

Parecer

Direito de avaliação e eventual declaração de comercialidade da descoberta realizada no BC-400*

*Alexandre Santos de Aragão**

1. A consulta

Honra-nos a Petrobras — Petróleo Brasileiro S.A., por intermédio de sua ilustre gerente do Jurídico de Exploração e Produção, Cláudia da Costa Vasques Zacour, com consulta sobre a existência de direito à avaliação de descoberta havida na área correspondente ao bloco BC-400, na Bacia de Campos, cuja área de avaliação ora se inclui, segundo nos informa, no bloco C-M-273, constante do conjunto de blocos listados no pré-edital da nona rodada de licitação promovida pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis — ANP. Explica-se em detalhe.

A questão diz respeito à possibilidade de avaliação e eventual declaração de comercialidade, de uma descoberta localizada na área referente ao bloco BC-400.

Pedimos para passar, com certo detalhamento, a descrever os fatos ocorridos, o que é essencial para que deles possamos, de forma adequada, extrair o direito aplicável à espécie.

* O presente parecer foi anexado à petição inicial da ação proposta pela Petrobras em face da ANP, tendo como objeto, basicamente, a retirada do bloco em questão da 9ª Rodada de Licitação da ANP. Segundo informações divulgadas pela imprensa, a área veio, efetivamente, de forma voluntária, ser excluída do processo licitatório dias após a propositura da ação.

** Professor adjunto de direito administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Doutor em direito do Estado pela USP. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

A sequência de fatos começa, de acordo com a sua narrativa, no dia 26 de junho de 2003, quando a Petrobras, por intermédio da carta UN-EXP-234/2003, notifica a ANP sobre o início da perfuração do poço 1-BRSA-230-RJS, objeto da controvérsia. Um mês depois, a Petrobras envia nova carta — a carta UN-EXP-295/2003 —, informando, de acordo com o planejamento traçado para os blocos da rodada zero, quais poços, em 6 de agosto de 2003, estavam sendo perfurados e quais se encontravam em avaliação. Um deles, já no estágio de perfuração, vinha a ser o poço 1-BRSA-230-RJS. Na carta, a Petrobras ressalta o resultado de entendimentos mantidos com a agência reguladora quanto ao momento em que se consideraria terminada a fase de exploração do contrato de concessão:

De acordo com os entendimentos mantidos com V.Sa, entendemos que a fase de exploração dos contratos de concessão será automaticamente estendida até o abandono desses poços ou eventual declaração de comercialidade, na hipótese de descoberta, da mesma forma que serão resguardados os compromissos e direitos assegurados à concessionária nos respectivos contratos de concessão.

No dia 5 de agosto do mesmo ano, a Petrobras envia nova comunicação à ANP: a carta UN-EXP-331/2003, dando continuidade às informações prestadas anteriormente, apresenta a situação dos poços mencionados na correspondência de 25 de julho. Quanto ao poço 1-BRSA-230-RJS, a Petrobras informa o seguinte:

Quanto aos poços 4-BRSA-232-RJS, 4-BRSA-231 e 1-BRSA-230-RJS, informamos que os mesmos continuam em operação de perfuração, ao tempo em que solicitamos a retenção das áreas dos respectivos blocos, de acordo com as melhores práticas da indústria do petróleo, até sua conclusão e avaliação dos resultados, resguardando-se à concessionária o direito de, em caso de descoberta, proceder à declaração de comercialidade, mediante aprovação dos planos de avaliação por essa agência reguladora.

Dez dias após a Petrobras notificar a ANP quanto ao início da perfuração do poço 1-BRSA-230-RJS — o que foi feito, relembre-se, por intermédio da carta UN-EXP-234/2003 —, a agência reguladora, no ofício 633/2003/SEP, informa à consulete que, no que diz respeito à perfuração do poço 1-BRSA-230-RJS, a autarquia reafirmava seu “compromisso de garantir a continuidade das operações de perfuração, ainda que após 6 de agosto, até a conclusão dos poços, segundo as melhores práticas da indústria, com o objetivo de garantir, tão somente, os princípios de segurança operacional, preservação ambiental e integralidade da obtenção dos dados provenientes dessa perfuração”.

Em 15 de agosto de 2003, nove após o dia 6 de agosto, data nominal para o encerramento da fase de exploração, a Petrobras, com a carta UN-EXP 0354/2003, apresenta à ANP a notificação de descoberta do poço 1-BRSA-230-RJS.

Três dias depois, em 18 de agosto, a ANP, por intermédio do ofício 663/2003/SEP, reitera o posicionamento de seu ofício 633/2003/SEP: a continuidade das operações de perfuração, após 6 de agosto, dar-se-ia, apenas, para garantir a segurança operacional, a preservação ambiental e a integralidade da obtenção dos dados provenientes da perfuração. Nesse ofício, a agência afirma que “a notificação de descoberta tem valor meramente informativo, não garantindo qualquer direito de uma possível avaliação e/ou extensão de prazo da fase de exploração”, tendo a fase de exploração se encerrado no dia 6 de agosto.

Em 27 de agosto de 2003, a Petrobras, pela carta UN-EXP 377/2003, solicita a reconsideração do posicionamento da ANP. Dividida em duas partes, uma técnica e outra jurídica, a carta principia afirmando que o alto risco é inerente à indústria do petróleo e que a concessionária já realizou grandes investimentos na exploração do bloco BC-400. A perfuração em águas ultraprofundas potencializa riscos e custos. No caso específico do poço 1-BRSA-230-RJS, informa a consulente, problemas diversos redundaram num atraso de 10 dias. Os fundamentos jurídicos da reconsideração são apresentados da seguinte forma: (i) o prazo final da fase de exploração constitui condição resolutiva, cuja ocorrência não pode retroagir, afetando direitos gerados durante o prazo anterior à sua ocorrência; (ii) negar o direito da concessionária à avaliação da descoberta significa violar o princípio da boa-fé, a razoabilidade, o equilíbrio econômico e a função social do contrato e, ainda, desatender às expectativas legítimas, geradas pela ANP, quanto ao direito à avaliação da descoberta; (iii) os diversos atrasos na perfuração do poço configuram eventos de força maior, de forma a justificar o direito à avaliação mesmo depois de 6 de agosto; e, por fim, (iv) as referências, legais e contratuais, à “regulação pautada pela praticidade” e às “melhores práticas da indústria do petróleo”, tais como entendidas por diversos países, permitem a revisão da decisão, garantindo à Petrobras o direito à avaliação da descoberta.

No dia 18 de setembro, a Petrobras encaminha à ANP o plano de avaliação de descoberta realizada no poço 1-BRSA-230-RJS.

Já em outubro, no dia 14, a Superintendência de Exploração da ANP remete à Procuradoria Geral o memorando 124/SEP, afirmando que, em conformidade com o entendimento unânime da indústria, inseriu-se, no anexo II dos contratos de concessão celebrados a partir da quarta rodada de licitação, dispositivo contratual que permite autorizar a avaliação e eventual declaração de comercialidade de des-

coberta em poço perfurado antes do fim da fase de exploração, mas que ainda não haja atingido seu objetivo estratigráfico quando de seu término.¹

No dia 6 de novembro, a Procuradoria Federal junto à ANP, através do procurador Henrique Pasquinnelli Castello de Almeida Oliveira, profere parecer — a nota Proge 1.076-03 —, aprovado pelo procurador-geral, concluindo que a Petrobras não possui direito à avaliação e, eventualmente, a declarar a comercialidade da descoberta referente ao poço localizado no bloco BC-400. Em síntese, rebatendo os argumentos trazidos pela Petrobras na carta UNP-EXP 377/2003, o parecer afirma que (i) o concessionário deixou para explorar a área do bloco no último momento, devendo arcar com os riscos da postura; (ii) os ofícios da ANP, pelo conteúdo de suas afirmações, não geraram expectativa de continuidade das operações após o término do contrato, e, ainda que assim o fizessem, seriam ilegais; (iii) não se pode invocar norma do Código Civil para disciplinar contrato de concessão de petróleo, espécie de contrato regido pelo direito público; (iv) os termos do contrato são expressos em que o contrato se encerrava no dia 6 de agosto; (v) a ANP não deve exercer tutela protetiva dos concessionários, lembrando-lhes do cumprimento dos prazos contratados, pelo que restariam afastadas as alegações de violação, por parte da ANP, à boa-fé, à segurança jurídica, à função social do contrato e à razoabilidade; (vi) não haveria qualquer desrespeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e (vii) não seria cabível a invocação de disposições contidas em acordos internacionais como “melhores práticas da indústria do petróleo”, uma vez que inexistia qualquer omissão contratual a ser suprida. Assim, a posição da ANP é mantida, e a Petrobras é disso informada por meio do ofício 945/2003/SEP.

Em 22 de janeiro de 2004, a Petrobras envia ao diretor-geral da ANP a carta DE&P 50.002/2004, na qual, depois de resumir todo o caso, solicita a reavaliação dos termos do ofício 945/2003/SEP. O procurador Henrique de Almeida Oliveira, em despacho manuscrito apostado na carta e dirigido ao procurador-geral, informa que se trata de pedido semelhante àquele sobre o qual já havia se pronunciado.

No mês seguinte, no dia 6, o então superintendente interino de exploração da ANP, Antônio Bittencourt, apresenta à Diretoria a proposta de ação 92/2004, com o objetivo de que a autarquia viesse reconhecer os direitos da Petrobras sobre a descoberta havida na área do bloco BC-400. Informações adicionais acerca do plano de avaliação são requeridas pela ANP à Petrobras (carta E&P-CORP 0029/2004), providências são sugeridas (nota técnica 10/2004) e o plano de avaliação é, afi-

¹ De acordo com a íntegra do dispositivo contratual: “4 — Caso o concessionário já tenha iniciado a perfuração de um poço exploratório e este poço não tenha atingido seu objetivo estratigráfico até o final do prazo definido neste anexo II, a ANP poderá prorrogar a fase de exploração durante o tempo necessário para que o poço atinja esse objetivo estratigráfico. A solicitação fundamentada de prorrogação deverá ser encaminhada pela concessionária à ANP com antecedência mínima de 72 horas”.

nal, alterado e comunicado à autoridade reguladora (carta E&P-EXP 0048/2004). A proposta de ação 92/2004 é respondida, em 21 de setembro, pelo então superintendente Jonas Castro, recomendando que o pleito da Petrobras fosse acatado, entre outras razões, porque

a ANP teria a oportunidade de assegurar, já para o próximo ano, cerca de US\$ 27 milhões adicionais em investimentos exploratórios; além disso, potencializar as chances de que ocorra uma declaração de comercialidade no escopo do contrato BC-400, conferindo a essa concessão um final coroado de sucesso, o que não será garantido no caso contrário.

Gostaríamos de ressaltar que é nosso entendimento também que segundo as melhores práticas a decisão da ANP não poderá ser outra que não a de atender o pleito do concessionário e, ainda, que não parece razoável que a ANP exija que o concessionário siga as melhores práticas, mas não o faça nesta questão específica, ainda mais quando as vantagens para o contrato e para a União parecem tão evidentes.

A proposta de ação 92/2004, substituída, sem alteração de orientação, pela proposta de ação 600/2004, é submetida, em 12 de janeiro de 2005, à apreciação do colegiado da ANP. A diretoria da ANP, por intermédio da deliberação 332, indefere a recomendação contida na proposta. Em 3 de fevereiro de 2005, o ofício 111/2005/SEP dá conhecimento à Petrobras do resultado da decisão.

No dia 11 de fevereiro, a Petrobras interpõe recurso administrativo em face da Deliberação 332 (carta jurídico/4102/2005), mas solicita sua desconsideração. Apesar disso, e ainda inconformada com a decisão da diretoria, a consulente, por intermédio da carta DE&P-50.043/2005, apresenta novas razões para a reconsideração da decisão de não permitir a avaliação da descoberta. O ofício 173/DI-NRM informa que a pretensão foi rechaçada.

Considerando a gravidade da decisão, reuniões são realizadas entre o presidente da Petrobras e o diretor-geral da ANP, e a Procuradoria Geral Federal junto à ANP e o Departamento Jurídico da Petrobras, sem resultados conclusivos.

Por fim, em 23 de agosto de 2007, a ANP divulga seu pré-edital, apresentando as áreas que serão ofertadas por ocasião da nona rodada de licitações. Segundo narra a consulente, área do bloco C-M-273 listada no pré-edital corresponde justamente à área do plano de avaliação do seu bloco BC-400.

Diante dessa situação, cuja complexidade é demonstrada pela simples narrativa dos eventos até agora ocorridos, indaga-nos a consulente:

1. Considerando que o início da perfuração do poço 1-BRSA-230-RJS, localizado no bloco BC-400, ocorreu ainda dentro da fase de exploração,

mas seu objetivo estratigráfico veio a ser alcançado poucos dias após o termo final daquela, a ANP deve reconhecer o direito da Petrobras avaliar e, eventualmente, declarar a comercialidade da descoberta notificada na data de 15 de agosto de 2003?

2. Pode a ANP, diante do art. 44, VI, da Lei do Petróleo, refutar condutas que consubstanciem “melhores práticas internacionais da indústria do petróleo”, ainda que não expressamente referidas no contrato de concessão?

3. É possível afirmar que a decisão da Diretoria da ANP, ao não permitir a avaliação da descoberta, de forma contrária à própria apreciação de sua área técnica, é nula? Haveria outros vícios processuais? Em caso afirmativo, quais seriam as suas consequências?

