deve ser seguida da adaptação do restante da planilha a tal circunstância, essa adaptação não pode acarretar ônus ao contratado, que não pode ser prejudicado por fato sobre o qual não tem qualquer responsabilidade e que é reconhecido pelo próprio contrato como excludente da obrigação por ele originariamente assumida.

VI. Inaplicabilidade de anuência prévia da ANP

Nos casos em que há fornecedores nacionais que, porém, não estão aptos a fornecer os itens em condições competitivas, os contratos de E&P usualmente preveem uma autorização prévia da ANP — *waiver* — para que o contratado

³⁸ MATEUS, Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 234.

³⁹ Luiz Cezar P. Quintans, *Conteúdo Local*, op. cit., p. 6.

deixe de cumprir o índice relativo ao respectivo item de conteúdo local da planilha, adequando-a.

Ao contrário, nos casos em que sequer há fornecedores locais, a cláusula de Conteúdo Local deixa, conforme expusemos, de incidir por falta de seu suposto fático, afigurando-se, então, ineficaz.

Nesta hipótese, como a cláusula se afigura ineficaz, a obrigação sequer nasceu, não havendo como ela ter seu cumprimento dispensado por quem quer que seja, nem ter por consequência a adaptação ou atualização da planilha apresentada pelo contratado em vista de tal circunstância.

Não há como se dispensar obrigação que ainda nem existe no mundo jurídico, da mesma forma que não se pode prorrogar contrato já extinto ou contrato ainda não vigente.

Além disso, as autorizações administrativas *lato sensu* têm que ser previstas expressamente, o que, nas minutas-padrão dos contratos de concessão elaboradas a partir da quinta rodada de licitações de blocos petrolíferos, incorre, já que as previsões contratuais ou regulamentares em geral se voltam exclusivamente para casos em que há fornecedores nacionais, mas nos quais, por alguma razão, é antieconômica sua contratação pela empresa de E&P.

Com efeito, prevendo as cláusulas dos contratos de E&P, em regra, em que a contratação local não será obrigatória se houver alguma outra justificativa razoável, é porque pressupõem existir um fornecedor local. No caso, então, de inexistirem fornecedores locais, estar-se-ia diante de uma hipótese não abarcada pelas minutas contratuais quanto à exigência de prévio consentimento administrativo, vigendo a regra geral cidadã *in favor libertate*.⁴⁰

Do ponto de vista da teoria geral das obrigações, nossas assertivas são tecnicamente minudenciadas por Luis Diez-Picazo em razão de a *conditio juris* da cláusula de Conteúdo Local gerar sua ineficácia automática, e não provocada. Vejamos.

Salvo as exceções em que cláusulas contratuais são subordinadas a uma decisão potestativa de uma das partes, em que temos a denominada ineficácia provocada (como um contrato que vige até que uma das partes decida denunciá-lo unilateralmente), as ineficácias de atos sujeitos a todas as outras modalidades de condições são ineficácias automáticas,

⁴⁰ Ademais, as restrições (sempre excepcionais) a direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, já que, fora do âmbito de sua incidência, vige a norma geral *pro libertate* inerente aos direitos fundamentais, *in casu*, a garantia da livre-iniciativa privada (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 296).

que se produzem por força mesma do ordenamento jurídico e sem necessidade de nenhum outro requisito adicional. A tradição jurídica denomina essa forma de produção do efeito jurídico como *ipso jure*, isto é, por obra do próprio Direito. A mesma ideia se expressa atualmente ao se dizer “de pleno direito”. [...] De “pleno direito” quer dizer que não é necessário que ninguém inste os órgãos jurisdicionais (e, acresceríamos, *a fortiori*, administrativos), ou, o que dá no mesmo, que seja necessária prévia declaração para que algo possa deixar de ser aplicado, e que, conseqüentemente, que há ineficácia desde o exato momento em que surge o contrato ineficaz. [...] Quando a ineficácia é automática, o contrato é desde sempre insusceptível de ser cumprido e nenhuma pessoa, nem qualquer funcionário da organização jurídica, pode dar algum efeito ao contrato (e, naturalmente, a alguma de suas cláusulas, se apenas uma delas estiver subordinada à condição) ou às pretensões que o tenham como fundamento,⁴¹

que, no caso, seriam as eventuais pretensões da ANP em sancionar o contratado ou submetê-lo nesse aspecto à sua prévia autorização.

Todavia, diante do silêncio do contrato, nada impede, ao revés, aconselha, que, por cautela, a administração pública seja consultada sobre o ponto, evitando-se futuras lides e a ameaça, ainda que a nosso ver improcedente, de aplicação de penalidades.

VII. Boas práticas e alocação de riscos na indústria do petróleo

Em qualquer questão envolvendo concessões petrolíferas sobre a qual não haja regra específica expressa e na qual, mesmo havendo regra, o caso concreto possa levar a mais de uma interpretação plausível, as boas práticas da indústria do petróleo devem constituir o guia principal da solução a ser adotada,⁴² já que é através delas que a ANP deve implementar o modelo propugnado pela Emenda Constitucional nº 09/1995, que possibilitou a

⁴¹ Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 459, excursos nossos.

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, v. 238, 2004.

flexibilização do exercício do monopólio do petróleo, e pela Lei do Petróleo, que a regulamentou.⁴³

Os contratos de E&P costumam definir 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 às aquelas experimentadas relativamente a aspecto ou aspectos relevantes das Operações, visando principalmente à 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.⁴⁴

Dessa definição, extraem-se, basicamente, os seguintes elementos: a prática deve ser encontrada internacionalmente, há de ser cautelosa, 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 e produção de petróleo, já que são muitas as peculiaridades e diferenças existentes entre elas.

Como já havíamos afirmado em outra oportunidade,⁴⁵ hoje se tem a consciência de que, quanto mais o direito conhecer o campo a ser regulado,

⁴³ “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).