4. Pode a ANP incluir a área em suas futuras rodadas de licitação? Em caso negativo, quais as consequências, para terceiros que venham a adjudicá-la, em caso de êxito da Petrobras em eventual ação judicial para fazer valer os seus direitos exploratórios sobre ela?

São a esses quesitos que, com base na documentação e informações apresentadas — as mais relevantes delas acima narradas —, passamos a analisar as questões, iniciando pela análise do contexto constitucional e legislativo na qual estão inseridas, que são o norte da interpretação necessária a respondê-las.

Em nossa análise estarão presentes, além das lições do direito administrativo regulatório e, especificamente, do direito público do petróleo, também as contribuições, tanto clássicas quanto contemporâneas, da teoria geral do direito e da teoria geral dos contratos.²

2. Boas práticas da indústria do petróleo: aproveitamento dos investimentos e vinculação entre investidor e fruidor

Os contratos de exploração e produção de petróleo e gás são, como se sabe, estruturados em fases sucessivas, com o início da posterior condicionada ao suces-

² Essas disciplinas, por seu próprio caráter geral, regem tanto os contratos administrativos quanto os contratos de direito privado, razão pela qual se tornam inteiramente despiciendas, para esse efeito, as intensas discussões sobre a natureza jurídica dos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás. Sobre elas ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *Revista de Direito Administrativo*, v. 239, p. 411-438, jan./mar. 2005.

so da anterior. Inicialmente há a fase de exploração, em que determinada área é pesquisada com intuito de se aferir a existência de hidrocarbonetos. Uma vez encontrados, a descoberta tem sua comercialidade avaliada. Diante de uma avaliação positiva, desenvolve-se a estrutura necessária a se iniciar a produção — é a “fase de desenvolvimento”. Concluída essa, inicia-se a produção propriamente dita, na qual a concessionária terá o direito de, pelo prazo previsto no edital, auferir os frutos da jazida.

O interesse da concessionária centra-se, obviamente, na eventual fase de produção. Na fase de exploração levantará os dados que permitam pesquisar a existência de hidrocarbonetos e auferir a viabilidade ou não da produção, através da avaliação de eventual descoberta. À concedente é que, mesmo que não seja encontrado hidrocarboneto comercializável, interessa a fase de exploração, pois os dados nela produzidos são de sua propriedade (art. 22 da Lei do Petróleo).

O problema analisado no parecer diz respeito, especificamente, sobre a possibilidade de avaliar descoberta realizada e, a depender do resultado da avaliação, haver ou não a declaração de comercialidade, com a passagem, ou não, da fase de exploração para a de produção. A perfuração, no bloco BC-400, do poço indicado pela sigla 1-BRSA-230-RJS, iniciou-se no dia 26 de junho de 2003, durante, naturalmente, a fase de exploração. O fim do prazo previsto para que o objeto contratualmente estabelecido para a fase de exploração fosse executado seria o dia 6 de agosto de 2003.

Duas correspondências da ANP afirmam que a agência reguladora garantiria a continuidade das operações de perfuração mesmo depois de 6 de agosto até sua conclusão, mas com o propósito, somente, de garantir a segurança operacional, a preservação do meio ambiente e a integralidade da obtenção dos dados advindos da perfuração. No dia 15 de agosto a Petrobras apresenta a notificação de descoberta e, no dia 18 de setembro, apresenta o plano de avaliação da descoberta recém-encontrada, plano este que seguiu as recomendações emitidas pela ANP *in concreto*.

A polêmica surge a partir daí: apesar dos órgãos técnicos da ANP concordarem com a possibilidade de a concessionária efetuar a avaliação e declarar a comercialidade da descoberta, a Procuradoria Geral entendeu que o contrato de concessão encerrou-se, sem sucesso, no dia 6 de agosto de 2003, opinião encampada pela Direção Colegiada da agência.

A opção pelo encerramento do contrato desconsidera os enormes investimentos já feitos pela consulente, sendo que, como informado, a perfuração é de poço ultraprofundo, em que riscos e custos aumentam de forma exponencial.

Na definição das opções adequadas e das interpretações razoáveis a serem procedidas pela ANP e pelos órgãos que vierem a controlar seus atos e omissões, as “boas práticas internacionais da indústria do petróleo” (arts. 8º, IX, e 44, VI, da

Lei Federal nº 9.478/97 — a Lei do Petróleo),^{3,4} entre as quais a do não desperdício de investimentos e a necessidade de se atribuir a fruição das descobertas a quem fez os investimentos necessários para realizá-la, possuem papel primordial, já que é através delas que a ANP implementa os objetivos maiores da Lei do Petróleo.⁵

Tais práticas, expõe Maria D'Assunção Costa Menezello, “são amplamente conhecidas e decorrem das recentes normalizações internacionais ou de usos consagrados, com qualidade e eficiência para todos os envolvidos, proporcionando uma evolução constante das técnicas e dos conhecimentos científicos”.⁶ Sendo o contrato de concessão petrolífera verdadeiro “acordo de desenvolvimento econômico”,⁷ o reconhecimento de direitos em favor da concessionária, de molde a aproveitar e potencializar investimentos já realizados pelo Estado ou por particular delegatário, conecta-se diretamente com a busca de racionalização econômica e ambiental dos investimentos e incremento da produção, alcançando-se, com maior eficiência, os objetivos da Lei do Petróleo.

Como já havíamos afirmado,⁸ hoje se tem a consciência de que, quanto mais o direito conhecer o campo a ser regulado, mais chances terá de propiciar uma regulação eficiente e dotada de maior efetividade. Se a assertiva é correta de maneira geral, deve ser reforçada em relação à regulação da economia.

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

Merece uma especial atenção, assim, a tecnicidade do marco regulatório das atividades petrolíferas, que desde o seu surgimento, nos Estados Unidos, foram se desenvolvendo de maneira empírica, que hoje poderia ser chamada de autorregulada. Isso se refletiu na encampação de exigências técnicas e econômicas da

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor. *Revista de Direito Administrativo — RDA*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 1-20, 2005.

⁴ A própria ANP possui definição do que sejam as “melhores práticas da indústria do petróleo”, de acordo com a definição constante da Portaria ANP 90/2000: “Melhores práticas da indústria do petróleo — São práticas e procedimentos visando à maximização da recuperação dos recursos petrolíferos de forma técnica e economicamente sustentável e que estejam em consonância com a conservação e o uso racional de petróleo e gás natural, controle do declínio das reservas e preservação do meio ambiente”.

⁵ “Constituí (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).

⁶ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 137.

⁷ Cf. BUCHEB, José Alberto. *A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 11.

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Ensaio de uma visão autopoética do direito administrativo. *Revista de Direito Público da Economia — RDPE*, v. 1, p. 9-15, 2003.

indústria por parte do marco regulatório estatal, “tecnicidade relacionada com a especificidade das atividades a serem disciplinadas, que necessitam de normas pontuais, remetidas à autonomia de órgãos técnicos, organizando setores específicos e assegurando a flexibilidade e a permeabilidade às exigências da sociedade econômica”.⁹

Em relação aos preceitos legais que, a exemplo dos arts. 8º, IX, e 44, VI, da Lei do Petróleo, encampam práticas disseminadas entre os agentes de determinado setor econômico, são essenciais os ensinamentos de Marc Tarrés Vives,¹⁰ 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 umas cláusulas gerais, que encontram a sua concreção a partir da remissão por elas realizada, (...) o que não é nenhuma novidade.

Mais adiante, leciona que

o uso desse tipo de expressões (como a de boas práticas da indústria do petróleo) por parte das normas jurídicas demonstra uma renúncia explícita do legislador à elaboração detalhada de regulamentações técnicas que, na verdade, poderiam tornar-se obsoletas pouco tempo após a sua publicação, devendo-se reconhecer também que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados com esse objetivo constitui uma técnica legislativa amplamente adotada em áreas bem diversas, como a dos produtos industriais, das tecnologias da informação, meio ambiente, economia etc.¹¹

⁹ Coccozza, Francesco. *Profili di diritto costituzionale applicato all'economia*. v. I (Incidenza dei rapporti economici sull'organizzazione del potere politico e sul sistema delle fonti del diritto), Torino: G. Giappichelli Editore, 1999. p. 171.

¹⁰ Vives, Marc Tarrés. *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 172 e 253.

¹¹ *Ibid.* p. 274-275 (excurso entre parênteses nosso).

Tratando dos códigos de “boas práticas” dos agentes econômicos de determinado setor, o autor afirma que elas

condensam critérios normas e valores que são formulados e seguidos no marco de uma atividade empresarial ou profissional. Adverte M. Darnaculetta que “os códigos (de boas práticas) podem conter, não só uma relação de valores, como também uma descrição das condutas consideradas de acordo com tais valores e as condutas reprováveis por serem contrárias aos mesmos”.¹²

A adoção, encampação e respeito às “boas práticas internacionais da indústria do petróleo” nos contratos de concessão da ANP, inclusive com vistas à “racionalização da produção” (arts. 8º, IX, e 44, VI, Lei do Petróleo), constitui o meio por excelência eleito pela lei para melhor atingir os objetivos fixados no art. 1º (proteção do interesse nacional, do desenvolvimento, do meio ambiente, dos consumidores, garantir o fornecimento nacional dos derivados do petróleo, atração de investimentos, ampliar a competitividade do país no mercado internacional, promover a concorrência etc.).

O aspecto ambiental, de relevo inclusive constitucional (art. 225, CF), deve ser destacado, já que, também por ser atividade de elevados riscos ambientais, devem ser aproveitados dos investimentos com a exploração de petróleo. Além de ser economicamente irracional e ineficiente, do ponto de vista tanto da concessionária (que terá desperdiçado recursos), como da União/ANP (que verá postergada a produção), a repetição de investimentos também significa a repetição dos riscos ambientais.¹³

A conclusão também é reforçada pelo princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CF), já que “a eficiência consistiria na satisfação da necessidade com a utilização de recursos humanos, de tempo, econômicos — com a maior racionalidade”.¹⁴

Pois bem: qualquer decisão versando sobre contrato de concessão de exploração e produção de petróleo que, de forma excessivamente rigorosa e sem sólida

¹² Vives, Marc Tarrés. *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003. p. 237.

¹³ Como observa Beatriz Silvia Krom, “o conceito de racionalidade na concessão e exploração de recursos minerais pode ser analisado do ponto de vista técnico ou conservacionista, ou do ponto de vista econômico. A exploração deve ser racional, ou seja, deve ajustar-se às regras da razão ou de uma boa administração do recurso, tanto para evitar danos às jazidas, como para proteger o ambiente dos prejuízos que a sua exploração pode ocasionar”. KROM, Beatriz Silvia. *La minería sustentable del milenio*. Buenos Aires: Editorial Estudio, 2000. p. 409-410.

¹⁴ Nielsen, Federico. La razonabilidad y la eficiencia como principios generales de la contratación administrativa. *Cuestiones de contratos administrativos em homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2007. p. 579.

relação de custo-benefício que a justifique de modo cabal, acarretar o desaproveitamento de investimentos econômicos e humanos já despendidos, viola os arts. 8º, IX, e 44, VI, da Lei do Petróleo.¹⁵

Ademais, também deve ser extraído das boas práticas da indústria do petróleo, do caráter comutativo da concessão, da vedação de enriquecimento sem causa e até mesmo da equidade, o subprincípio de que os benefícios dos investimentos realizados devem ser atribuídos a quem os realizou.

Corroborando esses dois subprincípios decorrentes do princípio maior do respeito às boas práticas, o contrato de concessão do bloco BC-400, em seu item 29.5, não deixa margem a dúvidas: “A ANP se compromete, sempre que tiver de exercer seu poder discricionário, a fazê-lo justificadamente, observando a legislação e regulamentação aplicáveis, bem como atendendo, *de forma explícita*, às melhores práticas da indústria do petróleo” (grifamos).

Como as leis e os contratos não contêm palavras inúteis, é interessante notar que o contrato de concessão não estabeleceu apenas o dever da ANP cumprir as melhores práticas da indústria do petróleo, indo além: preceitua que deve fazê-lo “de forma explícita”,¹⁶ elevando, dessa forma, as melhores práticas ao eixo principal que deve guiar a interpretação e aplicação do contrato, como que estabelecendo uma hierarquia imprópria das melhores práticas sobre os demais preceitos contratuais. Nem poderia ser diferente, pois ao contrário de muitas cláusulas contratuais (criadas pela ANP a cada rodada de licitação), sua cogência já é previamente fixada na própria Lei do Petróleo.

Se entre as melhores práticas da indústria encontram-se: (i) o aproveitamento dos investimentos realizados na fase de exploração; e (ii) a fruição da descoberta pela empresa que, assumindo altíssimos riscos, realiza a perfuração, — o que, mais que boa prática, é mesmo imperativo de justiça material —, então a Lei do Petróleo e o contrato de concessão reconhecem o direito da Petrobras avaliar e, se for o caso, comercializar a descoberta havida apenas nove dias após o dia 6 de agosto de 2003.

¹⁵ De acordo com Alfonso Figueroa e Marina Gascón, são cinco os critérios que permitem entender como “justificada” uma decisão administrativa ou judicial: a decisão deve ser (i) consistente — deve ser logicamente compatível com as normas do sistema; (ii) coerente com decisões anteriores e com todos os princípios aplicáveis ao caso; (iii) universalizável; (iv) correta — o critério geral utilizado para solucionar o caso não é incorreto e foi bem aplicado àquela questão; e, afinal, (v) suas consequências devem ser aceitáveis. Aqui, a solução proposta pela Diretoria da ANP é inconsistente (ignora grande parte das normas do sistema de regulação do petróleo) e produz consequências inaceitáveis, a saber, a perda de milhões de reais, já investidos, no exato momento em que se vislumbra a oportunidade de sua recuperação (mais sobre o ponto no curso do parecer). ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso J. García. *La argumentación en el derecho*. 2. ed. Lima: Palestra Editores, 2005.