⁴⁴ Minuta do contrato de concessão da Décima Rodada, cláusula n. 12.2.24, disponível em: <www.brasil-rouds.gov.br>.

⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ensaio de uma visão autopoietica do direito administrativo. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, v. 4, 2003.

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.

A adoção, encampação e respeito às “boas práticas internacionais da indústria do petróleo” nos contratos de E&P 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 seus objetivos fixados no seu art. 1º: proteção do interesse nacional, do desenvolvimento, do meio ambiente, dos consumidores, abastecimento dos derivados do petróleo, atração de investimentos, ampliação da competitividade do país no mercado internacional, promoção da 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,⁴⁶ segundo os quais

a insuficiência do instrumental administrativo tradicional deve ser complementada mediante a implementação na regulação administrativa de fórmulas autorregulativas 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 autorregulação 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 cláusulas gerais, que encontram a sua concreção a partir da remissão por elas realizada, [...] o que não é nenhuma novidade.

⁴⁶ VIVES, Marc Tarrés. *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 172 e 253.

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 tempo após a 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.⁴⁷

Trazendo esses balizamentos para a questão do Conteúdo Local, identificamos anteriormente que a prática internacional a ele concernente é considerá-lo uma obrigação de preferência ao fornecedor nacional, não uma obrigação absoluta de, a qualquer custo e existindo ou não fornecedores nacionais, contratá-los, até porque isso seria uma impossibilidade do ponto de vista da dinâmica do ordenamento jurídico: aplicar uma norma sem que seus pressupostos fáticos tenham se concretizado; gerar efeitos jurídicos sem subsunção de um fato à hipótese de incidência normativa.

E mais, as boas práticas da indústria internacional do petróleo têm como um de seus grandes objetivos justamente reduzir as incertezas nessa atividade, já por demais sujeita a riscos geológicos, políticos etc., e a adoção de uma postura imperativa como a anteriormente imaginada tornaria o contrato de E&P ainda mais arriscado, aleatório e, conseqüentemente, menos interessante para a iniciativa privada, com o que o preço de outorga a ser paga ao Estado diminuiria — todo risco é precificado.

Nessa esteira, tema também importante para a solução da questão é o da alocação de riscos nos contratos de E&P. É princípio básico da economia que cada risco deve ser atribuído à parte que tem sua gestão ou que melhor possa atuar para preveni-lo.

⁴⁷ Ibid., p. 274-275. Mas, na verdade, “a utilização do que hoje se chama de usos dos negócios como um critério de interpretação dos contratos e das cláusulas tem uma origem muito antiga. Na doutrina antiga era comum citar vários textos do Digesto” (Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 407).

Como esclarecem Mauricio Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, ao tratar dos contratos de parceria público-privada, mas em lições aplicáveis a todos os contratos da administração pública, sobretudo aos de longa duração:

sempre que o risco se referir a evento anódino à conduta do contratado (inclusive no que concerne ao conhecimento do próprio risco) e não puder ser por ele gerenciado adequadamente — mediante contratação de seguros, por exemplo, convém carregá-lo ao setor público, pois, dessa forma, seu preço só será repassado à Administração Pública [...] se e quando o sinistro ocorrer. Em suma, quando o parceiro privado não puder gerenciar um dado risco, convém atribuí-lo à Administração Pública.⁴⁸

Se assim a administração pública não proceder, violará os princípios constitucionais da eficiência e economicidade (arts. 37, *caput*, e 70, CF), já que o contratado já terá que embutir esse risco em sua proposta, e a administração pública e a coletividade com ele arcarão, independentemente de os fatos imprevisíveis efetivamente ocorrerem.

O risco em questão no presente artigo é haver ou não fornecedores locais.

Ora, é evidente que as empresas concessionárias têm poucos ou nenhum instrumento para fazer com que outros particulares optem por aquele negócio, nele invistam e se tornem seus fornecedores; ao passo que o Estado *latu sensu* tem todos os instrumentos fiscais, de fomento e regulatórios para tanto.

⁴⁸ RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: Parceria Público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 119-120. Os autores ilustram o entendimento a partir de uma obra de metrô, nos seguintes termos: “Muitas vezes, durante a perfuração dos túneis, encontram-se dutos ou cabos subterrâneos que não se sabia *a priori* estarem no caminho dos túneis. E não há como ter certeza de que não haverá dutos e cabos desconhecidos no subterrâneo de uma área urbana antiga. Nesse contexto, duas opções se delineiam quando da redação de um contrato para a construção de um metrô: a primeira é a Administração Pública ficar com o risco. Se ocorrerem as interferências imprevistas, a Administração terá que recompor o equilíbrio do contrato. A outra opção seria transferir o risco para o contratado. Neste caso, o contratado adicionaria na sua proposta comercial o valor equivalente a esse risco (precificação de risco). Como não há nada que o contratado possa fazer para saber se existem, ou não, interferências no caminho dos túneis do Metrô, como não há meio de evitá-las, ter-se-á uma situação em que a licitação restará vazia, pois nenhum parceiro privado terá interesse em contratar com a Administração, ou ele incluirá na sua proposta comercial o valor necessário à realização do remanejamento de todas as interferências possíveis, ocorram elas ou não. Como o risco de ocorrência das interferências estará embutido no preço do contratado, a Administração terá que pagar por elas em qualquer caso, havendo ou não” (p. 119).

Expressão dessa assertiva foi o fato de a própria ANP ter realizado estudos e ter assumido como possíveis certos índices de conteúdo local, chegando até a inscrevê-los nos editais publicados quanto a algumas rodadas de licitação realizadas. Daí se extrai que eventuais excessos de otimismo da parte do poder público não podem, naturalmente, prejudicar o particular, que não tem qualquer responsabilidade sobre as expectativas do Estado para o setor ou sobre por que elas não se realizaram.