¹⁶ A expressão “de forma implícita” *in casu* não pode ser compreendida apenas no sentido de que a ANP deve aplicar as boas práticas de forma clara, até porque toda atuação da administração pública, em virtude dos princípios constitucionais da transparência, publicidade e boa-fé, deve sempre ser “explícita”, jamais implícita ou secreta, disfarçada. A expressão só pode ser assim compreendida como determinadora da ênfase e preponderância que a aplicação das melhores práticas deve ter.

Pelo contrato, a ANP, no exercício da sua competência de autorizar a avaliação da descoberta, deverá fazê-lo seguindo, “de forma explícita” — entenda-se: de forma direta, imediata, contundente —, as melhores práticas da indústria. Reconhecer e acatar as boas práticas não é opção administrativa, sugestão para a interpretação ou critério metodológico atuante sobre casos omissos ou obscuros (como, aliás, pareceu entender a Procuradoria Federal na ANP¹⁷), mas dever legal e contratual (arts. 8º, IX, e 44, VI, da Lei do Petróleo; item 29.5 do contrato de concessão).

Entre duas opções à primeira vista cogitáveis — a de que o contrato teria expirado, sem garantia de avaliação da descoberta, no dia 6 de agosto; e a segunda, pela qual, mesmo após essa data, deve-se reconhecer o direito de a Petrobras avaliar e, eventualmente, declarar a comercialidade da descoberta —, só esta, na verdade, ultrapassa o teste da juridicidade, já que é a única em que a ANP “atende, de forma explícita, às melhores práticas da indústria do petróleo”. Ademais, a primeira, mercê de seu literalismo,¹⁸ não contribui para a concretização dos objetivos da Lei do Petróleo.

Em segundo lugar, os próprios contratos de concessão petrolífera celebrados a partir da quarta rodada de licitações passaram a incluir, de modo expresso e inequívoco, em seu corpo textual, dispositivo que reconhece a boa prática da indústria que é o objeto desta polêmica.¹⁹

¹⁷ De acordo com trecho da Nota Proge 1.076-03: “Não nos parece cabível, ainda, invocar disposições contidas em acordos internacionais, como ‘melhores práticas da indústria do petróleo’, já que, como visto, não há qualquer omissão contratual a ser suprida”. Não há realmente omissão, mas sim preenchimento de lacunas aparentes pelas boas práticas da indústria. Não é o fato do contrato não enunciar expressamente esta ou aquela boa prática (nem poderia enunciá-las todas, já que são, por sua própria natureza, dinâmicas) que ela não é aplicável. Sempre que a boa prática não contrariar regra expressa legal será diretamente aplicável por expressa remissão da própria lei.

¹⁸ A respeito da pobreza da interpretação meramente literal vale a pena citar a espirituosa passagem de voto proferido pelo ministro Luiz Galloti: “De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Cléia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso” (apud BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 120).

¹⁹ Pelo princípio do *trial and error* das políticas públicas, a administração pública deve estar constantemente avaliando as consequências práticas das suas normas jurídicas. “Falamos de avaliações e de efeitos jurídicos, mas importantes estudos aprofundaram a questão das consequências socioeconômicas das decisões dos poderes públicos, inclusive aquelas dos tribunais. Penso, por um lado, na abordagem funcionalística de Niklas Luhmann, (...), e, por outro, na escola de *Law and Economics*, que, em substância, se centra sobre a proposta de submeter toda decisão pública a critérios de avaliação das suas consequências jurídicas”. PINELLI, Cesare. Intervento. In: *Amministrazione e legalità — Fonti Normativi e Ordinamenti (Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999)*, Milano: Giuffrè Editore, 2000. p. 308. “O princípio da retroação na má gestão permite assegurar os efeitos de aprendizagem e correção de erros, que é necessária em toda organização no novo sistema de adaptação constante ao redor da organização. Isso implica grande flexibilidade da regras administrativas e a autonomia dos administradores para modificar suas próprias regras, em razão de seus resultados e de sua própria avaliação”. CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na Era da Informação (tradução Noêmia Espíndola). In: *Sociedade e Estado em transformação*. BRESSER-PEREIRA, L. C.; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Orgs.). Unesp, Enap e Imprensa Oficial. Brasília, 1999.

4 — Caso o concessionário já tenha iniciado a perfuração de um poço exploratório e este poço não tenha atingido seu objetivo estratigráfico até o final do prazo definido neste Anexo II, a ANP poderá prorrogar a fase de exploração durante o tempo necessário para que o poço atinja esse objetivo estratigráfico. A solicitação fundamentada de prorrogação deverá ser encaminhada pela concessionária à ANP com antecedência mínima de 72 horas.

A inclusão contratual possuiu, então, valor meramente declaratório — destinada a dar maior segurança jurídica e evitar conflitos como o presente —, na medida em que reconheceu expressamente uma das práticas da indústria do petróleo que, de toda sorte, já seria aplicável aos contratos por força diretamente da Lei do Petróleo, como será visto, inclusive, no tópico seguinte. É por essa razão que, por exemplo, eventuais hipóteses de prorrogação previstas no contrato e em seus aditivos não podem significar a exclusão de outras tantas que, de forma pacífica, também sejam expressões das “boas práticas”.

Tratou-se assim, repise-se, de providência de natureza declaratória, que passa a constar dos contratos celebrados a partir da quarta rodada como medida de cautela, destinada a evitar o surgimento de dúvidas. É o reconhecimento contratual expresso do dever de obediência a uma boa prática da indústria que, antes, já podia ser inferida, de forma igualmente vinculante, das referências legais e contratuais às boas práticas. Quem afirma é o próprio superintendente de Exploração da ANP, autoridade imediatamente responsável pela operacionalidade técnica e, naturalmente, o agente público mais indicado para reconstruir o conteúdo material das “melhores práticas da indústria do petróleo”. Ao exigir a bilateralidade do cumprimento das boas práticas tanto pela entidade reguladora quanto pelos regulados, o superintendente de Exploração registrou:

Gostaríamos de ressaltar que é nosso entendimento também que segundo as melhores práticas a decisão da ANP não poderá ser outra que não a de atender o pleito do concessionário e, ainda, que não parece razoável que a ANP exija que o concessionário siga as melhores práticas, mas não o faça nesta questão específica, ainda mais quando as vantagens para o contrato e para a União parecem tão evidentes.

p. 168. “Nem sempre a implementação se distingue do próprio processo de formulação, e, em muitos casos, aquela acaba sendo algo como a formulação em processo. Isto tem consequências. Entre outras, os próprios objetivos das políticas e os problemas envolvidos não são conhecidos antecipadamente em sua totalidade. Ao contrário, vão aparecendo à medida que o processo avança.” CRITSINELIS, Marco Falcão. *Políticas públicas e normas jurídicas*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 56.

De fato, parece-nos que as boas práticas da indústria aqui indicadas: (i) a do aproveitamento dos investimentos da fase de exploração; e (ii) a atribuição da produção ao agente que realizou os investimentos exploratórios, assim como afirmadas pelos órgãos técnicos da ANP, mencionadas na legislação setorial e referidas no contrato, impõem o reconhecimento do direito da Petrobras à avaliação da descoberta e à eventual declaração de sua comercialidade. Do contrário, estar-se-ia negando a aplicação de prática que, de tão consensual, chegou a figurar, de modo expresso, nos contratos futuros. É dizer: o contrato aqui analisado, pela simples data de sua celebração, não pode gerar ônus injusto e desproporcional à concessionária, em afronta ao postulado da isonomia e em ofensa ao puro e simples bom senso.

Como conclusão do tópico, permitamo-nos uma derradeira, mas necessária, ênfase.

A ANP informa o que são as melhores práticas da indústria do petróleo: “São práticas e procedimentos visando à maximização da recuperação dos recursos petrolíferos de forma técnica e economicamente sustentável (...)”. Duas opções, então, são colocadas ao administrador.

Uma delas, à conta de preservar o esgotamento formal de um prazo — por nove dias, note-se bem —, sacrifica milhões de dólares, minimiza a obtenção de recursos petrolíferos de forma ambiental e economicamente insustentável e procede a interpretação jurídica polêmica e francamente insensível aos princípios jurídicos setoriais. Outra, sem sacrifício de qualquer interesse, de forma segura e juridicamente sustentável, preserva investimentos, potencializa a matriz energética brasileira e atende às exigências da racionalidade econômica e ambiental. Mais ainda: atende “de forma explícita” (*sic*) à determinação legal e contratual de que a regulação venha a ser realizada de acordo com as melhores práticas da indústria do petróleo. Não é difícil imaginar qual seja a escolha a ser efetivada.

Nesse particular é interessante notar como o Tribunal Regional Federal da 2ª Região já decidiu, em caso concernente à própria ANP, que não há liberdade, mas sim obrigação, da administração pública adotar a medida que mais se aproximar dos princípios constitucionais: “Não houve discricionariedade, por parte da administração, quando indeferiu o requerimento de prorrogação formulado pelo consórcio, e sim, vinculação, tendo em vista que a prorrogação seria a solução que mais se aproximaria aos princípios constitucionais que devem nortear a administração pública” (AI nº 86.362, rel. Benedito Gonçalves, TRF2).

3. O caráter finalístico da Lei do Petróleo e a função social do contrato de concessão

Uma adequada interpretação da Lei do Petróleo deve buscar, além da obediência às boas práticas da indústria do petróleo, a realização de seus fins últimos,

sendo secundários argumentos formalistas, que, vistos isoladamente e de forma simplista, poderiam levar a que se impedisse a realização dos objetivos legais. Vale destacar, antes de apreciar as finalidades da regulação setorial, que a Lei do Petróleo apresenta a característica das leis contemporâneas de, sem dar início *de per se* a uma normatização completa ou exaustiva da matéria, estabelecer parâmetros e diretrizes gerais.

A Lei do Petróleo, a exemplo das demais leis instituidoras de agências reguladoras, integra a categoria das leis quadro (*lois-cadre*), próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas. Nesses casos, se “remete o intérprete do direito a um tipo de função (...) dotada de riqueza e dinamismo sensivelmente maior do que a mera regulamentação”.²⁰

Fábio Konder Comparato²¹ observa que, “em radical oposição à nomocracia estática, a legitimidade do Estado contemporâneo passou a ser a capacidade de realizar (...) certos objetivos predeterminados”. Arremata afirmando que “a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programadamente”.

Com propriedade, Eduardo García de Enterría²² deixa claro que a noção meramente subsuntiva ou “declaratória” do direito

é própria dos sistemas jurídicos *private law oriented*, ordenados pelo direito privado (próprio de uma época pré-industrial e agrícola), que permite que se considere o direito como um sistema fechado de conceitos, próprio de uma sociedade estática, mas que é inconciliável com a época atual de proliferação e predomínio do direito público, que exige que vejamos o direito como um processo aberto em função de finalidades e objetivos a alcançar; o direito público — acresce — é um processo sem fim, uma indefinida sucessão de soluções parciais a questões políticas.

A desmistificação da lei e a mudança do seu *modus operandi* estão entre as principais consequências da instrumentalização da regulação pelos princípios e finalidades públicas. As regras deixam de expressar verdades universais, para

²⁰ BARROS, Sebastião Botto de. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 159.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. Juízo de constitucionalidade das políticas públicas. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997. v. 2, p. 350-351.

²² ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas. p. 181-182.

passar a ser instrumentos da realização de políticas finalísticas. “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.”²³

Esta assertiva é expressão também do princípio da proporcionalidade, que será ainda objeto de tópico específico, em seu elemento de adequação dos meios aos fins, pelo qual aqueles serão válidos apenas se forem aptos a realizar os objetivos para os quais foram criados.

Tratando da matéria, Juan Carlos Cassagne²⁴ denotou “que a realidade econômica faz com que a administração tenha que enfrentar, com frequência, fatos de difícil apreensão jurídica, heterogêneos e complexos e que a exigência de celeridade muitas vezes imposta pela conjuntura obriga a uma flexibilidade na sua atuação que supera todo formalismo”.

De acordo com a Lei Federal nº 9.478/97, a regulação a ser feita pela ANP deverá “preservar o interesse nacional” (art. 1º, I), “valorizar os recursos energéticos” (art. 1º, II), “promover a livre concorrência” (art. 1º, IX), “atrair investimentos” (art. 1º, X), “ampliar a competitividade do país” (art. 1º, XI), “promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do país” (art. 2º, I), “assegurar o suprimento de insumos energéticos” (arts. 2º, II, e 8º, I), “proteger os interesses dos consumidores” (art. 8º, I, *in fine*), atender “às melhores práticas da indústria internacional do petróleo” (arts. 8º, IX, e 44, VI).

A função social do contrato realiza-se, assim, com o atendimento a essas finalidades, o que, *prima facie*, se dá com a execução de seu objeto, ou seja, a exploração/produção de petróleo e gás natural, insumos considerados estratégicos para o país, tanto assim que sua titularidade é constitucionalmente consagrada à União, podendo parte de suas atividades virem a ser exploradas pela iniciativa privada por delegação. Em se tratando de bens estratégicos, existe interesse público e função social na execução do objeto, de forma que somente um grave inadimplemento da concessionária — o que, de fato, não se vislumbra no caso (decorreram menos de 10 dias entre o fim previsto para a execução das atividades exploratórias e a comunicação da descoberta) — poderia levar ao encerramento sumário do contrato.

A possibilidade de avaliação e eventual declaração de comercialidade da descoberta, após o dia 6 de agosto, decorre, além das práticas e características inerentes à atividade, também do fato de que, em contratos de concessão para exercício de uma atividade econômica *stricto sensu* monopolizada pela União,²⁵ não há ônus

²³ MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999. p. 95.

²⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 203-204.

²⁵ “Os bens públicos não são só suscetíveis de uso (ou aproveitamento), mas também de gestão ou exploração econômica por alguém que toma o lugar da pessoa coletiva de direito público. Embora

ou dispêndio à administração pública, como ocorre, em geral, nos clássicos contratos abrangidos pela Lei Federal nº 8.666/93, que implicam gastos por parte da administração — a exemplo das compras ou das contratações de serviços por entes estatais, quando há, inclusive, como regra geral, necessidade de prévia previsão orçamentária.

Nas concessões petrolíferas, não havendo dispêndio por parte da administração, os prazos devem ser aplicados buscando-se a concretização das finalidades e da função social do contrato e, conseqüentemente, dos interesses públicos fixados no art. 1º da Lei do Petróleo.

O contrato de concessão petrolífera, espelhando característica inerente à organização da indústria do petróleo, constitui verdadeiro contrato aleatório, em que os riscos — inclusive o dos blocos onde se realizam atividades de vultosíssimos valores não levarem a qualquer descoberta, ou de levarem a descobertas que terminem por se mostrar inapropriadas à produção — correm integralmente por conta do concessionário. Esse elemento de aleatoriedade reforça as razões para que a administração o interprete de forma economicamente racional e consentânea com a sua natureza. Na fase de exploração, a concessionária não está auferindo qualquer receita — se não tiver sucesso, nem virá a auferi-las —, mas apenas investindo no levantamento dos dados geofísicos da área que, como já mencionado, sequer serão propriedade sua, mas integrarão o acervo técnico constituído pelos dados e informações sobre as bacias sedimentares brasileiras, parte integrante dos recursos petrolíferos nacionais (art. 22 da Lei do Petróleo).

Nesse contexto, emerge a visão do contrato como processo, ou seja, como pleo de relações jurídicas que podem e devem ser adequadas ao longo do tempo, diante das diversas exigências empíricas e dos problemas que forem verificados; em suma, à experiência de sua execução. Vejamos, a esse respeito, as lições de Antônio Junqueira de Azevedo, precursor dessa doutrina, hoje consolidada no Brasil: “a boa-fé objetiva constitui, no campo contratual — sempre se tomando o contrato como processo, ou procedimento — norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes”.²⁶

Ora, se esta é a diretriz imposta pela Teoria Geral dos Contratos, *a fortiori* deve sê-lo quando estivermos diante de contratos de concessão petrolífera, de longa duração e envolvendo enormes investimentos.

relacionadas com um bem público, o que caracteriza as concessões de exploração do domínio público é a atribuição do direito de exercer uma atividade que a lei reservou para a administração: o que está em causa não é a utilização do bem, mas a atividade do explorar ou gerir.” GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 93. No mesmo sentido, nos pronunciamos em O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. *Revista de Direito Administrativo*, v. 239, p. 411-438, jan./mar. 2005.

²⁶ Apud COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. Revista dos Tribunais, 2000. p. 509.

Enfim, os objetivos da Lei do Petróleo e a função social do contrato de concessão petrolífera asseguram o direito de a Petrobras avaliar e, se for o caso, declarar a comercialidade de reservatório descoberto pelo poço perfurado durante a fase de exploração, cujo prosseguimento de perfuração, por pouco tempo depois do prazo nominal de encerramento daquela, foi comunicado à agência, tendo sido objeto de concordância expressa.

4. A distinção entre o papel do prazo nos contratos por escopo e nos contratos por prazo determinado

É importante distinguir a função do prazo nos contratos administrativos ditos por escopo e nos contratos de duração continuada; em outras palavras, entre os conceitos próximos, mas não semelhantes, de “prazo de execução do objeto contratual” e “prazo de vigência do contrato”.

No primeiro caso — “prazo de execução do objeto contratual”, aplicável aos contratos por escopo —, o prazo é referência provável e esperada para a conclusão do objeto, mas sua fluência não acarreta a extinção do contrato. O prazo é moratório, e seu decurso *in albis* justifica a aplicação de multa (se, naturalmente, tiver havido inadimplemento substancial do prazo), mas não a extinção do acordo. Vejamos as lições de Hely Lopes Meirelles:

A extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra nos ajustes por tempo determinado. Necessário é, portanto, distinguir os contratos que se extinguem pela conclusão de seu objeto e os que terminam pela expiração do prazo de sua vigência: nos primeiros, o que se tem em vista é a obtenção de seu objeto concluído, operando como limite de tempo para a entrega da obra, do serviço ou da compra sem sanções contratuais; nos segundos, o prazo é a eficácia do negócio jurídico contratado e, assim, expirado o prazo, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto, como ocorre na concessão de serviço público ou na simples locação de coisa por tempo determinado. Há, portanto, prazo de execução e prazo extintivo do contrato.²⁷

Também Floriano de Azevedo Marques Neto teve ocasião de estudar o tema:

Com efeito, no que concerne ao aspecto do prazo, enquanto fato de extinção da avença, os contratos de obra pública, por exemplo, têm diferenças

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros. p. 213.

substanciais relativamente a outras espécies de contratos administrativos, particularmente aos de fornecimento ou de prestação de serviços.

Enquanto nestes últimos o prazo é condição essencial de eficácia, naqueles o prazo tem o caráter de uma prerrogativa da administração, de exigir que a execução da obra se dê dentro do tempo entendido como conveniente às suas necessidades e ao interesse público.²⁸

É que em alguns contratos o prazo integra o seu próprio objeto (como nos contratos de prestação de serviços, de locação, de comodato etc. — limpar as ruas por dois anos, alugar o imóvel por cinco anos etc.), casos em que seu fim representa, também, o esgotamento do objeto contratual e, conseqüentemente, do próprio contrato. Em outros, o objeto contratual existe de *per se*, independentemente do prazo previsto para sua execução, que serve, não como elemento de definição do objeto contratual, mas como critério de sua adequada execução.

Decorrido esse prazo sem que o objeto contratual tenha sido cumprido, o objeto contratual e o próprio contrato não se extinguem. Muito pelo contrário. Nesta situação, ter-se-á verificado o inadimplemento de uma ou de ambas as partes, ressalvados os casos de aplicação da teoria da imprevisão e do adimplemento substancial.

O contrato de concessão petrolífera é, na sua fase de exploração que é a tratada no presente parecer, claramente um contrato por escopo, no qual o que se persegue não é a prestação continuada por período certo, mas a obra, o serviço ou melhoria específica e delimitada, no caso, a execução de um programa exploratório mínimo, consistente em um conjunto determinado de sísmicas e perfurações de poços que devem atingir determinado objetivo estratigráfico. Nele o prazo é balizador da execução contratual, e não o próprio objeto da fase de exploração. Seu objeto é a execução das atividades compreendidas pelo programa exploratório mínimo.

Por intermédio da fase de exploração dos contratos de concessão a ANP não persegue prestação continuada por período determinado, mas estabelece regras para que o concessionário realize atividade — pesquisas exploratórias — visando à concreção do objeto contratual e, caso venha a ter sucesso do ponto de vista geológico, realizando uma descoberta comercial. Portanto, como afirmamos, o prazo da fase de exploração é critério para a aferição da correta execução de suas atividades, e não elemento do objeto do ajuste.

²⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A duração dos contratos administrativos na Lei nº 8.666/93. In: GARCIA, Maria (Org.). *Estudos sobre a Lei de Licitações e contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 170-171.

Nem se diga que o art. 28 da Lei do Petróleo pudesse levar a conclusão diversa. Basta lê-lo com atenção para percebermos justamente o contrário:

Art. 28. As concessões extinguir-se-ão:

I - pelo vencimento do prazo contratual; (...)

IV - ao término da fase de exploração, sem que tenha sido feita qualquer descoberta comercial, conforme definido no contrato;

A fase de exploração só termina se não houver qualquer descoberta comercial, nos termos do contrato — não há que se falar, aqui, em “vencimento do prazo”, expressão que ocupa espaço topográfico significativamente distinto no próprio dispositivo normativo da lei.

Tanto é assim que, se a concessionária terminar sem descobrir nenhuma jazida a execução do programa exploratório mínimo antes do prazo inicialmente previsto poderá dar por encerrada a fase de exploração, devolvendo a área antecipadamente à ANP. Igualmente, se antes do prazo for executado todo o programa exploratório mínimo com uma descoberta viável, com a declaração da sua comercialidade, iniciar-se-á a fase de produção na área abrangida pelo plano de desenvolvimento, sem prejuízo do prosseguimento das atividades de exploração no restante da área do bloco.

Nessas hipóteses, o objeto da fase foi cumprido antes do seu prazo e a fase se encerra independentemente desse: o que importa é o objeto. O mesmo raciocínio não pode deixar de ser aplicado, em razão da sua natureza de escopo, no caso em que o objeto é cumprido, não antes, mas sim após o prazo, especialmente quando a perfuração que gerou a descoberta tenha se iniciado dentro do prazo da fase de exploração. Nesse caso, a fase não se encerra antes do cumprimento do objeto, mesmo após o prazo.

5. A proteção da confiança legítima e a teoria dos atos próprios

A teoria dos atos próprios, que ganhou proeminência a partir do estudo do direito administrativo sob ótica democrática, merece análise e aplicação.

Como nos foi informado pela consultante, a ANP enviou à Petrobras os ofícios 633/2003/SEP e 663/2003/SEP. Seu conteúdo informava à concessionária quanto ao deferimento do pedido²⁹ de que a perfuração do poço pudesse continuar mesmo

²⁹ As ressalvas dele constantes foram analisadas acima e a elas ainda voltaremos e, na verdade, não ilidem o raciocínio desenvolvido no presente tópico, mas, ao contrário, o reforçam, já que, das três

depois do dia 6 de agosto. A ANP demonstrava que os trabalhos de perfuração haviam sido constatados e autorizados pela agência.³⁰

No caso, era a posição da Superintendência de Exploração a única que, naquele momento, poderia interessar à concessionária no âmbito da ANP, já que apenas a ela competia decidir.³¹

Robert Thomas assevera que

a confiança nas ordens do Estado deve ser respeitada. A confiança é um fator básico da vida social. Na atual conjuntura de complexidade social é essencial para o indivíduo confiar no governo para desenvolver as suas atividades. Um empreendedor não pode de maneira alguma operar se ele não puder ter um mínimo de confiança no Estado. As expectativas legítimas compelem a administração a ser confiável, uma vez que o indivíduo não tem outra escolha, a não ser confiar nela ao desenvolver as suas atividades.³²

A teoria dos atos próprios veda à administração mudanças bruscas de entendimento, capazes de gerar ambiente de incerteza e insegurança aos administrados. Conforme observa Jesús González Pérez, em um Estado democrático de direito, deve ser garantida ao administrado “a confiança de que não serão adotadas condutas confusas e equívocas nos procedimentos nos quais serão emitidos os atos que gerarão as relações entre a administração e o administrado”.³³

ressalvas, duas são evidentemente improcedentes e a terceira denota mesmo o enriquecimento sem causa da ANP.

³⁰ E não é só. Duas propostas de ação da ANP (nº 92 e nº 600/2004) — documentos técnicos, como só acontece com a regulação econômica contemporânea — foram, de modo enfático, no sentido da possibilidade de se garantir o direito à avaliação e à declaração de comercialidade da descoberta.

³¹ Portaria ANP nº 160/2004, art. 26, II: “São atribuições da Superintendência de Exploração: II — analisar e aprovar o programa e o orçamento anual de trabalho, sobre os pedidos de alteração do programa exploratório mínimo e dos programas exploratórios adicionais, assim como os planos de avaliações de descobertas”.

³² THOMAS, Robert. *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*. Oxford/Oregon: Hart Publishing, 2000. p. 45.

³³ GONZALEZ, Jesús Pérez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 91. Igualmente, observa Maria Sylvia Zanella di Pietro, comentando a Lei de Processo Administrativo: “Como participante da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou essa lei, permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da administração pública. Essa ideia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII, do art. 2º (...) A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. (...) Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 13. ed. Atlas, 2001. p. 84-85.

No caso, além das já analisadas previsões legais e contratuais que contemplam o direito à avaliação da descoberta, houve até mesmo troca de correspondência eletrônica durante as tentativas administrativas de solução da controvérsia: a Petrobras chegou a desistir de recurso administrativo formalmente elaborado, optando por simples pedido de reconsideração da decisão.

Qual não foi a surpresa ao se deparar com a inclusão da área correspondente ao plano de avaliação da descoberta do poço 1-BRSA-230-RJS perfurado no âmbito do bloco BC-400 no pré-edital da nona rodada (Bloco C-M-273). Note-se que a própria ANP, após várias licitações, só agora, por ocasião da nona rodada de licitações, incluiu a área no pré-edital, numa demonstração de que as nuvens da polêmica ainda não se haviam dissipado (como, de fato, ainda não se dissiparam).