Seria tão absurdo atribuir aos contratados os riscos pela pujança de um setor da economia (o parapetroleiro) quanto atribuir ao Estado os riscos geológicos pela descoberta ou não de petróleo, já que os contratados têm muito maior capacidade de gestão do risco geológico que o Estado.

Ademais, não cabe aos contratados fomentar e planejar a atividade de outros empresários ou até mesmo de setores inteiros da economia, como é a indústria parapetroleira. De sua parte, é o Estado o ente constitucionalmente competente e obrigado a planejar indutivamente as atividades da iniciativa privada (art., 174, CF).

O princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CF) agregado às boas práticas da indústria internacional do petróleo, encampadas pela Lei do Petróleo, deve iluminar a aplicação das leis e contratos petrolíferos, para que não se seja ineficiente ou menos eficiente em relação ao atendimento 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”.⁴⁹

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.⁵⁰ Caso se atribuisse ao contratado o risco pela existência de fornecedores nacionais, isso não seria um meio

⁴⁹ MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999. p. 95.

⁵⁰ “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*. Amministrazione e legalità — fonti normativi e ordinamenti (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999). Milão: Giuffrè, 2000. p. 45).

adequado para fomentar a indústria parapetroleira nacional, pois sancionaria o contratado sem que ele nada ou quase nada pudesse individualmente fazer para criar tais fornecedores nacionais.

Por mais que as multas o afligissem, ele continuaria sem poder trazer as grandes empresas internacionais do setor para se nacionalizarem, ou, tarefa ainda mais impossível, levar à criação pelo menos no médio prazo de novas empresas genuinamente nacionais para prestar os mesmos serviços e nas mesmas condições que aquelas gigantes internacionais são capazes de fazer. Lembremos que, na maioria das vezes, essas empresas fornecedoras são de porte econômico maior ou semelhante ao das próprias concessionárias de E&P.

Devemos ter em vista, adicionalmente, que o contrato de E&P petrolífera não visa precipuamente a obrigar o particular a fomentar a economia nacional, mas sim a produzir petróleo, e a interpretação contratual

não pode se desconectar dos resultados práticos e empíricos propostos pelas partes contratantes enquanto razão de ser do contrato. Por isso, além da função econômico-social que a regulação legal consigna para a espécie, haverá de ser valorada a causa concreta que para as partes o contrato tinha (no caso, o exercício da atividade de E&P). Isso significa que todas as manifestações contratuais são dirigidas à obtenção desse resultado empírico e que devem ser interpretadas da maneira mais adequada para que, sempre que possível, se obtenha esse resultado.⁵¹

Tal solução da mesma forma contrariaria, como visto, o princípio da boa-fé, que, “além de um ponto de partida, deve também ser um ponto de chegada. O contrato deve ser interpretado de maneira que o sentido que se lhe atribua seja o mais apropriado para chegar a um desenvolvimento das relações contratuais e para alcançar as consequências contratuais”.⁵²

Um dos desdobramentos da aplicação do princípio da boa-fé ao caso em exame será especificamente objeto do tópico seguinte.

⁵¹ Luis Diez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, op. cit., p. 404, excurso nosso.

⁵² *Ibid*, p. 308.

VIII. Interpretação *contra proferentem*

Constituindo o contrato de E&P, como todo contrato licitado pela administração, um contrato de adesão, o Estado preestabelece suas regras. Algumas delas constam diretamente do próprio edital de licitação/instrumento contratual a ele anexo, outras são fixadas em regulamentos a ele diretamente aplicáveis. No caso das obrigações de Conteúdo Local, elas são previstas tanto na legislação editada pela ANP como, densificando-a, no próprio contrato, tendo, assim, “uma natureza mista entre matéria regulada e obrigação contratual”.⁵³

Em sendo contrato de adesão,⁵⁴ ainda mais fortemente a interpretação deverá se dar conforme as cláusulas gerais de boa-fé, e em benefício do contratante que aderiu ao contrato e não exerceu plenamente sua liberdade contratual.

Acerca de tais contratos, também chamados de “contratos predispostos”, Atilio Anibal Alterini observa que a interpretação dos contratos de adesão deve ser feita “em sentido favorável à parte que não tem ingerência sobre a sua redação”.⁵⁵

O Código Civil de 2002, espelhando essa preocupação, determina que a interpretação das cláusulas ambíguas ou contraditórias se fará no sentido mais benéfico para o aderente (art. 423).⁵⁶

⁵³ Luiz Cezar P. Quintans, *Conteúdo Local*, op. cit., p. 190-191.

⁵⁴ “Tendo em vista que, no contrato de adesão, o aderente limita-se a justapor a sua vontade ao padrão elaborado pela outra parte (solicitante que estabelece previamente o conteúdo contratual e não mera oferta), seu dever é redigir as cláusulas com clareza, precisão e simplicidade. Se, não obstante, inserir condição obscura, imprecisa e complexa, capaz de suscitar dúvidas ao intérprete, caberá a este adotar o entendimento que for mais favorável ao aderente. Não tendo este a faculdade de debater, e sustentar estipulação menos onerosa, não pode ser sacrificado pela redação dada pelo outro contratante” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. III, p. 76). “O predisponente, o contratante forte, encontra nessa modalidade contratual um meio para expandir e potencializar sua vontade. Cabe ao legislador, e particularmente, ao julgador, traçar os limites dessa imposição de cláusulas, tendo em vista a posição do aderente, o contratante fraco. Daí concluirmos que não podemos defender hoje uma total liberdade contratual, porque a sociedade não mais a permite. Paradoxalmente, a plena liberdade contratual, nos dias atuais, se converteria na própria negação dessa liberdade [...]” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 382.)

⁵⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal. Bases para armar la teoria general del contrato en el derecho moderno. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 19, p. 17, jul./set. 1996.

⁵⁶ Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

O Tribunal Federal Regional da 4ª Região também já decidiu que: “em havendo dúvida concreta em relação à interpretação das condições da obrigação adesiva, contendo cláusulas inaplicáveis a espécie, circunstância confessada, descabida a leitura da mesma em detrimento daquele que simplesmente aceitou as referidas condições”.⁵⁷

Merecem igualmente ser invocados os princípios gerais de interpretação dos contratos favoráveis à parte mais fraca. De fato, em caso de obscuridade no contrato, o princípio é o da decisão contrária à parte mais forte, no caso o poder público, inclusive porque esse atua não apenas na condição de contratante, mas igualmente de autoridade reguladora e poder concedente.⁵⁸

O mesmo princípio, sob outro enfoque, recebe o nome de “regra da interpretação *contra proferentem*”⁵⁹ e, encontrando previsão expressa no art. 423 do Código Civil, significa que as dúvidas na interpretação dos contratos se resolvem contra quem os redigiu, isto é, a ANP, que previamente estabelece todas as cláusulas do contrato de E&P a ser celebrado com os particulares vendedores das rodadas de licitação.

Segundo Filippo Viglione, “as expressões ambíguas devem ser interpretadas no senso menos favorável à parte que predispôs o texto contratual”.⁶⁰ Isto porque, “quem elabora o contrato tem uma espécie de fardo de clareza, de modo que se pode acreditar que esse cânone de interpretação também desempenha uma importante função educativa de quem entra no mercado, orientando a formulação das cláusulas que regulamentam o contrato de modo claro e compreensível”.⁶¹

Assim, também por esse fundamento a melhor interpretação é aquela no sentido de o contratado não poder ser obrigado e, conseqüentemente, sancionado em razão de o setor parapetrolero de nossa economia ainda não poder suprir totalmente os índices ofertados em sua proposta dentro dos parâmetros fixados pelo próprio Estado que fez a licitação.

⁵⁷ AC — Apelação Cível; Processo: 95.04.53154-7 UF: SC.

⁵⁸ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 160.

⁵⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madri: Civitas, 1996. t. II — Las relaciones obligatorias, p. 413 e segs.

⁶⁰ VIGLIONE, Filippo. *L'interpretazione del contratto nel common law inglese*. Problemi e prospettive. Supplemento Annuale di studi e ricerche, 2008. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Tradução livre. p. 153 “le espressioni ambigue debbono essere intese nel senso meno favorevole alla parte che ha predisposto il testo contrattoriale.”

⁶¹ *Ibid.*, p. 154. Tradução livre.

IX. A posição da empresa de E&P e o fomento à indústria nacional como uma obrigação do Estado

Não é pelo fato de o contratado petrolífero assinar contrato de delegação de uma atividade estatal que ele passa a fazer parte da organização do Estado, podendo lhe ser imposta qualquer outra função que compita ao Estado. Seu âmbito de atribuições é restrito ao objeto do contrato que celebrou: a atividade de exploração e produção de petróleo. Por isso a administração pública não poderia se valer de um contrato com um objeto específico e como tal modelado, não só pela Lei do Petróleo, como pelo art. 177 da Constituição Federal, para obrigar o contratado a, por exemplo, fomentar setores da indústria nacional, tarefa que, como já vimos, não está no seu âmbito de possibilidades, por mais que se esforce.⁶²

Jordana de Pozas define fomento como

uma via média entre a inibição e o intervencionismo do Estado, que pretende conciliar a liberdade com o bem comum mediante a influência direta sobre a vontade do indivíduo para que queira o que convém para a satisfação da necessidade pública de que se trate. Poderíamos defini-la como a ação da Administração encaminhada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas devidos aos particulares e que satisfazem necessidades públicas ou se estimam de utilidade geral, sem utilizar a coação nem criar serviços públicos.⁶³

Na doutrina brasileira, Célia Cunha Mello afirma que

a proteção e a promoção do objeto fomentado correspondem à função de induzir, mediante estímulos e incentivos, os agentes fomentados

⁶² “A atratividade do setor petrolífero é fortemente influenciada pela competitividade do suprimento local. No caso brasileiro, a competitividade industrial é afetada pela excessiva carga tributária, custo elevado de financiamento, câmbio desfavorável, bem como por carências de atualização tecnológica” (PEDROSA, Oswaldo; GUIMARÃES, Paulo Buarque; FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, Eloi. Perspectivas do fornecimento de bens e serviços em regiões de E&P terrestre. In: FERREIRA, Doneivan Fernandes (Org.). *Produção de petróleo e gás em campos marginais: um nascente mercado no Brasil*. Campinas: Komedi, 2009. p. 446).

⁶³ DE POZAS, Jordana. Ensayo de una teoría de fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, p. 46, 1949. Apud ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 338.

a adotarem certos comportamentos, prescindindo, no entanto, de investimentos imperativos, cogentes. [...] A relação jurídico-administrativa de fomento público forma-se com base no consentimento do agente fomentado, que manifesta a vontade de adotar o comportamento almejado pelo Estado.⁶⁴

A atividade de fomento e de planejamento indutivo da iniciativa privada é função do Estado por determinação do art. 174, CF. Tanto é assim que o governo brasileiro tem efetivamente, com maior ou menor sucesso, chamado para si a responsabilidade por propiciar fornecedores com elevado Conteúdo Local para seus contratados de E&P, que demonstram que tais índices são objetivos graduais a serem buscados pelo Estado e, uma vez alcançados, vinculantes para os contratados.⁶⁵ Os contratados petrolíferos continuam, após a assinatura do contrato de E&P, com todas as suas qualificações de agentes privados, inclusive dentro do âmbito da atividade pública que lhes foi delegada.⁶⁶

Em informativo da própria ANP, em artigo dos então responsáveis pelas licitações por ela promovidas, é denotado que aos concessionários não é imposto um papel ativo direto na geração de fornecedores locais, caso eles

⁶⁴ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 29.