Modificação de postura por parte da autoridade administrativa, encerrando o contrato de concessão, apesar de reconhecidamente ter autorizado o prosseguimento das atividades de perfuração após 6 de agosto de 2003, viola, dessa maneira, o princípio da boa-fé objetiva,³⁴ o que “implica um dever de coerência do comportamento, que consiste na necessidade de observar no futuro a conduta que os atos anteriores faziam prever”.³⁵ A posterior negativa da autoridade reguladora com relação aos direitos da concessionária em proceder à avaliação da descoberta realizada, sem qualquer justificação técnica, viola a legítima expectativa da concessionária, distanciando-se da teoria dos atos próprios, que proíbe que a administração pública imponha ao administrado mudanças bruscas de entendimentos.

A proibição do *venire contra factum proprium* encontra-se inserida na teoria das autolimitações administrativas, que representa conjunto de instrumentos diversos, mas complementares, que buscam assegurar a razoabilidade, a coerência e a igualdade no tratamento dado pela administração pública aos cidadãos. A teoria é correlacionada ao Estado democrático de direito, que

garante a segurança e a liberdade. (...) Derivou-se um princípio geral da segurança jurídica cujo conteúdo é aproximadamente este: as pessoas — os indivíduos e as pessoas coletivas — têm o direito de poder confiar que os seus atos ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas ou

³⁴ Esse princípio, extremamente afinado com os tratados no presente tópico, será o objeto específico do tópico seguinte.

³⁵ Díez-PICAZO, Luis Ponce. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, 1963. p. 245. Há também quem veja a “presença implícita” do princípio da boa-fé no direito administrativo “no multifacetado conteúdo dos princípios gerais da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, segurança jurídica, cujo respeito é indispensável *ex vi* do art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99”. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 239.

em atos jurídicos editados pelas autoridades com base nessas normas (...). Aos próprios atos da administração é reconhecida uma determinada força (a força de caso decidido).³⁶

Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que

a segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. (...) Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.³⁷

Com efeito,

como projeção do princípio da igualdade se tem considerado o princípio que *proíbe ir contra os próprios atos*. Se o que aquele (princípio da igualdade) comporta é um igual tratamento de situações iguais, é inquestionável que, havendo atuado a administração, diante de uma situação, em determinado sentido, não lhe será lícito fazê-lo de outra forma, diante da mesma situação.³⁸

Já afirmamos, outra feita, que “a boa-fé implica *um dever de coerência do comportamento*, que consiste na necessidade de observar no futuro a conduta que os atos anteriores faziam prever”.³⁹

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999. p. 74-75. Do ponto de vista da teoria anglo-saxônica do *substantive due process of law*, paralela à do Estado democrático de direito de origem franco-germânica, a Suprema Corte norte-americana já se manifestou em sentido semelhante, *verbi gratia* em *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516, 531 (1884), conforme TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 1332-1343. v. 1.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 13. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 85. “O direito comporta diversas interpretações, todas válidas. Todavia, uma vez adotada uma delas, as situações jurídicas por ela alcançadas e consolidadas não comportam reanálise”. FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Princípios do processo administrativo e a importância do processo administrativo no estado de direito — arts. 1º e 2º. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 23.

³⁸ PÉREZ, Jesús González. *El principio de la buena fé en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1983. p. 122, grifamos.

³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria dos atos próprios e taxa regulatória (Parecer). *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 56. Valemo-nos na ocasião de DÍEZ-PICAZO, Luis Ponce. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona, 1963, p. 245, grifos nossos. O princípio da boa-fé “foi

Se a autoridade administrativa produziu, por ofícios, sobretudo os de nº 633/2003/SEP e nº 663/2003/SEP, manifestações técnicas e encaminhamentos jurídicos — formais e informais — suficiente convicção quanto à continuidade da prática e à possibilidade de extração de sentido econômico útil da exploração, não pode negar o que antes permitira, principalmente após a concessionária já ter feito todos os investimentos na perfuração. É exigência do conteúdo mínimo de um dever de coerência levado a sério.

6. As violações ao princípio da boa-fé

Os contratos de concessão petrolífera caracterizam-se por serem acordos relacionais, pois são contratos complexos, de longa duração, envolvendo a aquisição de bens e serviços de elevado custo e alta complexidade técnica e investimentos irrecuperáveis, caso o concessionário tenha uma descoberta economicamente viável e prossiga com a declaração da comercialidade, a partir de quando o concessionário incorre em gastos, custos e despesas relativos à construção de infraestruturas que sequer teriam como ser reaproveitadas pela concessionária em caso de encerramento do contrato.

Em razão de sua complexidade e perpetuação no tempo, as concessões petrolíferas são necessariamente incompletas, de forma que é necessário ir preenchendo seu conteúdo ao longo do tempo, tendo por norte a concretização da finalidade para a qual foram celebradas e as descobertas que forem sendo realizadas.

Como explicam Rachel Sztajn, Décio Zylbersztajn e Paulo Furquim de Azevedo, “a teoria dos contratos relacionais enfatiza o processo de ajuste dos acordos”, reconhecendo que, em relações complexas e continuadas, “os contratos apenas colocam em marcha um processo de negociação de longo prazo que é custoso, entretanto mais eficiente do que o ônus de desenhar contratos pretensamente completos”.⁴⁰

A teoria dos contratos relacionais,⁴¹ ao enfatizar o elemento “incompletude” das relações contratuais complexas e continuadas, destaca a importância e a necessidade dos cânones da boa-fé para sua integração.

guiñado à condição de princípio normativo expresso através da Lei nº 9.784, de 1999. (...) Denominado também de ‘princípio da confiança’ pelo professor Juarez Freitas, (...) decorreria ‘da junção dos princípios da moralidade e da segurança das relações jurídicas’, ambas também princípios normativos”. BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 242-243.

⁴⁰ SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Economia dos contratos*. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 110.

⁴¹ A esse respeito, veja-se Ian Macneil: “Todo contrato, mesmo uma operação teórica, envolve relações além da troca de mercadorias em si. Portanto, todo contrato é necessariamente, em parte, um contrato relacional, isto é, que envolve relações outras que não apenas uma troca isolada”. *The new social contract: an inquiry into modern contractual relations*. New Haven: Yale University Press, 1980. p. 10.

Colocado o quadro geral da importância do princípio da boa-fé para os contratos de concessão, este tópico pretende sistematizar sua contribuição à resolução do caso concreto, tratando especificamente de duas de suas derivações: (i) a exigência de que se observem deveres de conduta ativos, mais concretamente deveres de lealdade, proteção, cooperação e informação; (ii) o dever de interpretar o contrato de acordo com os preceitos da boa-fé, impedindo que o mesmo venha a ser aplicado de forma a restringir o plano negocial traçado pelas partes.

Dever de lealdade

A boa-fé objetiva possui função impositiva de deveres contratuais ativos às partes,⁴² acessórios ou laterais: além das previsões expressas do contrato, existem outras condutas que devem ser observadas pelos contratantes. Pelo menos quatro deveres podem ser identificados: (i) o dever de lealdade; (ii) o dever de esclarecimento; (iii) o dever de sigilo; (iv) o dever de proteção.

A afirmação de um dever de lealdade entre as partes não remete o intérprete a visões românticas sobre a relação contratual. Afirmar que as partes devem cooperar entre si significa dizer que, superada a visão do contrato como antagonismo perene entre os interesses das partes, deve-se perceber que ambas as partes buscam um objetivo comum no instrumento contratual: o seu adimplemento.

Nesse sentido, os deveres provenientes do princípio de boa-fé objetiva “caracterizam a correção do comportamento dos contratantes, um em relação ao outro, tendo em vista que o vínculo obrigacional deve traduzir uma ordem de cooperação, exigindo-se de ambos os obrigados que atuem em favor da consecução da finalidade que, afinal, justificou a formação daquele vínculo.”⁴³

Qual seria a finalidade dos contratos celebrados entre a consultante e a ANP? Como já mencionamos, sua finalidade é possibilitar a descoberta do potencial de extração de petróleo nas áreas onde se executam o objeto dos referidos instrumentos. E, assim, apenas poder-se-á ter alguma chance de descoberta petrolífera e/ou gaséifera nessas áreas se a consultante desenvolver as atividades exploratórias para as quais foi contratada.

O conteúdo dos ofícios, enviados pela ANP, informando que a exploração poderia continuar, mas apenas com o objetivo de garantir a segurança operacional, o meio ambiente e a integralidade da obtenção dos dados geofísicos — e, como

⁴² Segundo inclusive o Código Civil: Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴³ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 150.

vimos,⁴⁴ dois desses três objetivos seriam mais bem obtidos com o término, e não com a continuidade da atividade exploratória —, merece atenção.

Passando a uma argumentação eminentemente prática,⁴⁵ sempre se poderá dizer que a concessionária, ao continuar a perfuração depois do dia 6 de agosto de 2003, sabia o que estava fazendo ou, ao menos, que aviso não lhe faltou. Mas será que a agência Nacional do Petróleo agiu de forma leal com a concessionária? Que outra postura, senão a de resignada continuidade das explorações, na crença que a Agência viesse a dar cumprimento aos ditames legais e adotasse as melhores práticas da indústria, caberia à concessionária?

Nem se diga que os ofícios da ANP, por conterem ressalvas, gerariam convicção inteiramente distinta da que a concessão afinal seria mantida.

Que empresa continuaria a perfurar um poço de petróleo se não visse perspectivas concretas de lucro? Seria razoável imaginar que a ANP estivesse contando com a colaboração gratuita da Petrobras na obtenção de dados? A resposta só pode ser negativa. Os ofícios da ANP concretizam aquilo que a filosofia chamaria de contradição performativa. O conteúdo da afirmação contradiz o sentido imanente ao ato de afirmar. A saída é ignorar as palavras e acreditar nos gestos ou ignorar os gestos e se concentrar nas palavras.

A Petrobras, ao informar à agência reguladora sobre o prosseguimento da perfuração do poço, acreditando na possibilidade de avaliar eventual descoberta mesmo depois do dia 6 de agosto, pretendia extrair algum sentido econômico útil da continuidade da perfuração. Essa foi a pergunta. A resposta, ao admitir, “com restrições”, o pleito, acabou aceitando algo que ninguém, em hipótese alguma, admitiria se não pudesse vislumbrar a possibilidade de lucro. Pergunta-se: a ANP não sabia disso? Sua postura ultrapassa o teste da boa-fé?

A consulente confiou no comportamento desempenhado pelo poder concedente. A tutela da confiança é um dos núcleos mais preciosos da tutela da boa-fé objetiva, notadamente na atuação do dever de lealdade. Mais especificamente, o dever de cooperação aponta para uma série de condutas que devem ser desempenhadas pelas partes, de forma a permitir que o escopo do contrato seja alcançado. Principalmente em contratos de longa duração, como aquele objeto da presente consulta. Nessa direção, afirma Paulo Luiz Netto Lobo:

O dever de cooperação é notável e mais exigente nas hipóteses de relações obrigacionais duradouras, especialmente no que a doutrina tem denomina-

⁴⁴ Ver capítulos 5 e 9.

⁴⁵ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

do contratos relacionais, que partem de interações contínuas. (...) Para esses contratos, são imprescindíveis os conceitos fundamentais de solidariedade, cooperação e comunidade.⁴⁶

Em caso famoso decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, agricultores ingressaram com ação judicial contra empresa que frequentemente lhes cedia sementes de tomate para plantio; depois de colhidos, os tomates eram costumeiramente adquiridos pela empresa. A empresa, certa vez, distribuiu as sementes, mas optou por não adquiri-los após a colheita. O tribunal sancionou a empresa por violar seu dever de informação e por gerar expectativas em terceiros e, depois, rompê-las.⁴⁷ Podemos alterar um pouco os dados fáticos para aproximar a situação da hipótese em estudo. Na analogia, as sementes seriam distribuídas às famílias de agricultores com a orientação de que “não eram para plantio e venda, mas, apenas, para testes da empresa”. Os agricultores fariam o que sempre fizeram: plantam e cultivam os tomates. Algum tempo depois, a empresa se nega a adquirir a produção, sob o fundamento de que fora clara quanto ao uso das sementes. Mas o que restava aos agricultores — não utilizá-las para a finalidade econômica que lhes era inerente?

A título de conclusão do subtópico, destaca-se citação do professor Maurício Mota, que cai como uma luva ao caso:

A pós-eficácia das obrigações constitui, portanto, um dever lateral de conduta de lealdade, no sentido de que a boa-fé exige, segundo as circunstâncias, que os contratantes, depois do término da relação contratual, omitam toda a conduta mediante a qual a outra parte se veria despojada ou essencialmente reduzidas as vantagens oferecidas pelo contrato. Esses deveres laterais de lealdade se consubstancializam primordialmente em deveres de reserva quanto ao contrato concluído, (...) e deveres de garantia da fruição pela contraparte do resultado do contrato concluído.⁴⁸

Princípio da conservação do contrato

A boa-fé objetiva desempenha papel de critério de interpretação da manifestação de vontade nas relações contratuais, privilegiando algumas soluções inter-

⁴⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 104.

⁴⁷ TJRS, Ap. 591028295; julgada em 6 de junho de 1991.

⁴⁸ MOTA, Mauricio Jorge Pereira da. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 204.

pretativas em detrimento de outras.⁴⁹ Os contratos devem ser interpretados de forma a garantir que atinjam a sua finalidade principal, valorizando-se as linhas de interpretação que lhes garantam validade e eficácia, produzindo regularmente os efeitos desejados pelas partes.