⁶⁵ “Nos pontos que lhe compete, a ANP tem trabalhado intensamente no sentido de possibilitar a elevação da participação dos fornecedores locais nas atividades de E&P. Entre as iniciativas realizadas pode-se citar: a criação de programas de capacitação de mão de obra e desenvolvimento tecnológico, e os convênios de cooperação com a Finep (“Projeto Tendências”) e o BNDES. Outra atuação decisiva da ANP é a de apoio na criação de agentes catalisadores do desenvolvimento do setor: criando cadastros e normatizações, divulgando a capacidade da indústria local. Um exemplo desta atuação foi a constituição da Organização Nacional da Indústria do Petróleo (Onip), em 1999, que tem se destacado no desenvolvimento organizado dos fornecedores brasileiros. O Projeto Tendências tem o objetivo de identificar as perspectivas do setor em termos de tecnologia e novas necessidades da indústria, permitindo então o direcionamento dos programas tecnológicos apoiados pela ANP, bem como outros esforços no sentido de manter o desenvolvimento dos fornecedores locais. Os convênios com o BNDES e a Onip visam constituir os mecanismos de verificação e aferição dos conteúdos locais realizados pelos concessionários. O programa CTPetro, gerenciado pelo MCT/Finep, e o programa de recursos humanos da ANP (PRH-ANP) são voltados à formação de recursos humanos e execução de atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D) em instituições brasileiras, podendo contribuir para a capacitação tecnológica dos fornecedores locais” (Daniel Cleverson Pedroso e José Guilherme de Souza Moreira, *A evolução da participação da indústria nacional na E&P de petróleo e gás natural após a flexibilização do monopólio no Brasil*, op. cit., p. 6)

⁶⁶ Eles não têm direito constitucional próprio e direto ao exercício daquelas atividades que são de titularidade estatal, mas, após recebida a delegação, essa posição contratual passa a integrar o seu patrimônio privado e, dentro do seu âmbito, exercerão os seus direitos de iniciativa econômica.

não existam, sendo eles obrigados somente a contratar os que já existirem no mercado. Vejamos: “A elevação da importância do percentual de aquisição local oferecido a partir da Quinta Rodada de Licitações sustenta e reforça o comprometimento da ANP com o desenvolvimento da indústria nacional, de maneira natural e competitiva, preservando a livre-iniciativa dos proponentes”.⁶⁷

Caso os contratos de E&P fossem interpretados como obrigando o particular a contratar com fornecedores nacionais a qualquer custo e, caso eles não existissem, obrigando-os a providenciar sua existência, teríamos muito mais do que uma obrigação acessória ou instrumental ao contrato; teríamos seu total desvirtuamento, com o contrato de E&P passando a obrigar o particular a fomentar determinado setor da economia, recebendo em troca a possibilidade de explorar e produzir petróleo, caso o encontrasse.

Tal postura contrariaria as características legais e constitucionais das concessões petrolíferas, por exemplo, em razão de um elemento contratual ao qual a Lei do Petróleo nem faz referência passar a ser o principal elemento do contrato de E&P. Isso sem falar que tal obrigação seria de cumprimento impraticável, como já visto, sobretudo em razão da grande concentração econômica existente na indústria parapetroleira mundial, principalmente na que reúne os elevados capitais e complexa tecnologia para atuar em águas profundas, limitada a apenas algumas poucas empresas transnacionais.

Estar-se-ia operando materialmente uma desapropriação indireta ou uma requisição de serviços do contratado privado, que se veria de fato até mudando o objeto principal de seu negócio, passando a ser muito mais um agente de fomento do que uma petroleira. “Apesar de a Administração Pública poder impor restrições à propriedade privada em prol do interesse público, elas têm a sua lógica limitação: a medida imposta não pode exceder o que, do ponto de vista técnico-jurídico, seja especificamente uma ‘restrição’; se os limites conceituais desta forem excedidos, a medida será írrita.”⁶⁸

Pierre Devolvé observa que, “se a liberdade empresarial é uma liberdade pública cujo exercício o Legislador pode, com apoio na Constituição, regulamentar, a existência em si da liberdade empresarial a ele se impõe: o Constituinte quis permitir ao Legislador proceder a ajustamentos ponderados

⁶⁷ Daniel Cleverson Pedroso e José Guilherme de Souza Moreira, A evolução da participação da indústria nacional na E&P de petróleo e gás natural após a flexibilização do monopólio no Brasil, op. cit., p. 6, grifamos.

⁶⁸ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975. t. VI, p. 47.

na liberdade empresarial; ele não permitiu que a própria liberdade empresarial fosse colocada em xeque”.⁶⁹

O núcleo essencial do direito de livre-iniciativa não pode, portanto, ser sacrificado por limitações prévias ou concomitantes à atividade, independentemente do interesse público invocado, por mais relevante que seja. Não que o direito deixe à própria sorte esses interesses públicos, mas essa via não é a adequada para realizá-los, havendo no ordenamento jurídico instrumentos destinados a efetivá-los, como o fomento por meio de bancos oficiais e demais programas de fomento que inclusive já têm sido desenvolvidos pela ANP, conforme relatado.

X. Fato da administração

Em sede doutrinária assim definimos o fato da administração: “Álea Administrativa do Fato da Administração é a ação ou omissão da Administração contratante que atinge concreta e diretamente [não é geral] a concessão”.⁷⁰

Nessa linha, Bartolome A. Fiorini⁷¹ define fato da administração como os “atos prejudiciais que proveem do poder estatal, especialmente da administração pública, que tornam mais gravoso o cumprimento do contrato”.

⁶⁹ DEVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998. p. 110-111. O permissivo explícito ou implícito da Constituição para limitações ao exercício de direitos constitucionais pode também ser considerado do ponto de vista da estrutura das normas constitucionais assecuratórias da liberdade de iniciativa econômica, especialmente o art. 170, parágrafo único, CF, que têm *ab ovo* eficácia plena, mas pode ter seu âmbito de eficácia reduzido por norma legal superveniente: “Sua eficácia e aplicabilidade ficam delimitadas ao equilíbrio perseguido pelo Estado” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 115). É lógico que a permissão constitucional dada ao legislador para restringir a intensidade da eficácia da norma constitucional assecuratória do direito não permite a retirada de toda a sua eficácia prática, podendo apenas conformá-la com outros valores constitucionais a ele pertinentes. Do contrário, estaríamos diante de uma improvável delegação de poder constituinte ao legislador, que poderia de fato ab-rogar, tornando vazia de conteúdo norma constitucional sem os procedimentos fixados para a reforma constitucional, o que, *ipso facto*, convolaria a nossa Constituição em uma Constituição flexível. Se o direito é assegurado pela constituição, o legislador (e com mais rigor a administração pública) pode regulamentá-lo, mas não o extinguir.

⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. XII.14.

⁷¹ FIORINI, Bartolome A. *Manual de derecho administrativo: primeira parte*. Buenos Aires: La Ley, 1968. p. 459.

Explica o autor que os fatos da administração produzem efeitos jurídicos mesmo não havendo uma vontade prévia intencionada para que isso aconteça. Em outras palavras, é um dado prático que produz efeitos jurídicos sem a necessária presença da vontade intencional de produção de um efeito jurídico. Cita como exemplos de fatos jurídicos a negligência e o descuido sem intenção subjetiva.⁷²

No caso das concessões petrolíferas e, especificamente, da cláusula de conteúdo local, o fato da administração a ser cogitado consistiria na estimativa excessivamente otimista da ANP dos índices com que a indústria parapetroleira nacional poderia suprir os seus contratados.⁷³

Pelo princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da sua interpretação conforme as leis e a Constituição, não se pode pressupor seu equívoco, devendo-se sempre buscar adotar a postura hermenêutica plausível que seja capaz de lhe dar um conteúdo que não tenha incidido em erros.

A proposta dos licitantes nesse critério de julgamento (maior Conteúdo Local) não é feita no sentido de que efetuarão exatamente aquele índice de Conteúdo Local, mas sim de que, toda vez que a indústria parapetroleira nacional for capaz de atendê-lo, deverá realizar os índices sempre na maior medida possível até alcançar o índice constante de sua proposta.

Todavia, apenas para tentar explorar todos os aspectos da questão, imaginemos, como exercício de argumentação, que assim não seja e que aqueles índices apresentados pela proposta, posto que dentro dos parâmetros fixados no edital, sejam imediatamente de responsabilidade do contratado, independentemente da realidade da indústria parapetroleira nacional.

Ora, se assim fosse, de qualquer forma o contrato teria que ser reequilibrado por fato da administração para permitir ao contratado o não cumprimento de tais índices sem a aplicação de qualquer sanção, seja pelos cânones dos contratos administrativos, seja, caso se entenda não pertencerem as

⁷² Ibid., p. 273-274.

⁷³ Se equívoco ocorreu, ele pode ser explicado talvez por uma falha de avaliação, conforme se vê no artigo publico em informativo da ANP pelo seu superintendente de Licitações e por analista técnico da mesma Superintendência, que, ao dividir os grupos de países quanto à capacidade de suas indústrias parapetroleiras, colocou o Brasil com os Estados Unidos, Inglaterra e Noruega (Daniel Cleversson Pedroso e José Guilherme de Souza Moreira, A evolução da participação da indústria nacional na E&P de petróleo e gás natural após a flexibilização do monopólio no Brasil, op. cit., p. 3). Ora, se nossa indústria realmente é bem mais evoluída do que a da Bolívia ou a da Nigéria, por outro lado certamente também está bem longe em termos de mobilização de capital e de tecnologia da indústria daqueles países, da qual provém a maioria das grandes empresas parapetroleiras do mundo, enquanto do Brasil até o momento não é nenhuma delas.

concessões petrolíferas a esta espécie contratual, pela teoria geral dos contratos (arts. 479 e 480, Código Civil).

Com efeito, pelos princípios da boa-fé, da confiança legítima e da presunção de veracidade dos atos administrativos, os licitantes tinham que confiar na plausibilidade dos parâmetros estabelecidos como piso e teto de Conteúdo Local pelo Estado, até porque é ele que tem, muito mais do que qualquer empresa privada, acesso a todos os dados e informações sobre a economia nacional capazes de lhe servir como base para a avaliação da capacidade da indústria parapetroleira nacional.

Não se poderia presumir que o Estado estaria disposto, por decisão própria e expressa, a aceitar propostas inexecutáveis, já que foi justamente “com o intuito de se evitar propostas incompatíveis com a capacidade de fornecimento da indústria nacional, que a ANP introduziu mais uma alteração na 7ª Rodada, qual seja, a fixação de um percentual máximo de Conteúdo Local”.⁷⁴

Poderia e deveria, então, o particular confiar que, se propusesse o percentual máximo de Conteúdo Local admitido pelo Estado, a economia nacional teria condições de atendê-lo. Se não tiver, o erro não terá sido do licitante que apresentou sua proposta dentro do estipulado pelo edital, mas sim do poder público que estabeleceu e previu erroneamente essa capacidade da indústria parapetroleira nacional.

Se, para argumentar, diversamente do que sustentamos nos tópicos anteriores, for considerado que a cláusula de Conteúdo Local é imediatamente eficaz, independentemente da existência de fornecedores nacionais, e logo após iniciado o contrato se verifica a irrealidade dos índices expressamente previstos pela administração pública, o contrato deveria ser ajustado.