Dessa forma, a boa-fé atua como “critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme a lealdade e a honestidade em relação aos propósitos comuns, a busca pelo sentido mais consentâneo com os objetivos perseguidos pelo negócio”.⁵⁰ O “objetivo perseguido pelo negócio” nos contratos de concessão petrolífera é a busca e, em caso de descoberta viável comercialmente, a extração de petróleo nas áreas de concessão nas quais a pesquisa e a produção foram concedidas à consulente. A melhor interpretação de tais contratos é aquela que permite a continuidade do negócio, ou seja, a que permita que o contrato cumpra seu objetivo. Apenas na inexistência de qualquer outra possível interpretação jurídica minimamente plausível é que se poderá adotar tese que leve ao perecimento do contrato e dos objetivos públicos por ele visados.

O princípio da preservação das relações contratuais exige que, havendo duas linhas de interpretação sobre determinada cláusula, uma que concluiu que o contrato não deve produzir efeitos e outra que os conserve, deve-se optar pela segunda; existindo em tese duas linhas de interpretação que mantenham a vigência contratual, deve-se privilegiar aquela que melhor potencialize os efeitos do instrumento contratual.

A função interpretativa desempenhada pela boa-fé objetiva valoriza um princípio clássico da interpretação jurídica: o princípio da conservação do contrato. Conforme menciona Cláudio Luiz Bueno de Godoy, “o contrato, hoje, deixou de encerrar um feixe de interesses apenas dos contraentes, portanto espalhando efeitos à sociedade (...). Se é assim, natural que ao ajuste se procure, na esfera interpretativa, garantir a sua máxima eficácia”.⁵¹

A aplicação desse princípio interpretativo visa valorizar a permanência da relação contratual, privilegiando a possibilidade de seu cumprimento. Esse objetivo deve ser atingido não apenas em homenagem aos interesses das partes contratantes mas, também, em observância aos diversos interesses que recaem sobre a relação contratual.

⁴⁹ Essa é a função referida, por exemplo, pelo art. 113 do novo Código Civil: Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. O dispositivo é aplicável aos contratos de qualquer natureza, especialmente aos contratos travados com o Estado face às suas prerrogativas especiais, sejam eles de direito público ou de direito privado, até porque meramente explicitador de ditame que advém diretamente do próprio Estado democrático de direito.

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloisa Helena (Orgs.). *Código Civil interpretado à luz da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 228.

⁵¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 169.

É preciso interpretar os contratos de forma a buscar a sua conservação. Preservar o contrato significa, aqui, permitir que desempenhe plenamente seu objetivo — produção de petróleo ou gás natural —, o que só virá com a interpretação permissiva da subsequente avaliação e da eventual declaração de comercialidade.

Princípio do aproveitamento do adimplemento substancial

No passado, a opção pela terminação do contrato, caso não fosse possível o cumprimento integral das obrigações dele decorrentes, poderia até parecer, para alguns, opção hermenêutica razoável. Não por outro motivo, as hipóteses de extinção do contrato lograram obter estudo mais aprofundado e vetusto do que aquele dedicado às formas de revisão contratual. A virada para o século XXI, no entanto, estabeleceu novo viés nos estudos doutrinários e nos textos legais: busca-se, agora, abandonar a solução da extinção do contrato como forma mais usual de tratar hipóteses de inadimplemento das obrigações.

De todas as construções sobre a matéria, uma delas merece destaque para o caso, na medida em que privilegia o adimplemento da concessionária, ainda que este não tivesse sido integral.⁵² É o princípio do adimplemento substancial, reforçado reciprocamente pelos princípios da boa-fé e da conservação dos contratos, objetos de tópicos específicos próprios.

Segundo lição de Clóvis do Couto e Silva,⁵³ o adimplemento substancial deve ser concebido como um “adimplemento tão próximo ao resultado final (no caso alguns poucos dias diante de um contrato que pode durar décadas) que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução”.⁵⁴

O adimplemento substancial é o cumprimento da obrigação contratual que, se não chega a realizar a perfeição almejada, atende ao núcleo fundamental da utilidade visada pela outra parte. No caso, pelas informações trazidas, a substância da obrigação contratual já se encontra adimplida. Prova disso é a notificação da descoberta de poço cuja perfuração se iniciou dentro da fase de exploração e que ultrapassou em apenas nove dias a data-limite prevista contratualmente. Assim,

⁵² O que se admite para argumentar, uma vez que segundo os princípios constitucionais e legais aqui tratados, bem como pelas boas práticas da indústria, legalmente encampadas, não teria havido qualquer inadimplemento.

⁵³ SILVA, Clóvis do Couto e. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 45 (excurso em parênteses nosso).

⁵⁴ Repisamos que a assunção de que *houve* inadimplemento, ainda que parcial, é aqui adotada apenas a título de argumentação, já que, como dissemos em diversas passagens do parecer, as melhores práticas da indústria, tais como reconhecidas na Lei do Petróleo, mencionadas no contrato e assumidas na redação dos acordos posteriores, autorizam, de modo expresse, a conduta adotada pela consulente.

deve-se privilegiar a conduta da consulente, evitando que, do não atendimento, em todos os seus mínimos detalhes, ao programa contratual no prazo previsto, extraia-se — de forma mecânica e desrespeitosa aos objetivos maiores da Lei do Petróleo — a extinção do contrato.

Para que seja caracterizado adimplemento substancial, retirando do credor a possibilidade de extinção do contrato, a falha na execução não deve ser para abalar o sinalagma mantido entre as partes quando da celebração do contrato. É o que enfatiza Teresa Negreiros, ao afirmar que

ainda que a norma contratual ou legal preveja a rescisão do contrato, o fato de ter a prestação sido substancialmente satisfeita veda ao credor, de acordo com os ditames da boa-fé, o exercício do direito de rescisão. Isto pois a substancialidade do adimplemento, apurada de acordo com as circunstâncias, e em vista da finalidade econômico-social do contrato em exame, garante o equilíbrio entre as prestações correspectivas, não chegando o cumprimento parcial a abalar o sinalagma.⁵⁵

Também a jurisprudência já teve oportunidade de asseverar que “o adimplemento substancial representa um cumprimento da obrigação tão próximo do resultado final que, em face de um pequeno inadimplemento do devedor, não se justifica a resolução do contrato. Limita-se, assim, a exigibilidade do direito subjetivo do credor, pois o direito formativo à resolução do contrato está em confronto com o princípio da boa-fé”.⁵⁶

Os altíssimos investimentos; a obtenção dos equipamentos de perfuração necessários a atender às especificidades da área; os variados transtornos noticiados pela Petrobras durante a perfuração do poço; o uso imediato de toda a infraestrutura de pesquisa e avaliação de que dispõe a concessionária, os apenas nove dias em questão, a soma de todos esses fatores enquadra a conduta da consulente na substância esperada de qualquer parte que respeite os ditames da boa-fé e vise ao alcance do objetivo final do contrato: é natural, assim, que se reconheça seu direito a proceder à avaliação da descoberta.

Ainda que o reconhecimento dos direitos da Petrobras não configurasse as melhores práticas da indústria do petróleo, os “nove dias” em que se prosseguiu na perfuração do poço até que se atingisse o objetivo estratigráfico, levando à descoberta, não podem ser considerados como impeditivos para que, dentro de um critério razoável e de boa-fé, seja considerado que, substancialmente, aquela adimpliu suas obrigações na fase de exploração do contrato de concessão.

⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 145.

⁵⁶ TJRS. Ag. nº 70.000.027.623, rel. des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgada em 18-11-1999.

7. Desproporcionalidade da solução que leve ao fim do contrato: um exercício de ponderação de princípios

A solução administrativa que leva ao fim automático do contrato, ou que, ao menos negasse a possibilidade de avaliação da descoberta, em razão da fluência de nove dias, contraria o postulado da proporcionalidade. Diante do adimplemento substancial, do comportamento de missivas anteriores, da violação à boa-fé objetiva, de possíveis soluções preservacionistas do contrato, e das melhores práticas da indústria, exigidas tanto da concessionária como da ANP, tal solução não atenderia à lógica do razoável.

Como explana J. J. Gomes Canotilho, o princípio da proporcionalidade permite “um controle de natureza equitativa que, não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de atos autorizativos e a certeza do direito, contribui para a integração do ‘momento de justiça’ no palco da conflitualidade social”.⁵⁷

A título de ilustração, sobre a necessidade de respeito ao postulado da proporcionalidade na imposição de consequências jurídicas gravosas, a particulares, por autoridades administrativas, mostra-se pacífica a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO — PENA DE PERDIMENTO — EMBARCAÇÃO ESTRANGEIRA INTERNADA NO BRASIL

As regras de direito tributário devem ser aplicadas sem perquirir o intérprete a intenção do contribuinte. Diferentemente, as regras que impõem sanção administrativa devem ser aplicadas dentro dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, quando as circunstâncias fáticas, devidamente comprovadas, demonstram a não intenção do agente no cometimento do ilícito.

Embarcação estrangeira que ingressa para permanência temporária no país apenas para realização de obras e reparos necessários em estaleiro nacional, sem nenhuma intenção de deixar internalizado o bem apreendido. Aplicação exacerbada e desproporcional da pena de perdimento. Recurso especial improvido (REsp 576300).

ADMINISTRATIVO — MULTA — FORMA DE COBRANÇA

1. Sendo devida multa pela não declaração ao Fisco das contribuições de tributos federais, no momento em que se faz a declaração em bloco, não

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 262-263.

é razoável efetuar um somatório da sanção pecuniária para cada mês de atraso na declaração.

2. Princípio da proporcionalidade da sanção, que atende a outro princípio, o da razoabilidade.

3. Recurso especial improvido (REsp 601351/RN).

As decisões acima demonstram que a autoridade administrativa, mesmo diante de atos ilícitos — o que não é o caso —, possui o dever de aplicar consequências jurídicas proporcionais à gravidade da situação.

Negar o direito da concessionária à avaliação, e eventual declaração de comercialidade da descoberta, não ultrapassa positivamente o teste da ponderação de interesses. Para demonstrá-lo, permita-nos o uso do método da decomposição analítica dos elementos envolvidos na ponderação. O que caracteriza tal esforço é a tentativa de tornar explícitos os caminhos percorridos pela técnica, tornando-a mais objetiva e controlável.

A atividade de ponderação deve considerar o “peso abstrato” — a importância “geral”, para o ordenamento jurídico como um todo — de cada um dos princípios em jogo.⁵⁸ Os princípios constitucionais não possuem idêntico “peso abstrato”. A dignidade humana possui peso abstrato maior que a liberdade de expressão. Assim, os princípios constitucionais dariam ensejo à criação de um sistema prévio de preferências. Mas o peso abstrato é apenas um dos critérios a serem levados em conta na ponderação.

Há também o “grau de interferência no outro princípio” e a “importância da satisfação, no caso concreto, daquele princípio”, bem como a “confiabilidade” da realização dessa interferência ou da concretização dessa importância. Entenda-se. Pode ser que um princípio possua considerável prioridade *prima facie*, comparado a outro, e, ainda assim, ceda-lhe lugar, o que se dará quando, no caso concreto, a intensidade da interferência que incide sobre ele for leve. Pode ocorrer também que, embora o peso abstrato e grau de interferência sejam fortes, o princípio não prevaleça: bastará, para tanto, que seja pouco confiável a realização concreta da interferência.⁵⁹

Alexy chega a propor números, correspondentes a cada elemento da fórmula matemática que elabora como uma espécie de “analogia” de aproximação a ponderação de interesses — importância geral do princípio, grau de interferência no outro princípio *versus* importância da satisfação daquele,

⁵⁸ ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 4, p. 433-449, Dec. 2003.

⁵⁹ *Ibid.*

confiabilidade das premissas fáticas. Não chegamos a tanto. Mas, no esforço de fazer com que a ponderação e a aplicação de sua “pauta procedimental” — a proporcionalidade — seja algo mais que aquilo que o aplicador imagina como o mais plausível no caso concreto, propomo-nos a um esforço ponderativo de decomposição analítica.

Trata-se de ponderar dois princípios: (i) o princípio da obrigatoriedade dos contratos, pressupondo *ad argumentadum* a posição da Procuradoria de que a letra do contrato não permitiria a avaliação da descoberta (sendo indiferente, por exemplo, o fato de o contrato contemplar também as boas práticas da indústria do petróleo) e (ii) o princípio da utilidade econômica dos contratos.

(1) Ambos possuem peso abstrato assemelhado. Assim, é possível “cancelar”, na fórmula, este elemento. Vamos adiante.

(2) Qual o grau de interferência, junto ao princípio da obrigatoriedade dos contratos, da hipótese em que se admite, mesmo após o fim do prazo de exploração, a extração de sentido econômico útil da perfuração de um poço? A interferência seria moderada, em se tratando de contrato comum; mas, no caso específico do contrato de concessão petrolífera, em razão da realização do seu objeto ser de interesse público, a interferência é leve ou nenhuma.

(3) Próximo passo: qual a importância, neste caso, da satisfação do princípio da utilidade econômica? Considerando que não se nega a utilidade econômica do contrato na sua totalidade — por pior que seja a solução, uma nova contratante ainda extrairia tais consequências —, mas se apenas afeta sua praticabilidade, a importância é moderada.