Uma das formas desse ajuste seria a redução do índice constante da proposta por erro da administração em tê-lo admitido no edital, o que só prejudica o interesse público e os objetivos do marco regulatório do setor, pois, se no futuro a indústria parapetroleira nacional se desenvolvesse mais, sua contratação estaria limitada a esse índice, o que acessoriamente, mais uma vez, demonstra a im procedência da hipótese que apenas para argumentar estamos a explorar.

Fernando Vernalha Guimarães afirma que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro assegura que seja mantida uma relação de equidade

⁷⁴ ROSADO, Marilda, no prefácio à obra de Luiz Cezar P. Quintans, *Conteúdo Local*, op. cit.

econômica desde o início no contrato e, além disso, “se funda na realização, viabilização e continuidade do interesse público perseguido; de resto, fica ameaçada a eficácia contratual”.⁷⁵

Muito embora o reequilíbrio econômico-financeiro normalmente seja tratado como decorrente de fatos supervenientes à assinatura do contrato, já que essa é a regra, Carlos Ari Sundfeld explica que

nada impede que, durante o período que vai da entrega da proposta até a efetiva assinatura do contrato — portanto, antes de sua celebração —, venham a ocorrer fatos que tornem necessária a adaptação dos termos originais previstos no edital ou mesmo na proposta vencedora. [...] A regra da estrita e absoluta conformidade do contrato com os termos do edital de licitação e da proposta vencedora não é a solução mais adequada.⁷⁶

O que se demonstra aqui é a possibilidade de “reequilíbrio” econômico da própria proposta, naquelas hipóteses em que, mesmo antes da assinatura do contrato, ocorram fatores imputáveis ao licitante que tornem sua proposta inviável economicamente, ou em desconformidade com sua expectativa de remuneração, conforme formalizada em sua proposta originária, que, como já visto, tem que se basear nos dados e parâmetros colocados pela administração pública no edital de licitação.

Nessa linha, Toshio Mukai⁷⁷ aduz que

também cabe falar em reequilíbrio econômico-financeiro (reajuste ou revisão) da própria proposta; não só após termos o contrato celebrado. Se há que se manter a intangibilidade do equilíbrio entre encargos e remuneração da proposta, se houver, em certos casos, a elevação dos encargos antes da celebração do contrato [...], cremos caber, sem sombra de dúvida o reequilíbrio da equação “encargos-remuneração” da própria proposta, e o contrato então deverá ser celebrado com base nesta proposta reequilibrada.

⁷⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261.

⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. A vinculação ao edital da licitação e o problema da alteração das condições contratuais (parecer). *Interesse Público*, n. 23, p. 79-80, 2004.

⁷⁷ MUKAI, Toshio. Do reequilíbrio econômico-financeiro da proposta. *Interesse Público*, n. 36, p. 145-146, 2006.

Deveríamos assim, caso fosse adotada essa linha, classificar a ocorrência em pauta (admissão no edital de índices de conteúdo local além da efetiva capacidade da indústria nacional) como um fato da administração originário à licitação, isto é, uma ação ou omissão da administração pública contratante que atinge concreta e diretamente o contrato administrativo, desequilibrando a equação e gerando, portanto, direito à sua modificação por parte do contratado privado.

XI. Conclusão

Podemos concluir, à vista do exposto, que o contratado se vincula à proposta atinente ao conteúdo local que ofereceu na medida em que haja fornecedores nacionais capazes de atendê-lo. Trata-se de obrigação *ab ovo* condicionada à concretização do pressuposto fático da existência de fornecedores nacionais. O contratado permanece inteiramente vinculado ao percentual de Conteúdo Local fixado, mas a existência dessa obrigação é condicionada à verificação concreta do seu suporte fático. Sendo esse suporte fático verificado, a obrigação adquire plena eficácia, até então existente apenas *in fieri*.

O cumprimento dos percentuais de Conteúdo Local previsto nos contratos de E&P consiste em uma obrigação de preferência à indústria e serviços nacionais, e não uma obrigação de cumpri-los a qualquer custo, e em uma obrigação de meio, de propiciar aos virtuais interessados brasileiros acesso às informações necessárias à celebração do contrato. Nem poderia a obrigação de Conteúdo Local ter uma eficácia absoluta e imediata porque a base fática sobre a qual incide (mercado nacional parapetrolero) é totalmente estranha ao âmbito volitivo dos contratados. Isso significa que obrigação de cumprimento dos percentuais de Conteúdo Local é vinculante no limite fático da atuação possível do seu sujeito passivo (a existência de fornecedores nacionais).

Logo, a obrigatoriedade de manutenção do índice geral de Conteúdo Local só incide quando a obrigação chegar a existir — a adaptação da obrigação tem como pressuposto lógico o surgimento da própria obrigação.

As cláusulas que tratam da manutenção do índice geral de Conteúdo Local e da exigência de autorização prévia da ANP não serão de cumprimento obrigatório se houver alguma justificativa razoável, já que existem justamente pela suposição de que há fornecedor local. Se não existir o fornecedor local,

não surgirá a obrigação de Conteúdo Local e não há de se cogitar a aplicação dessas cláusulas, inclusive para efeito de prévia autorização da ANP.

A proposta dos licitantes nesse critério de julgamento, de maior percentual de Conteúdo Local, não significa que alcançarão exatamente aquele índice, mas sim que, toda vez que a indústria parapetroleira nacional for capaz de atendê-los, deverão realizar os índices na maior medida possível até alcançar o índice constante de sua proposta.

No caso de a indústria parapetroleira nacional desenvolver-se, mas não atingir os índices constantes do contrato, estaremos diante de uma impossibilidade parcial, e aí será o contratado que, por boa-fé, deverá atender parcialmente à obrigação. Se a obrigação de Conteúdo Local for de cumprimento parcialmente impossível, isso não implicará de forma alguma sua nulidade, mas sim sua ineficácia parcial, planos totalmente distintos dos negócios jurídicos.

O contrato de E&P, todavia, adiantando-se a eventuais arguições de equidade contratual, usualmente admite que, mesmo existindo fornecedores nacionais, e, portanto, incidindo a norma e consequentemente existindo a obrigação, esta poderá ter seu conteúdo modulado caso os fornecedores locais ofereçam condições comparativamente desvantajosas em termos de preço, prazo, tecnologia ou outra circunstância justificável. Nesses casos, a Cláusula de Conteúdo Local será eficaz, mas seu cumprimento não poderá ser exigido, como dispõem os contratos de E&P: os itens da planilha de Conteúdo Local em que os fornecedores nacionais não forem competitivos devem ser dispensados seguidos da recomposição global da planilha.

Em consequência, não há como os contratados descumprirem uma obrigação que não chegou a surgir e, logicamente, não há como serem punidos por tal descumprimento. Isso acarretaria uma inconstitucionalidade, porque a competência para o fomento da indústria nacional compete ao Estado, não ao contratado. É princípio básico da economia que cada risco deve ser atribuído à parte que tem sua gestão ou que melhor possa atuar para preveni-lo.

Assim, a administração pública não pode se valer de um contrato com um objeto específico e como tal modelado não só pela Lei do Petróleo como pelo art. 177, CF, para obrigar o contratado a, por exemplo, fomentar setores da indústria nacional. Postura diversa violaria os elementos necessidade e adequação do princípio da proporcionalidade, por estar impondo obrigação e sanção que de nada valeria para fomentar a indústria parapetroleira nacional, já que o particular não possui instrumentos para tanto, e por haver

meios menos onerosos para alcançar esse objetivo, como os programas oficiais de fomento.

Ad argumentadum, o particular deveria confiar que, se propusesse o percentual máximo de Conteúdo Local previsto pelo Estado, a economia nacional teria como atendê-lo. Se não tiver como fazê-lo, o erro de avaliação da logística nacional cometido pela administração não pode ser atribuído ao particular licitante que apresentou sua proposta de acordo com o estipulado pelo edital, mas sim ao poder público que estabeleceu e previu essa capacidade da indústria parapetroleira nacional, o que deveria acarretar no reequilíbrio da sua proposta.

Referências

ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1988.

ALTERINI, Atilio Aníbal. Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 19, p. 111-134, jul./set. 1996.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ensaio de uma visão autopoietica do direito administrativo. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, n. 4, p. 27-32, out./dez. 2003.

_____. As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, v. 238, p. 283-300, out. 2004.

_____. *O direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 1986.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ilícitos tributários: notas frias. *Revista de Direito Tributário — RDT*, n. 62, p. 22-32, out./dez. 1993.

CAMPOS, Adriana Fioritti. *Indústria do petróleo*. Reestruturação Sul-America anos 90. Rio de Janeiro: Interciência, 2007.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958.

DE POZAS, Jordana. Ensayo de uma teoría de fomento em el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, p. 41-54, 1949.

DEVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l'économie*. Paris: Dalloz, 1998.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madri: Civitas, 1996. t. I.

_____. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madri: Civitas, 1996. t. II: Las relaciones obligatorias.

FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, Eloi et al. *Dicionário do petróleo*. Rio de Janeiro: Lexikon, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1994.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

IANNOTTA, Lucio. *Principio di legalità e amministrazione di risultato*. Amministrazione e legalità — fonti normativi e ordinamenti (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999). Milão: Giuffrè, 2000.

LARENZ, Karl. *Derecho de las obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.

FIORINI, Bartolome A. *Manual de derecho administrativo: primeira parte*. Buenos Aires: La Ley, 1968.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975. t. IV.

MATEUS, Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999.

MUKAI, Toshio. Do reequilíbrio econômico-financeiro da proposta. *Interesse Público*, n. 36, p. 137-142, mar./abr. 2006.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEDROSA, Oswaldo; GUIMARÃES, Paulo Buarque; FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, Eloi. Perspectivas do fornecimento de bens e serviços em regiões de E&P terrestre. In: FERREIRA, Doneivan Fernandes (Org.). *Produção de petróleo e gás em campos marginais: um nascente mercado no Brasil*. Campinas: Komedi, 2009.

PEDROSO, Daniel Cleverson; SOUZA MOREIRA, José Guilherme de. A evolução da participação da indústria nacional na E&P de petróleo e gás natural após a flexibilização do monopólio no Brasil. *Conjuntura & Informação, Superintendência de Estudos Estratégicos — ANP*, n. 23, p. 1-6, ago./out. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. III.

QUINTANS, Luiz Cezar P. *Direito do petróleo: Conteúdo Local*. A evolução do modelo de contrato e o Conteúdo Local nas atividades de E&P no Brasil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2010.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REPSOLD JR., Hugo; FREITAS, Jucelino L. de; SOUZA, Renata Barrouin C. *Conteúdo Local no contrato de concessão: influências e perspectivas*. Rio de Janeiro: Rio Oil & Gás, 2004.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP: Parceria Público-privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. A vinculação ao edital da licitação e o problema da alteração das condições contratuais (parecer). *Interesse Público*, n. 23, p. 74-88, 2004.

TAVERN, Bernard. *Petroleum, industry and governments*. Chicago: Wolters Kluwer, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2006.

VIGLIONE, Filippo. *L'interpretazione del contratto nem common law inglese*. Problemi e prospettive. Supplemento Annuale di studi e ricerche. Milão: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2008.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación jurídica*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editore, 1999.

VIVES, Marc Tarrés. *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

ZAMITH, Regina. *A indústria parapetroleira nacional*. São Paulo: Annablume, 2001.