(4) Qual o grau de confiança da premissa empírica de que “não autorizar a avaliação depois do dia 6 de agosto” vai respeitar o princípio da obrigatoriedade contratual? Por tudo o que foi até aqui exposto — a circunstância de se tratar de contrato por escopo, a exigência das melhores práticas da indústria, a violação à boa-fé, o possível enriquecimento sem causa da nova contratante —, tal premissa não é sustentável.

(5) Qual o grau de confiança de que a premissa empírica “autorizar a avaliação da descoberta depois de 6 de agosto” vai realizar o princípio da utilidade econômica do contrato? A premissa é certa. Não há dúvidas.

(6) Conclusão: no caso em que se discute a possibilidade da admissão da avaliação, e eventual declaração de comercialidade, de descoberta comunicada após 6 de agosto de 2003 — data tida como do término do contrato —, o princípio da preservação da utilidade econômica do contrato de concessão petrolífera possui peso específico maior que o princípio da obrigatoriedade dos contratos. Logo, a prática deve ser permitida.

8. A falta de regular processo legal, supressão de instâncias e a ausência de motivação técnica

Apesar de o direito administrativo econômico se caracterizar pelo binômio flexibilidade/consensualidade,⁶⁰ nem por isso as decisões administrativas que possam condicionar ou reduzir direitos dispensam, na etapa prévia à sua produção, o devido processo legal e o contraditório e a ampla defesa. E é a total ausência de processo administrativo solidamente constituído que se percebe diante do procedimento que levou à decisão de não se autorizar a avaliação da descoberta havida no âmbito do bloco BC-400. Os grandes atores de todo o “processo” — aqui entendida a palavra em seu sentido mais lato — são as cartas e os ofícios. Grande parte deles são meramente internos, trocados entre agentes da própria ANP, e nas cartas da Petrobras constatamos muito mais a busca de uma solução consensual do que uma contradição a uma posição firme da ANP que, diga-se de passagem, quase sempre deixava a porta da negociação aberta, fazendo a concessionária confiar nessa possibilidade, tanto que até preferiu desistir de seu recurso em prol desse objetivo.

Algo próximo a um processo administrativo propriamente dito só se instala na etapa imediatamente anterior à decisão da Diretoria, inexistindo um contraditório em sentido real, mais sério, entendido como “direito de influência e dever de debate colaborativo”.⁶¹ Com efeito, a primeira manifestação propriamente contraditória da Petrobras só se dá depois da Diretoria já ter editado ato contra os seus interesses. O “recurso” (depois substituído por um pedido de reconsideração) é, na verdade, a primeira petição em sentido próprio da concessionária. Ela não participou da instrução e das decisões tomadas até então, nem, em momento algum, foi intimada com o objetivo específico de defender sua posição jurídica.

Seja como for, e ainda que se considerasse ter havido, efetivamente, “processo”, na sucessão de cartas e de ofícios, há evidentemente o grave vício procedimental da supressão de instâncias. É que, nos termos da Portaria ANP nº 160/04, a estrutura interna da ANP é montada de forma que as superintendências atuem como primeira instância administrativa, não como mero fórum de discussões prévias, e a Diretoria funcione como uma segunda e final instância administrativa.⁶² No caso, a Superintendência de Exploração não decidiu o pedido, como exige o

⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Consensualidade no direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Rio de Janeiro, v. 167, 2005.

⁶¹ CABRAL, Antonio Soares do Passo. O princípio do contraditório como direito de influência e dever de debate colaborativo. ms.

⁶² Portaria ANP nº 160/2004, art. 6º: “Compete à Diretoria da ANP analisar, discutir e decidir, como instância administrativa final, todas as matérias pertinentes às competências da ANP e especialmente”

art. 26, II, da Portaria,⁶³ mas, tão somente, encaminhou proposta de ação — com a sugestão de permissão da avaliação da descoberta à Diretoria.

Teria havido supressão de instância administrativa, sem que o órgão colegiado hierarquicamente superior houvesse avocado formalmente a capacidade decisória (art. 15 da Lei Federal nº 9.784/99). Nem se diga que os acontecimentos se desenvolveram durante período, em grande parte, anterior à data de entrada em vigor da Portaria ANP nº 160/04. Os processos das agências reguladoras sempre seguiram esse modelo, até para que, com a pluralidade de instâncias, fosse assegurado o direito constitucional a recurso, decorrente do devido processo legal.

Outro grave vício processual é o da ausência de motivação técnica para o indeferimento do pedido da concessionária. Entenda-se do que se trata.

Uma das grandes características da regulação é seu elevado caráter técnico.⁶⁴ Imagina-se que a intensidade da qualificação do argumento técnico no discurso regulatório seja capaz de torná-lo menos suscetível à captura por interesses políticos momentâneos, de forma que os resultados de sua atuação produzam maior eficiência prática e aceitabilidade racional, indo ao encontro dos interesses públicos e privados definidos no marco da Constituição. Não vai nisso nenhuma aceitação ingênua ou romântica de alguma “tese da única resposta técnica correta”⁶⁵, mas a observação, bastante ponderada, de que a tendencial desativação do discurso político “puro e duro” leva a resultados aos quais se chega depois de processos argumentativos mais elaborados e intersubjetivamente controláveis.

Como as normas jurídicas são cada vez mais instrumentos da realização de políticas públicas que devem incidir em sociedades crescentemente complexas, a regulação se tecnicizou: apenas por meio da melhor técnica os meios podem ser corretamente avaliados em sua relação de adequação e realização dos fins.

O caráter técnico da atuação das agências reguladoras se revela já nos requisitos de formação técnica que a lei impõe aos seus dirigentes⁶⁶ e, principalmente, pelo fato dos seus atos e normas demandarem conhecimento técnico e científico especializado para que possam ser emanados, aplicados e fiscalizados.

⁶³ Portaria ANP nº 160/2004, art. 26, II: “São atribuições da Superintendência de Exploração: II — analisar e aprovar o programa e o orçamento anual de trabalho, sobre os pedidos de alteração do programa exploratório mínimo e dos programas exploratórios adicionais, assim como os planos de avaliações de descobertas”.

⁶⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; Vital Moreira. *Auto regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

⁶⁵ A ironia parte da famosa tese de Ronald Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁶⁶ O art. 5º da Lei nº 9.986/00 dispõe que os dirigentes das agências reguladoras devem ser nomeados entre brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade dos cargos.

Mesmo nos setores que sempre foram afetos a uma normatização preponderante técnica, a isso se soma a necessidade de maior especialização em razão das constantes evoluções tecnológicas e da crescente complexização e pluralização do sistema social.⁶⁷ “A legislação converte-se progressivamente em matéria de peritos, sendo eles os únicos que ainda se entendem das interligações normativas que poderão afetar a disposição jurídica a adotar.”⁶⁸

Apesar de tudo isso, a decisão da ANP passou longe de qualquer fundamentação técnica. Ao contrário: a fundamentação é da espécie “comprimida”, remetendo ao parecer jurídico da Procuradoria Geral. Nada contra a capacidade intelectual do órgão de execução da Procuradoria Geral Federal, sendo esta, talvez um dos mais notáveis exemplos de capacitação técnica trazida por uma bem-sucedida reestruturação administrativa e por uma notável sequência de concursos públicos. Só que os argumentos técnicos (sobretudo relativos à imposição das boas práticas da indústria do petróleo), trazidos, com ênfase, pela Superintendência de Exploração, ficaram incontestados já que sequer chegaram a ser apreciados pela Diretoria ou pela Procuradoria.

O conteúdo e a motivação preponderantemente técnicas da regulação estatal não estão na decisão da Diretoria da ANP. A rigor, a fundamentação jurídica, que se reduz a três ideias-forças: (i) a concessionária sabia dos riscos; (ii) o prazo expirou; (iii) os argumentos de princípio e de “melhores práticas da indústria” não prevalecem diante de (i) e (ii), poderia ser tranquilamente superada, ou, no mínimo, bastante problematizada ante os argumentos técnicos. Mas não. Como se o discurso jurídico possuísse valor absoluto de verdade ou fosse “único” e, desconsiderando, ainda dentro do mesmo panorama de pensamento, as inúmeras outras construções jurídico-argumentativas que permitiriam, com segurança, o deferimento do pedido, especialmente o acolhimento, pela própria Lei, da técnica das boas práticas (de acordo com tópico II), a Diretoria da ANP opta por negar a possibilidade de avaliação da descoberta sem abordar aspectos técnicos.

Todo ato administrativo deve atender à regra da motivação suficiente, prevista nos arts. 2º e 50 da Lei Federal nº 9.784/99:

⁶⁷ “À medida que a diferenciação social de funções aumenta, crescerá proporcionalmente o caudal de informação e comunicação. Cada vez mais se torna necessário estabelecer um equilíbrio entre a definitividade do modelo de ação e a flexibilidade no desenho do modelo de adaptação às exigências mutáveis da situação. É isto que se consegue num sistema estadual, estabelecendo uma aparelhagem destinada a gerar legitimidade (*política*), através dum processo de trabalho das informações. Ao seu lado estruturam-se processos de racionalidade diferentes, uma *administração*, um sistema de uso ou execução da legitimidade.” SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântica, 1969. p. 131-132. Destaca-se a importância da obra do autor, inteiramente voltada ao processo de tecnicização do direito, para o tema ora versado.

⁶⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho; coordenação de J. J. Gomes Canotilho. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 499 e 501.

Art. 2º. A administração pública obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; (...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. (...).

A motivação do ato administrativo regulatório, devida inclusive *ex vi* dos arts. 2º e 50 da Lei do Processo Administrativo Federal, ainda mais diante de pronunciamentos emitidos pelos órgãos técnicos justamente em sentido contrário, deve ser preponderantemente técnica, até porque esses aspectos técnicos foram juridicizados pelos arts. 8º, IX, e 44, VI, da Lei do Petróleo.

Veja-se a posição da jurisprudência, exemplificada pelo seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO — MANDADO DE SEGURANÇA — RESCISÃO DE CONTRATO — ATO UNILATERAL — MOTIVAÇÃO — INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL — CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5º, LV, E 93, X — DECRETO-LEI Nº 2.300/86 (ART. 68).

1. A motivação do ato e o devido processo legal, favorecendo a ampla defesa são garantias constitucionais (arts. 5º, IV, e 93, X, CF).
2. Discricionariedade não se confunde com o entendimento pessoal ou particular do administrador, submetendo-se à legalidade. Em contrário, configuraria o ato arbitrário.
3. Segurança concedida para ser garantido o exercício da ampla defesa, formando-se o contraditório.
4. Recurso provido. (STJ — 1ª T., ROMS 5478/RJ, min. Milton Luiz Pereira, j. 24-5-1995, v.u., DJ 19-6-1995, p. 18635).

José dos Santos Carvalho Filho, após enunciar que “toda vontade emitida por agente da administração resulta da impulsão de certos fatores fáticos ou jurídicos”, conclui ser “inaceitável, em sede de direito público, a prática de ato administrativo sem que seu autor tenha tido, para tanto, razões de fato e de direito, responsáveis

pela extroversão da vontade”.⁶⁹ O mesmo autor destaca ser a motivação princípio bastante próximo à razoabilidade e à proporcionalidade, conforme se observa do trecho abaixo:

A congruência entre as razões do ato e o objetivo a que se destina é tema que tem intrínseca aproximação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que, se entre as razões e o objeto houver desajuste lógico, o ato estará inquinado de vício de legalidade e terá vulnerado os aludidos princípios. Em ambos se exige que a conduta do administrador não refuja aos parâmetros lógicos adotados pelas pessoas em geral, nem que tenha como fundamentos dados desproporcionais ao fim colimado pela norma que dá suporte à conduta.⁷⁰

Em síntese: as decisões regulatórias, proferidas: (i) em irregular processo administrativo, marcado pela informalidade e pela não cientificação formal da interessada; que (ii) sequer respeitou a existência de primeira instância decisória; (iii) não foram marcadas pela apreciação técnica, característica ínsita e essencial da regulação estatal, ainda mais diante da opinião manifestada por órgãos técnico-especializados em sentido contrário ao que foi decidido. Todos esses motivos, cada um por si e todos de forma mutuamente intensificadora, são capazes de invalidar por vícios processuais a decisão final (na verdade final e única) da ANP.

9. O enriquecimento sem causa e ausência de boa-fé da ANP e da eventual nova concessionária

Considere-se a hipótese da ANP prosseguir com a licitação da área correspondente ao plano de avaliação do bloco BC-400, relativa à descoberta do poço 1-BRSA-230-RJS. Como não é difícil imaginar, com o poço perfurado e uma descoberta potencialmente comercial já notificada à autoridade administrativa, o valor inicial do lance estará extremamente valorizado.

Ter-se-ia, aqui, um contrato de concessão petrolífera com riscos reduzidíssimos em razão dos enormes investimentos da Petrobras na fase de exploração, justificado, em parte, pela própria postura da agência reguladora. Tais investimentos seriam, na verdade, sem causa jurídica legítima, transferidos à eventual nova

⁶⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 99.

⁷⁰ *Ibid.*

concessionária, que não teria riscos significativos e, sobretudo, à ANP, que teria os lances na licitação da área bastante valorizados.

Graças a nove dias de diferença, a nova contratante, literalmente à custa da Petrobras e contra a sua vontade, assumiria contrato praticamente sem risco, e a ANP lucraria acima do que seria o normal com ele. Além disso, a ANP obteria os resultados do trabalho da Petrobras, na forma dos dados geofísicos coletados, que são propriedade do Estado (art. 22 da Lei do Petróleo).

Os ofícios remetidos pela ANP que apresentam a justificativa para a continuidade da operação depois do dia 6 de agosto reforçam essa assertiva. Segundo informa a consultante, dois dos três motivos apresentados, a saber, segurança operacional e preservação ambiental, seriam mais bem obtidos sem a continuidade da perfuração. Com efeito, com o término da perfuração, atividade que sempre traz riscos, teríamos uma situação mais segura operacional e ambientalmente. Resta apenas o último fundamento da ANP — a produção dos dados geofísicos, de titularidade exclusiva da União — a justificar a extensão do prazo. É como se a agência reguladora tolerasse a perfuração fora do prazo, apenas para que pudesse, depois, valer-se do esforço. Pretende que a concessionária tenha realizado elevadíssimos investimentos para coletar dados cujos resultados não poderão reverter em seu proveito, apenas para repassá-los à sua propriedade.

Os pressupostos doutrinários do enriquecimento sem causa estão, hoje, bem assentados. Extraída de antigos preceitos romanos⁷¹ e outrora descrita, ora como princípio geral do direito, próximo à equidade, ora em categorias típicas, a doutrina contemporânea entende a vedação ao enriquecimento sem causa e o art. 884 do novo Código Civil como cláusula geral da teoria geral das obrigações.⁷² É ler o dispositivo normativo:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Três são, portanto, seus requisitos: (i) enriquecimento; (ii) à custa de outrem; e (iii) ausência de justa causa. Todos podem ser encontrados no caso em questão. A nova concessionária aufere vantagem patrimonial, ou, ao menos, diminui sig-

⁷¹ LEITÃO, Luís Manuel de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 25, p. 24.

⁷² GALLO, Paolo. *L'Arricchimento senza causa*. Padova: Cedam, 1990; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese (Doutorado) — UFPR; MOSCON, Cledi de Fátima Manica. *O enriquecimento sem causa e o novo Código Civil brasileiro*. Porto Alegre: Síntese, 2003; PAES, Pedro. *Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa*. São Paulo, 1975; RIMARCHI, Pietro. *L'arricchimento senza causa*. Milão: Giuffrè, 1962.

nificativamente o risco do negócio, não há nada em sua conduta que justifique tal vantagem, e toda a justificativa da redução do risco encontra-se no comportamento oneroso de outrem, em desfavor de quem a vantagem é auferida.

O mesmo se diga da ANP, que auferiu maior lucro com a licitação da área em razão dos dados fornecidos pela Petrobras sem nenhum direito correspondente — direito a avaliar e, porventura, produzir com base em tais dados —, violando a própria natureza comutativa do ajuste.

Sílvio de Salvo Venosa traz trecho diretamente aplicável ao caso:

É frequente que uma parte se enriqueça, isto é, tenha um aumento patrimonial, em detrimento de outra. Aliás, no campo dos contratos unilaterais é isso que precisamente ocorre. Contudo, como vemos, na maioria das vezes, esse aumento patrimonial, esse enriquecimento, provém de uma justa causa, de um ato jurídico válido, tal como uma doação, um legado. Todavia, pode ocorrer que esse enriquecimento, ora decantado, opere-se sem fundamento, sem causa jurídica, desprovido de conteúdo jurígeno, ou, para se aplicar a terminologia do direito tributário, sem fato gerador. (...) Nas situações sob enfoque, é curial que ocorra um desequilíbrio patrimonial. Um patrimônio aumentou em detrimento de outro, sem base jurídica. A função primordial do direito é justamente manter o equilíbrio social, como fenômeno de adequação social.⁷³

Como se vê, não há causa jurídica legítima que justifique a “compra” de negócio petrolífero cujo risco econômico foi sensivelmente minimizado pelas atividades e altíssimos gastos e investimentos realizados pela Petrobras no âmbito do Contrato de Concessão do bloco BC-400, ainda mais quando tal “venda” pela ANP se deveu à interpretação que expressamente rejeitou a aplicação das melhores práticas da indústria e, portanto, a própria Lei do Petróleo.

Assim, caso, porventura, a área em questão seja adjudicada a uma nova concessionária e posteriormente a Petrobras obtiver judicialmente o reconhecimento dos seus direitos sobre a mesma e a conseqüente declaração da nulidade do contrato firmado com a ANP, deverá ser amplamente ressarcida e retomar o seu contrato original, em razão do caráter principiologicamente *ex tunc* da nulidade.

Caso a Petrobras tenha informado a questão, objeto do presente parecer à ANP e à nova eventual concessionária, sequer será possível arguir a boa-fé para que elas obtenham a retenção ou indenização dos supostos novos investimentos

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Enriquecimento sem causa*. Disponível em: <www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/ARTIGOS/convidados/artigo_venosa_enriquecimento_sem_causa.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2007.

realizados. É que a indenização para evitar enriquecimento sem causa em razão de prestações realizadas em virtude de contratos nulos só pode ser exigida havendo boa-fé, ou seja, desconhecimento do vício — da ilicitude —, o que, *in casu*, partindo dos mencionados pressupostos fáticos, não terá ocorrido.

Note-se que o próprio art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, ao estabelecer a obrigação do Estado ressarcir as prestações fornecidas em razão de contrato que vem a ser anulado condiciona tal obrigação a que o fato que causou a nulidade “não lhe seja imputável”.

Em sede doutrinária também já havíamos afirmado para situações análogas:

É evidente em casos tais a má-fé do prestador de serviços que, até em razão do princípio da obrigatoriedade da lei (art. 3º, Lei de Introdução ao Código Civil), é sabedor da inadmissibilidade dos contratos administrativos verbais ou tácitos (no caso, sabedor dos direitos da Petrobras previamente a ele comunicados). (...) É inadmissível facultar ao particular, ainda que tenha o beneplácito de agentes públicos, a adoção de atitude sabidamente ilegal para que aufera lucro.⁷⁴

Igualmente, a jurisprudência: “Não é lícito a quem contrata com o poder público alegar a ignorância da lei e das formalidades imprescindíveis para o ato de que participa, impondo-se a observância de todas as cautelas”.⁷⁵

Em relação ao enriquecimento da ANP, podemos trazer à baila as lições de Blanca A. Herrera de Villavicencio, segundo as quais “se a administração recebe uma soma de dinheiro a qual não teria direito (ou, naturalmente outra prestação, como no caso, os dados coletados pela Petrobras) que, por erro, foi indevidamente prestada (...), surge a obrigação de restituí-la”.⁷⁶

Quanto ao enriquecimento da eventual nova concessionária, a doutrina também é clara que não cabe qualquer tipo de indenização em razão de contratos nulos, em razão de ilicitudes (no caso a licitação de área objeto de outro contrato de concessão ilicitamente considerado extinto pela administração); “trata-se (a proteção contra enriquecimento sem causa) de situações jurídicas relacionadas com atos lícitos. (...) Considerando que a *actio in rem versio*, para obter a repetição de todo enriquecimento injusto, repousa em considerações de moral e equidade, ela não pode ser invocada por quem se empobreceu por dolo ou culpa (no caso ofertar lances ciente dos vícios

⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A prestação de serviços à administração pública após o fim do prazo contratual. *Revista de Direito Administrativo*, v. 214, p. 1-20, 1999.

⁷⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 48, p. 267.

⁷⁶ VILLAVICENCIO, Blanca A. Herrera de. El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos. In: *Cuestiones de contratos administrativos em homenagem a Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2007. p. 112-113 (Excursos entre parênteses nossos).

comunicados pela Petrobras), pois se trata de uma manobra desleal, desonesta e contrária aos bons costumes. Não é correto ser indulgente com quem pratica um ato maliciosamente”, assumindo, acresceríamos, os riscos de tal conduta.⁷⁷

10. Resposta aos quesitos

Podemos, conclusivamente, nesse momento, responder aos quesitos, em assertivas que condensam objetivamente os tópicos anteriores.

1. Considerando que o início da perfuração do poço 1-BRSA-230-RJS, localizado no bloco BC-400, ocorreu ainda dentro da fase de exploração, mas seu objetivo estratigráfico veio a ser alcançado poucos dias após o termo final daquela, a ANP deve reconhecer o direito de a Petrobras avaliar e, eventualmente, declarar a comercialidade da descoberta notificada na data de 15 de agosto de 2003?

Sim, porque se trata de uma das boas práticas da indústria do petróleo, assim como afirmaram os órgãos técnicos da agência e como viria a reconhecer declaratoriamente a própria ANP, em contratos futuros; vale ressaltar que tais práticas, longe de constituírem mero critério interpretativo, possuem valor legal e contratual imediato e mandatório; o contrato de concessão petrolífera é contrato por escopo, e, assim, a fluência do prazo não opera efeitos extintivos; seu não reconhecimento implicaria coonestar o enriquecimento sem causa de eventual nova concessionária e da própria ANP/União e, ainda, negacear o caráter finalístico da Lei do Petróleo e a função social dessa espécie de contrato; houve o adimplemento substancial de todos os deveres contratuais da consulente, não podendo esta ser penalizada por apenas nove dias em um contrato que pode durar décadas; os atos e práticas anteriores da ANP geraram legítima expectativa de autorização da avaliação; a solução que simplesmente encerra o contrato e desautoriza a avaliação da descoberta viola o princípio da boa-fé objetiva, na medida em que não busca soluções alternativas de preservação do acordo e atualiza situação de absoluta deslealdade interinstitucional; o encerramento do contrato e a não autorização de avaliação e eventual declaração de comercialidade da descoberta é saída desproporcional, ainda mais quando analiticamente demonstrado que, neste caso, prepondera o princípio da utilidade econômica do contrato de concessão petrolífera.

2. Pode a ANP, diante do art. 44, VI, da Lei do Petróleo, refutar condutas que consubstanciem “melhores práticas internacionais da indústria do petróleo”, ainda que não expressamente referidas no contrato de concessão?

⁷⁷ VILLAVICENCIO, Blanca A. Herrera de. El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos. In: *Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Buenos Aires: Ediciones RAP, 2007. p. 112-113

Não. No caso, a conduta em discussão foi expressamente afirmada, pelos órgãos técnicos da autarquia, como se enquadrando dentro do conceito de “melhor prática internacional da indústria do petróleo”, vindo a constar de contratos posteriores da própria ANP; as “melhores práticas” possuem valor legal pleno e imediata força vinculante (arts. 8º, IX, e 44, VI, Lei do Petróleo).

3. É possível afirmar que a decisão da Diretoria da ANP, ao não permitir a avaliação da descoberta, de forma contrária à própria apreciação de sua área técnica, é nula? Haveria outros vícios processuais? Em caso afirmativo, quais seriam as suas consequências?

Sim. A decisão que, de modo contrário à essência da regulação estatal, não apresenta fundamento técnico para a negativa, sem sequer enfrentar o posicionamento anterior favorável — e técnico — da própria ANP, é nula por vício de motivação. Sua nulidade, contudo, também decorreria do informal procedimento administrativo em que foi proferida, no qual não se respeitou a existência de dupla instância administrativa decisória e não houve cientificação formal de tramitação à interessada. Nesse caso, a decisão, depois de reconhecida a sua invalidade, não terá produzido em princípio qualquer efeito.

4. Pode a ANP incluir a área em suas futuras rodadas de licitação? Em caso negativo, quais as consequências, para terceiros que venham a adjudicá-la, em caso de êxito da Petrobras em eventual ação judicial para fazer valer os seus direitos exploratórios sobre ela?

Não. Considerando a invalidade da decisão da Diretoria da ANP que negou o direito à avaliação da descoberta, o contrato de concessão estaria plenamente vigente e em curso, o que levaria a invalidade também da licitação que tivesse como objeto a mesma área, assim como de todos os atos unilaterais e contratuais que dela decorressem. Também não seria administrativamente recomendável do ponto de vista dos princípios da eficiência e da economicidade conceder área sobre a qual os direitos da ANP são de tal forma questionáveis, gerando para todas as partes envolvidas grande insegurança jurídica (e consequentemente maiores custos ou menores lucros). No caso de terceiros que, eventualmente, venham a adjudicá-la, não a terão adquirido de boa-fé, sobretudo se cientes do conflito e das intenções da Petrobras de defender a sua posição, e verão a declaração de nulidade de seu contrato sem que dela possam extrair qualquer direito a indenização.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 21 de agosto de 2007.

Alexandre Santos de Aragão
Professor-adjunto de direito administrativo da Uerj
Doutor em direito do Estado pela USP

Comentário

A utilização do termo de compromisso de cessação de prática no combate aos cartéis

*Patrícia Regina Pinheiro Sampaio**

1. Introdução

O voto do conselheiro Luís Fernando Schuartz no Requerimento nº 08700.004221/2007-56, objeto deste comentário, constitui inegável marco na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), por refletir as razões que ensejaram a celebração do primeiro Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) relacionado a uma investigação de cartel realizada no Brasil.

Em breve síntese, e ressaltadas as nuances expostas neste artigo relativamente aos cartéis, os TCCs são acordos celebrados entre o Cade e uma ou mais pessoas investigadas por infração à ordem econômica, no qual, de um lado, os investigados se comprometem a fazer cessar a prática investigada e, de outro, a autoridade concorrencial suspende o processo administrativo com relação aos signatários do pacto que, uma vez cumprido, ensejará o arquivamento do processo.

Considerando que a higidez da ordem econômica constitui direito difuso, de que é titular toda a coletividade,¹ a vantagem dos TCCs para a sociedade é a ime-

* Mestre e doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professora da FGV Direito Rio e advogada no Rio de Janeiro.

¹ Conforme o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.884/94: "Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei".