

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ENERGIA – PPGE
EP/FEA/IEE/IF

CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO CONTEXTO DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL:
UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE ESTADOS UNIDOS E BRASIL

Aluna: Laís Palazzo Almada
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Virginia Parente

São Paulo

2014

Laís Palazzo Almada

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO CONTEXTO DAS
AGÊNCIAS REGULADORAS DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL:
UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE ESTADOS UNIDOS E BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Energia – Escola Politécnica / Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade / Instituto de Energia e Ambiente/ Instituto de Física – da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Energia.

Orientação: Prof^ª Dr^ª Virginia Parente

VERSÃO CORRIGIDA

(versão original disponível na Biblioteca da Unidade que aloja o Programa e na Biblioteca Digital de Testes e Dissertações da USP)

AUTORIZO A REPRODUÇÃO E DIVULGAÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

FICHA CATALOGRÁFICA

Almada, Laís Palazzo.

Conceitos jurídicos indeterminados no contexto das agências reguladoras de petróleo e gás natural: uma análise comparativa entre Estados Unidos e Brasil./ Laís Palazzo Almada; orientadora: Virginia Parente. – São Paulo, 2014.

f.: il.; 30 cm.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Energia) EP / FEA / IEE / IF da Universidade de São Paulo.

1. Petróleo. 2. Gás natural. 3. Agências reguladoras. Título.

Dedico esse trabalho àquele sem o qual ele não existiria, ou pelo menos não seria o mesmo. Caio, por todo o suporte emocional e material ao longo dos meus estudos do Mestrado, muito obrigada!

AGRADECIMENTOS

De toda a dissertação do Mestrado, esta é a única parte que jamais tive qualquer dúvida. Por outro lado, era também o que não me deixava desistir, já que jamais imaginei desapontar aqueles a quem hoje posso agradecer.

A dissertação, embora muito importante, é apenas o desfecho do curso de Mestrado. Assim, uma pessoa teve especial papel nesta conquista. Queria agradecer ao meu Amor, meu Companheiro, Caio Falcão, que sempre compartilhou dos meus sonhos, apostou na minha capacidade e sempre me incentivou. Não posso esquecer, ainda, todo apoio recebido, desde o momento que decidi que iria estudar na USP: na preparação para a seleção, nas discussões ao longo do curso, e claro, ao longo da elaboração da dissertação.

À minha família agradeço pelo amor que sempre recebi e pelos valores que aprendi, que de certa forma se revelam ao longo deste trabalho. São esses valores que me fazem acreditar, que mesmo diante de tantas injustiças do mundo, como um trabalho de formiguinha, posso e vou fazer a minha parte. Meu carinho à minha mãe, Aurea Almada, e meu amor incondicional ao meu irmão, Olavo Almada. Ao meu tio, Fábio Gondim, meu agradecimento por estar sempre presente e me apoiando.

No âmbito profissional, gostaria de reconhecer o incentivo para esta capacitação que recebi do meu chefe, José Gutman. Algumas pessoas são, ainda, grande fonte de inspiração: Rodrigo Serra e Raphael Moura. À ANP, por me fazer uma profissional realizada, amante da indústria do petróleo, e, claro, por possibilitar o meu afastamento para essa capacitação.

À minha orientadora, Virginia Parente, agradeço pelo apoio acadêmico, pelo esforço pessoal para possibilitar o meu intercâmbio na Universidade de Oklahoma (OU), e pelas longas conversas e ensinamentos quanto a esta dissertação.

Mais que a experiência internacional, trouxe da OU duas grandes amigas, Carolina Azevedo e Carolina Arlota. Com a primeira, pude conviver e dividir também outras experiências acadêmicas; na segunda, busquei apoio emocional e recebi conselhos que em muito contribuíram para a melhoria do trabalho. Às duas, muita obrigada.

À minha “guru intelectual”, Bruna Rocha e à minha doutoranda querida, Cecília Siliansky, amigas com quem sempre pude contar, na vida e no meio acadêmico, cada uma a seu modo. Amigas muito especiais.

Na fase final, uma ajuda inesperada e essencial do colega de ANP, Guilherme Moreira, que fez minuciosa revisão no texto e diversas contribuições para a melhoria do resultado final do trabalho, minha gratidão.

Finalmente, agradeço a todos que colaboraram direta e indiretamente com a conclusão do presente trabalho.

RESUMO

ALMADA, Laís Palazzo. **Conceitos jurídicos indeterminados no contexto das agências reguladoras de petróleo e gás natural**: uma comparativa entre Estados Unidos e Brasil. 2014. f. Dissertação (Mestrado em Ciências) - Programa de Pós-Graduação em Energia – Instituto de Energia e Ambiente da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014

A presente dissertação explorou a aplicação de *conceitos jurídicos indeterminados* na indústria do petróleo e do gás natural, tecendo um comparativo entre o Brasil e os Estados Unidos da América. Por *conceitos jurídicos indeterminados* entendem-se aqueles que abarcam uma vasta gama de significados e, portanto, mostram-se úteis na resolução de casos complexos e de pouca previsibilidade. Para melhor compreensão deste tema no contexto da indústria de petróleo e gás, foi apresentado o Regime Regulatório Misto, vigente no Brasil desde 2010. Adicionalmente, o arcabouço regulatório vigente foi abordado, bem como a evolução da indústria de petróleo e gás natural no Brasil desde a criação da agência reguladora setorial, a ANP, em 1997. Em seguida, foram tratadas as características gerais dos contratos para exploração de hidrocarbonetos firmados nos EUA, denominados *leases*. Foram descritas as agências reguladoras, seus poderes e analisados o julgamento de seus atos pelos respectivos Poderes Judiciários. Foram revistas as características sobre os *conceitos jurídicos indeterminados* nas doutrinas internacional e nacional: flexibilidade e mutabilidade. A partir desta base analítica, a aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* utilizados no Brasil e nos EUA na indústria do petróleo e do gás natural foi comparada. Conclui-se pela necessidade da adoção de *conceitos jurídicos indeterminados* para a indústria do petróleo e do gás natural em ambos os países. Ademais, constatou-se que a utilização desses *termos abertos*, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, encontra-se mais madura nos EUA que no Brasil. Por fim, foi proposto o reconhecimento de discricionariedade administrativa conferida pelos *conceitos jurídicos indeterminados* no Brasil no âmbito das agência reguladoras. Ao final, realizou-se a análise das possíveis formas de revisão destes atos pelo Poder Judiciário, sugerindo-se a adoção de deferência semelhante ao Direito norte-americano, privilegiando-se a análise técnica do órgão regulador e a preservação do mérito administrativo.

Palavras-chaves: Conceito Jurídico Indeterminado; Conceito Jurídico Aberto, Termos Jurídicos Abertos; regulação; agência reguladora; petróleo; gás natural; Brasil; EUA.

ABSTRACT

ALMADA, Laís Palazzo. **Indeterminate legal precept applied by Independent Agencies of oil and gas industry**: a comparative view of Brazil and USA. 2014. f. Master's Dissertation – Graduate Program on Energy, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014

The thesis develops the application of indeterminate legal precepts in the oil and gas industry comparing Brazil and the United States of America. Indeterminate legal precepts encompass a wide range of meanings and therefore prove useful in resolving complex cases with little predictability. For better comprehension, the Regulatory Mixed Regime, in effect in Brazil since 2010, is presented. In addition, the current Brazilian regulatory framework is discussed, in light of the development of as the oil and gas industry since 1997, when the National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels was established. Following, the general characteristics of the contracts signed for exploration of hydrocarbons in the United States, the leases, are also subject of discussion. Because of the regulatory model adopted in the two countries – namely: regulation through independent agencies - the regulatory agencies are addressed, considering their powers and, judicial review of their regulatory acts. International and national doctrines on the indeterminate legal precepts and their main characteristics, flexibility and changeability, are reviewed. Once established the analytical basis, the work focuses on the application of indeterminate legal concepts in the oil and gas industry in a comparative perspective including the Brazilian and American systems. The conclusion emphasizes the necessity of adopting indeterminate legal precepts for the oil and gas industry in both countries. It also notes that the use of open terms, both in administrative as in judicial decisions, is more mature in the United States of America than in Brazil. Finally, proposed for the recognition of administrative discretion conferred by the indeterminate legal concepts in Brazil as part of the regulatory agency power. At the end, we carried out the analysis of possible ways of revising these acts by the judiciary, suggesting the adoption of similar to US law deference, privileging the technical analysis of the regulatory body and the preservation of the administrative merit.

Key Words: Indeterminate legal precepts; Indeterminate legal concepts; Independent Regulatory Agency; Oil and Gas; Brazil; USA.

LISTA DE TABELA e FIGURAS

Figura 1: Produção de petróleo e gás natural no Brasil por ano de produção, de 1998 a 2013, em bep.	17
Figura 2: Montante de royalties arrecadados no Brasil, de 1998 a 2013, em bilhões de Reais.	19
Figura 3: Montante de Participação Especial arrecadados no Brasil, de 1998 a 2013, em bilhões de Reais.	20
Tabela 1: Volumes e valores das áreas objeto do Contrato de Cessão Onerosa	22

LISTA DE SIGLAS

AIR – Análise de Impacto Regulatório
AIPN – *Association of International Petroleum Negotiators*
ALJ – *Administrative Law Judge*
ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
APA – *Administrative Procedure Act*
bep – barril equivalente de petróleo
CAA – *Clean Air Act*
CF – Constituição Federal
CNP – Conselho Nacional de Política Energética
EO – *Executive Order*
EPA – *Environmental Protection Agency*
EUA – Estados Unidos da América
IOC – *International Oil Company*
JOA – *Joint Operating Agreement*
NOC – *National Oil Company*
NRDC – *Natural Resource Defense Council*
OGP – *International Association of Oil and Gas Producers*
OIRA – *Office of Information and Regulatory Affairs*
OMB – *Office of Management and Budget*
PE – Participação Especial
PEM – Programa Exploratório Mínimo
PD – Plano de Desenvolvimento
PND – Plano Nacional de Desestatização
PRG – Procuradoria Geral Federal
PRO-REG – Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação
PSA – *Production Sharing Agreement*
PPSA – Pré-Sal Petróleo S/A
RRC – *Railroad Commission*
STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
1.1 Justificativa e relevância do tema.....	1
1.2 Objetivos.....	5
1.3 Questão central e hipótese	5
1.4 Metodologia.....	6
1.5 Estrutura Capítular.....	7
2. A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL	8
2.1 Principais marcos regulatórios da indústria de petróleo e gás no Brasil e breve histórico da indústria nacional.....	8
2.2 Do Regime de Concessão e da indústria de petróleo e gás natural do Brasil.....	12
2.3 Da Cessão Onerosa.....	21
2.4 Do Regime de Partilha de Produção.....	23
2.5 Dos Acordos de Individualização da Produção: a Unitização.....	26
2.6 Breves considerações sobre a indústria de petróleo e gás natural norte-americana	28
3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NACIONAIS E NORTE-AMERICANAS.....	31
3.1 Aspectos gerais das agências reguladoras norte-americanas e brasileiras	32
3.1.1 Rulemaking: o poder “quase-legislativo”	34
3.1.2 Normas não-legislativas	42
3.2 Adjudication: o poder “quase-judiciário”	43
3.2.1 Procedimento adjudicatório à luz do APA	46
3.3. Revisão Judicial quanto ao mérito no sistema norte-americano.....	48
3.3.1 Critério de revisão: Arbitrary and Capricious	48
3.3.2 Critério de revisão: Substantial Evidence.....	52
3.4 Peculiaridades da revisão de atos normativos	53
3.5 Breve comparativo: Brasil e Estados Unidos	54
4. OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	56
4.1 Contexto e definição	56
4.2 Os conceitos jurídicos indeterminados no Direito comparado.....	60
4.3 Os conceitos jurídicos indeterminados na doutrina brasileira.....	66
4.4 A atuação dos Tribunais em relação à aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados	73
5. OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL	78
5.1 Os conceitos jurídicos indeterminados da indústria do petróleo no Brasil	78
5.2 Os conceitos jurídicos indeterminados no direito do petróleo norte-americano ..	91

5.3 Análise dos conceitos jurídicos indeterminados na indústria do petróleo e do gás natural	100
5.3.1 Reasonable and Prudent Operator X Melhores Práticas.....	103
5.4 Proposta de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados no Brasil	106
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

1. INTRODUÇÃO

A adoção de *conceitos jurídicos indeterminados* consiste em técnica legislativa capaz de conferir flexibilidade ao sistema jurídico (ABREU, 2005). A conveniência da sua utilização decorre da impossibilidade fática de o legislador prever todas as situações que merecem amparo jurídico (MOREIRA, 2003, *apud* ANDRADE, 2013). Desta forma, faz-se necessário recorrer a mecanismos capazes de compor as lacunas existentes nas normas, como os princípios, a analogia e os *conceitos jurídicos indeterminados*.

Apesar de os *conceitos jurídicos indeterminados* permearem todo o mundo do Direito, é perante situações de alta complexidade e rápida mutabilidade que esse instrumento normativo ganha maior relevância. Diante deste fato, a indústria de petróleo e gás natural mostra-se terreno propício para o estudo dos *conceitos jurídicos indeterminados* (ARAGÃO, 2002).

Ademais, os *conceitos jurídicos indeterminados* revelam-se de suma importância no exercício do poder normativo e fiscalizador das agências reguladoras, em razão do alto grau de incerteza e mutabilidade das indústrias que regulam (ARAGÃO, 2006). Vale dizer, esta forma de intervenção do Estado no domínio econômico foi adotada no Brasil e nos Estados Unidos da América, dentre outros países.

A indústria de petróleo e gás natural é uma atividade econômica de escala e importância mundial, desenvolvida por meio de diversos modelos normativos (ZAMITH; SANTOS, 2007). O presente estudo trata da aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* no âmbito da indústria do petróleo e do gás natural na esfera administrativa e judicial, no Brasil e nos Estados Unidos da América.

1.1 Justificativa e relevância do tema

O petróleo e o gás natural são recursos minerais estratégicos, finitos, e de difícil exploração e produção. A formação desses hidrocarbonetos depende de uma série de fatores, como temperatura, pressão, e a existência de sedimentos (THOMAS, 2004). Bret-Rouzaut, Favennec e Santos (2011, p. 85), resumem “sistema do petróleo”, isto é, a combinação de atributos geológicos que levam à formação de hidrocarbonetos, da seguinte maneira:

Primeiramente, deve haver uma fonte rochosa para que sejam gerados os hidrocarbonetos. É necessário também haver um reservatório rochoso e permeável para conter os hidrocarbonetos, permitindo assim que se acumulem. O reservatório precisa estar envolvido por uma capa impermeável, que age como uma barreira aos movimentos naturais ascendentes dos fluidos. O sistema precisa ser vedado por uma trapa, a fim de permitir que os hidrocarbonetos se acumulem. Finalmente, a sucessão de eventos geológicos, citados como temporização, deve ser favorável, e em particular, é crucial que a trapa se forme antes do hidrocarboneto migrar.

As atividades de exploração e produção de gás natural são marcadas por elevado grau de risco e incertezas. De um lado, despontam os riscos geológicos, relacionados à descoberta comercial dos hidrocarbonetos. De outro, os riscos da atividade em si, que se diferenciam ao longo do desenvolvimento da atividade (COSTA, 2003).

Entre essas variáveis, cabe salientar as dificuldades encontradas durante a fase de pesquisa exploratória e do desenvolvimento dos campos (número de poços perfurados até encontrar um poço produtivo), a profundidade dos poços em produção, o nível da taxa de juros para financiar o investimento e a distância dos pontos de produção ou de saída de produção do óleo. (PINTO JÚNIOR, 2007)

Na fase inicial, destacam-se as incertezas relativas a: (i) quantidade e qualidade dos dados geológicos, petrofísicos e de fluidos disponíveis; (poços, sísmica, testes); e (ii) interpretação dos dados e caracterização do reservatório (COSTA, 2003). Ademais:

São diversas as fontes de incertezas que resultam em uma tomada de decisão sob risco: valor de preços de venda e custos futuros, disponibilidade de serviços e equipamentos, comportamento do mercado, conflitos internacionais, variação de regulamentações governamentais, riscos ambientais, necessidade de desenvolvimento de tecnologia, etc. (COSTA, 2003, p. 5)

Por outro lado, a indústria de petróleo e gás natural apresenta rápido desenvolvimento tecnológico, de forma que diversas barreiras são constantemente transpostas e novas técnicas são implementadas (THOMAS, 2004).

Para a exploração e produção desses hidrocarbonetos, cada Governo soberano deve decidir a melhor maneira de extrair tais recursos, bem como a melhor destinação dessas riquezas. Para a melhor compreensão da indústria, são apresentados o Contrato de Cessão Onerosa e os regimes atualmente vigentes no Brasil, a Concessão e o modelo de Partilha da Produção.

Caso peculiar é o regime norte-americano, onde são firmados contratos de direito privado, já que os recursos não pertencem ao Estado. Nos Estados Unidos da América, todavia, a exploração privada não é inteiramente livre, mas sujeita à atuação de órgãos reguladores, normalmente estaduais, como a *Railroad Commission* (RRC) no

Texas, e a *Oklahoma Corporate Commission* (OCC) em Oklahoma (LOWE *et al.*, 2008).¹

Vislumbra-se, portanto, um o arcabouço jurídico aplicável à indústria de petróleo e gás natural também marcado pela complexidade do sistema, já que concilia diversos regimes jurídicos legais, e ainda é composto por normas de cunho constitucional e outras de natureza infra-legal.

O exercício da atividade normativa objetiva prever de forma genérica e abstrata situações futuras e seus efeitos jurídicos. Nem toda a criatividade humana, contudo, é capaz de prever todas as situações do mundo real (ANDRADE, 2013). Destarte, torna-se impossível antever com precisão as inúmeras situações do mundo fático. Além disso, é notório que o mundo jurídico nem sempre acompanha com a mesma velocidade as mudanças tecnológicas e sociais.

Ciente desta fragilidade, o legislador socorre-se dos *conceitos jurídicos indeterminados*, também conhecidos como *conceitos jurídicos abertos*², para não deixar sem amparo situações em que a atuação do Estado é imprescindível (ARAGÃO, 2006). De forma diversa não ocorre na indústria do petróleo e do gás natural, mas ao revés, são inúmeras as situações em que não há regras específicas para o caso.

Por outro lado, deve-se lembrar a lição de Marques Neto, no sentido de que, para o exercício a atividade regulatória “é necessário que o ente de regulação possua competência e instrumentos amplos e efetivos” (MARQUES NETO, 2009, p. 48).

Rozas (2006) assinala que os *conceitos jurídicos indeterminados* não são termos totalmente desprovidos de semântica, mas conceitos que contêm uma esfera de certeza positiva e outra negativa, bem como um *halo conceitual*, isto é, uma área cinzenta. Em suas palavras (ROZAS, 2006, p.1):

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de *núcleo conceitual*. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado.

De um lado, há a *zona de certeza positiva*, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a *zona de certeza negativa*, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito.

Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de

¹ No âmbito federal, há ainda o *Bureau of Ocean Energy Management Regulation and Enforcement* (BOEMRE), e o *Bureau of Safety and Environment Enforcement* (BSEE), que ao lado da Guarda Costeira atuam sobre as atividades na costa norte americana (RIBEIRO, 2014).

² Ao longo deste texto nos utilizaremos das duas expressões indistintamente, com a mesmo teor semântico.

dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de *zona de incerteza* ou *halo conceitual*.

Desta forma, os *conceitos jurídicos indeterminados* carregam consigo uma gama de significados que ganham concretude apenas diante do caso concreto. Enquanto norma, prevista em abstrato, comportam diversos significados, ao mesmo tempo que repelem outros (DI PIETRO, 2007a).

Essa multi-valência permite a evolução do significado da norma sem que haja a alteração no seu texto. Além disso, proporciona um resultado adequado, isto é razoável e proporcional, para uma gama de situações diversas (AGU, 2013b). Essas características dos *conceitos jurídicos abertos* vêm em encontro à complexidade da indústria do petróleo e do gás natural.

Ao analisar as “boas práticas da indústria do petróleo”, conceito jurídico indeterminado adotado pela Lei do Petróleo e usado amplamente nos contratos desta indústria, Menezello (2000) destaca que se trata de conceito amplamente conhecido e que proporciona “uma evolução constante das técnicas e dos conhecimentos científicos”.

A aplicação desses *conceitos jurídicos abertos*, muitas vezes, ocorre em benefício do agente regulado, que pretende que mesmo diante de uma lacuna regulatória, a Administração considere e defira seu pleito, aplicando de forma sistemática e finalística o sistema normativo existente (AGU, 2012).

Desta forma, além de princípios, normas de interpretação e outras técnicas jurídicas, o legislador, bem como o regulador, se socorrem de *conceitos jurídicos abertos*, para conferir maior flexibilidade ao sistema e garantir a ampla realização de suas competências.

Não é claro, todavia, se a Administração Pública pode livremente se utilizar dos *conceitos jurídicos indeterminados*, ou em quais matérias ou hipóteses seria legítima a sua utilização. Sem pretender responder integralmente esta pergunta, o trabalho analisará as diversas hipóteses de aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* na indústria do petróleo e do gás natural. Como delimitação geográfica, serão considerados casos dos Estados Unidos da América e do Brasil.

1.2 Objetivos

O objetivo principal do trabalho desenvolvido é verificar como se dá a utilização dos *conceitos jurídicos indeterminados* na indústria do petróleo e do gás natural no Brasil e nos Estados Unidos da América.

Adicionalmente, os seguintes objetivos secundários são perseguidos:

- i. Apresentar um breve histórico da indústria do petróleo e do gás natural no Brasil, com ênfase no período a partir da criação da ANP, 1997, destacando os principais atos normativos do setor;
- ii. Levantar as principais características dos contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural nos Estados Unidos;
- iii. Analisar o modelo de regulação por meio das agências reguladoras nos Estados Unidos da América e no Brasil;
- iv. Revisar a literatura nacional e internacional sobre conceito jurídico indeterminado e sua aplicação na esfera do Direito Administrativo;
- v. Levantar a posição dos tribunais superiores nacionais quanto à aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados*;
- vi. Analisar o entendimento dos tribunais norte-americanos quanto à aplicação dos *conceitos jurídicos abertos* na indústria do petróleo e do gás natural;
- vii. Analisar casos recentes de aplicação de *conceitos jurídicos abertos* pela ANP.

1.3 Questão central e hipótese

Os *conceitos jurídicos indeterminados* não se restringem ao Direito Administrativo, mas nele ganham relevo (DI PIETRO, 2007a). Por outro lado, a complexidade e a imprevisibilidade da indústria do petróleo e do gás natural fazem desta seara campo fértil para a utilização desta técnica legislativa (ARAGÃO, 2002). Nesse contexto, a questão central da dissertação pode ser descrita da seguinte maneira:

Como se dá a aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* no contexto das agências reguladoras de petróleo e gás natural no Brasil e nos Estados Unidos da América?

A hipótese a ser testada nesta dissertação é a de que a utilização dos *conceitos jurídicos indeterminados* no país do hemisfério norte é mais recorrente, ao mesmo passo que é judicial e doutrinariamente aceita. Já no Brasil, a sua aplicação ainda é incipiente e de forma pouco representativa.

A indústria do petróleo e gás natural é marcada por ser de capital intensivo e pelo contínuo desafio e avanço tecnológico (THOMAS, 2004). Desta forma, a elaboração de normas e contratos com regras rígidas não atende de forma satisfatória às necessidades da indústria.

Em termos legais, deve-se destacar que o modelo norte americano é o da *common law*, isto é, não codificado e baseado nos precedentes dos tribunais, ao passo que o modelo brasileiro é o da *civil law*, baseado na edição de atos normativos formais.

1.4 Metodologia

A metodologia adotada leva em conta que, para rever a aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* na indústria do petróleo e do gás natural, é necessária a compreensão das características gerais desta indústria, bem como o conhecimento do arcabouço jurídico em que se insere.

Desta forma, é realizado o levantamento das principais normas do setor de petróleo e gás no Brasil, e da estruturação e desenvolvimento deste setor desde 1998, ano de implementação da ANP. Ademais, será também realizada a análise do panorama histórico de recursos gerados pela produção de hidrocarbonetos no Brasil, por meio de dados disponíveis no site da ANP.

A origem e as principais características e poderes das agências reguladoras nos EUA e no Brasil são retratados, por meio de levantamento bibliográfico e de julgados proferidos pelas cortes norte-americanas.

Para compreensão do contexto jurídico afeto ao tema, é, ainda, desenvolvida uma revisão da literatura nacional e internacional, no que tange aos *conceitos jurídicos indeterminados*, ao poder normativo e sancionador das agências reguladoras.

Serão, ainda, levantados os precedentes, decisões administrativas e pareceres da Procuradoria Federal junto à ANP, que direta ou indiretamente enfrentaram o assunto, por meio de pesquisa de campo.

Por fim, serão utilizados os instrumentos do Direito Comparado, tomando-se por base o modelo regulatório norte-americano. Neste ponto, ressaltaremos o exercício dos poderes conferidos às agências reguladoras, bem como o controle de seus atos pelos tribunais brasileiros e americanos.

1.5 Estrutura Capítular

A presente dissertação está composta por 4 capítulos, além da Introdução e da Conclusão.

Após a Introdução, o Capítulo seguinte descreve o arcabouço regulatório da indústria de petróleo e gás no Brasil, explicitando o *Regime Regulatório Misto* vigente. Aponta, ainda, para as principais características da indústria, bem como descreve brevemente a sua evolução no Brasil desde 1998. Por fim, são apresentadas algumas peculiaridades do arcabouço jurídico dessa indústria no âmbito do Direito Norte Americano.

O Capítulo 3 descreve os modelos norte americano e brasileiro de regulação para os setores de petróleo e gás natural: as agências reguladoras. É dado enfoque aos poderes a elas conferidos: (i) poder “quase-legislativo”, (ii) poder “quase-executivo”, (iii) poder “quase-judiciário”. Uma vez entendidas as linhas gerais destes poderes, o capítulo analisa os critérios de revisão das decisões administrativas pelo Poder Judiciário.

No Capítulo 3, são apresentados os *conceitos jurídicos abertos* e seus diversos campos de aplicação, com ênfase no Direito Administrativo. São apresentadas também as linhas mestras definidas pela literatura nacional e internacional, bem como, sinteticamente, a evolução do tema.

O Capítulo 4 apresenta a análise da aplicação dos *conceitos jurídicos abertos* na indústria de petróleo e gás natural no Brasil e nos Estados Unidos. Desta forma, é possível verificar o grau de maturação e a forma de utilização deste recurso legislativo em cada um desses países. Ao final, é feita a análise e comparação da aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* nos EUA a no Brasil.

As Considerações Finais repisam o tema e buscam sintetizar o resultado das principais conclusões realizadas a respeito dos *conceitos jurídicos indeterminados* no âmbito da indústria do petróleo e gás natural no Brasil e nos Estados Unidos.

2. A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL

Para a compreensão do tema, apresentaremos a indústria de petróleo e gás natural no Brasil, com ênfase no período posterior à criação da ANP, no ano de 1998. Desta forma, serão descritos os principais marcos legais, que por fim resultaram no Regime Regulatório Misto, bem como feito um breve histórico da indústria no Brasil, incluindo as normas de Unitização.

Desta forma, pode-se entender, em linhas gerais, os dois principais modelos adotados no mundo para a exploração e produção de hidrocarbonetos fluidos, a Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. A par desses dois modelos, há países que optam os contratos de risco, e, ainda, as *Joint Venture* (ZAMITH; SANTOS, 2007).

Embora o modelo brasileiro sirva, de maneira geral, para a compreensão dos modelos adotados no mundo, não se aplica aos Estados Unidos da América, onde há relações de cunho privado.

Naquele país, exatamente em razão natureza e da atuação de diversos órgãos nos âmbito dos Estados Federados que o compõe, não é possível identificar uma uniformidade, como ocorre no Brasil.

Sendo assim, serão feitas apenas breves considerações sobre os contratos firmados para exploração e produção de petróleo e gás natural nos Estados Unidos da América, com a finalidade de tão somente permitir ao leitor a compreensão das questões que serão tratadas.

2.1 Principais marcos regulatórios da indústria de petróleo e gás no Brasil e breve histórico da indústria nacional

É possível considerar a criação da Petrobras, em 1953, como o marco legal do surgimento da indústria de petróleo e gás natural no Brasil. A Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) foi criada por meio da Lei nº. 2.004/53 como a empresa nacional de exploração e produção de petróleo e gás natural. O tipo societário estabelecido na referida lei para a Petrobras foi o de Sociedade Anônima.

Ao mesmo tempo, esta mesma lei instituiu o monopólio da União sobre:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e

gases raros, existentes no território nacional;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no país, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem.

Mesmo diante da instituição do mencionado regime de monopólio, como destacou Rosado, (2005, *apud* BRAGA; CAMPOS, 2012), na década de 70, a Petrobras foi autorizada a formalizar “contratos de risco”³ com empresas petroleiras estrangeiras, *International Oil Companies* – IOC, para a exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos em território nacional. A autora entende este fenômeno como uma pequena abertura do mercado Para Ribeiro (2014):

Embora seja difícil resumir as linhas mestras do Contrato de Risco, podem ser ressaltadas as seguintes características: preservação da propriedade da Petrobras sobre o óleo descoberto, exercício do controle sobre as atividades de exploração e desenvolvimento e a execução direta, pela Petrobras, da fase de produção (RIBEIRO, 2014, p. 398).

A autorização para a celebração deste tipo de contrato foi dada pelo então Presidente, Ernesto Geisel, em resposta à crise do petróleo de 1973. Naquela época, todavia, o Presidente foi a público reafirmar a manutenção do monopólio da União sobre a pesquisa e a lavra dos hidrocarbonetos (ESTADO DE SÃO PAULO, 1975). Contudo, para Ribeiro (2014), a Petrobras nos contratos de risco atuava como verdadeiro poder concedente

O fato é que, antes da Constituição de 1988, a indústria de petróleo e gás natural do Brasil era formada não apenas pela Petrobras, mas também por outras empresas internacionais. Muitas empresas operavam no Brasil nesta época, tais como: Shell, Exxon, Texaco, British Petroleum, ELF, Total, Marathon, Conoco, Hispanoil, Pecten, e Pennzoil. Outras empresas de capital nacional também estavam nesta atividade: Paulipetro, Azevedo Travassos, e Camargo Corrêa, dentre outras (LUCCHESI, 1998).

Desde a Constituição de 1967 o monopólio da União sobre a exploração e produção de petróleo foi elevado ao status constitucional. Contudo, aquela Constituição

³ “Under a risk-service, the contractor is paid based upon the ultimate success of the service; if the service is a failure, the IOC receives nothing. [...] The traditional risk service contract usually provided for payment in cash but gave the IOC a right to purchase a portion of the oil produced, frequently at a discount price, but only with the money earned from performance of the service. If no oil was discovered, the contract terminates without compensation to the IOC (SMITH, *et al.*, 2010).

era omissa quanto à forma de exercício deste monopólio. Aquela Carta Magna apenas determinava que o monopólio sobre a exploração e produção desses hidrocarbonetos deveria ser exercido de acordo com a lei, deixando ao legislador ordinário o delineamento deste (BRASIL, 1967).

Em sentido diametralmente oposto, em sua redação original, a Constituição de 1988 não apenas estabeleceu o monopólio das atividades relacionadas com o petróleo e o gás natural, como determinou a vedação da contratação dessas atividades com outras empresas (BRASIL, 1988).

Cumprе ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 20 e 176, considerou as reservas de petróleo, em lavra ou não, bens distintos do solo e propriedade da União, embora tenha garantido ao proprietário da terra uma participação na produção. (BRASIL, 1988).

Tal fato, todavia, não resultou na retirada dessas empresas do Brasil. Os Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, não só ressalvaram as atividades em curso do monopólio, mas também preservou os Contratos de Risco firmados pela Petrobras antes do advento da Constituição⁴ (BRASIL, 1988).

Em 1995, o artigo 177 da Constituição foi objeto da Emenda Constitucional nº. 9, que expressamente autorizou a contratação para a exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (BRASIL, 1995). O texto original da Constituição, bem como o texto fruto da Emenda Constitucional, encontram-se no quadro abaixo:

Redação Original da Constituição de 1988	Redação dada pela Emenda Constitucional n. 9/95
Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; [...]	Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; [...]

⁴ Art. 45. Ficam excluídas do monopólio estabelecido pelo art. 177, II, da Constituição as refinarias em funcionamento no País amparadas pelo art. 43 e nas condições do art. 45 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953.

Parágrafo único. Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição.

<p>§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.</p>	<p>§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.</p> <p>§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:</p> <p>I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;</p> <p>II - as condições de contratação;</p> <p>III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;</p>
---	---

Verifica-se, que não só a vedação expressa foi suprimida pela Emenda Constitucional, mas foi incluída a autorização para que a União contratasse as atividades de exploração e produção. Vale notar, ainda, que não há que se falar em extinção do monopólio sobre as atividades relacionadas ao petróleo, uma vez que este foi preservado na Constituição vigente.

Para regulamentar o novo texto constitucional, em 1997, o Congresso editou a Lei nº. 9.478/97, conhecida com a Lei do Petróleo. A mencionada lei dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

Ao dispor sobre as atividades relativas ao monopólio do petróleo, a mencionada lei instituiu o Regime de Concessão mediante prévia licitação para a exploração e produção de hidrocarbonetos fluidos no Brasil. Até o final de 2013, quase a totalidade do óleo produzido no país está sendo produzido sobre este regime. Todavia, em 2010, diante de uma nova realidade, três novas leis vieram a compor o que foi denominado Regime Regulatório Misto, que passaremos a expor (ANP, 2012a).

A região do pré-sal, uma grande descoberta de reservas petrolíferas abaixo da camada de sal, na Bacia de Santos, no Estado do Rio de Janeiro, colocou o Brasil entre os dez principais produtores de petróleo e gás natural do mundo. As reservas estimadas são de 70 a 100 bilhões de barris do óleo equivalente (BRASIL, 2013a).

Quando esta descoberta foi anunciada em 2010, um grande debate se iniciou na sociedade e no Congresso brasileiro (SERRA, 2013). Como amplamente sabido, a

maior fonte de debates era se o Governo Soberano deveria deixar uma riqueza nacional a cargo de empresas internacionais de petróleo ou da empresa controlada pelo governo, *National Oil Company* (NOC), a Petrobras.

Contra a exploração por meio da NOC, muitos argumentavam que não seria factível deixar esta tarefa exclusivamente nas mãos da Petrobras, já que economicamente e estruturalmente inviável uma única empresa desenvolver esta grande província petrolífera. Neste contexto, outras questões relacionadas com política internacional e questões de constitucionalidade também foram levantadas.

Depois de mais de dois anos de discussão e vários projetos de lei, o Presidente promulgou a Lei nº. 12.351/10, instituindo o sistema de Partilha de Produção, *Production Sharing Agreement* (PSA), para a área do pré-sal. Juntamente, foi editada a Lei nº. 12.304/2010, que autorizou o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA); bem como, a Lei nº. 12.276/10, que autorizou a União a ceder onerosamente à Petrobras a atividade de exploração e produção de hidrocarbonetos na área do pré-sal.

Trataremos das principais características dos regimes jurídicos de cada uma destas leis em separado, ao lado do tratamento legal dado à Unitização, bem como dos resultados alcançados pela indústria de petróleo e gás natural no Brasil desde a implementação da ANP, em 1998, até o final de 2013.

2.2 Do Regime de Concessão e da indústria de petróleo e gás natural do Brasil

Quando da edição da Lei do Petróleo, a Petrobras já estava operando e produzindo no país. A legislação trouxe, então, uma norma de transição, que previa a assinatura de Contratos de Concessão para as áreas já em exploração e produção. Tais contratos, coletivamente, passaram a ser conhecidos como *Rodada Zero* (ANP, 2011a, 2011b).

Foram objeto da *Rodada Zero*, 282 campos e 115 blocos exploratórios, resultando em 397 contratos celebrados em agosto de 1998 em cumprimento ao artigo 33 da Lei do Petróleo (ANP, 2011b).

Com exceção dos contratos firmados na *Rodada Zero*, as demais áreas sob o Regime de Concessão obedeceram ao procedimento obrigatório de licitação. O mecanismo de promoção das Rodadas de Licitação para exploração e produção de petróleo e gás natural é assim definido, em linhas gerais, pela ANP (2012b):

Uma rodada de licitações começa com a publicação no DOU da resolução do CNPE que autoriza a sua realização. A seguir, a ANP publica um edital estabelecendo os requisitos para a participação das empresas, as regras para a avaliação das propostas e os compromissos dos vencedores da licitação.

Para se qualificarem a participar das licitações, as empresas precisam preencher requisitos técnicos, jurídicos, financeiros e comprovar a regularidade fiscal. Nos dias de licitações, as empresas e consórcios entregam envelopes lacrados que devem conter uma oferta de bônus de assinatura, um programa de investimentos mínimos em exploração na área e uma porcentagem de bens e serviços a serem adquiridos de empresas instaladas no Brasil.

O julgamento das ofertas apresentadas pelas empresas nas licitações contempla três itens:

- a) Bônus de Assinatura, valor em dinheiro oferecido pelo bloco;
- b) Programa Exploratório Mínimo, em unidades de trabalho que serão convertidas em atividades exploratórias como sísmica 2D e 3D, métodos potenciais e poços exploratórios;
- c) compromisso com aquisição de bens e serviços na indústria nacional.

Pode-se dizer, portanto, que a licitação é um procedimento bifásico, composto pela habilitação prévia e pelas ofertas em um leilão público. Na primeira etapa afere-se a aptidão técnica, jurídica e econômicas das empresas. Uma vez qualificadas, as empresas estão aptas a oferecer propostas no leilão. Esta última fase busca selecionar a melhor oferta, tomando-se por referência os três critérios de julgamento.

O primeiro critério de julgamento é o montante oferecido e título de bônus de assinatura. Trata-se de critério de caráter eminentemente fiscal, uma vez que o valor é pago antecipadamente e independe de descoberta comercial.

Já o Programa Exploratório Mínimo (PEM), se refere aos investimentos em atividades exploratórias que o concessionário se obriga a fazer (CASELLI, 2012). Vale mencionar que, embora protegidos contra terceiros por um período de confidencialidade, os dados geológicos obtidos pelos concessionários pertencem à União⁵. Desta forma, PEM visa não só evitar o fator especulativo na aquisição de blocos, como também permitir que o país alcance maior conhecimento geológico de suas áreas.

⁵ Lei n. 9.4.78/99, artigo 22.

Por fim, compromisso de aquisição de bens e serviços na indústria nacional, também conhecido como Conteúdo Local, visa fomentar o crescimento da cadeia de fornecimento de bens e serviços para a indústria do petróleo e do gás natural, no âmbito nacional (CASELLI, 2012). O vencedor da licitação firmará o Contrato de Concessão com a ANP.

Ao analisar a elaboração dos contratos de concessão, Aragão sustenta haver um espaço criativo na atuação da ANP, embora não se trate de uma liberdade absoluta, mas subordinada a uma norma prévia. Buscando as lições de Kelsen, explica:

Como a concreção das disposições inferiores nunca pode ser completamente prevista pela norma superior, existe um espaço criativo que, conforme a postura kelsiana, pode e deve ser integrado não só pelo administrador, como também pelo juiz. (ARAGÃO, 2006, p. 1)

Nesta linha, Aragão (2006) traz à tona as lições de Sesín, que defende que não é possível ter uma visão rígida do princípio da legalidade, isto é, que a Administração só poderá agir com autorização prévia da lei, já que na prática seria impossível ao legislador prever todas as situações possíveis.

A lei do Petróleo elencou as cláusulas essenciais do Contrato de Concessão deverá conter:

- I - a definição do bloco objeto da concessão;
- II - o prazo de duração da fase de exploração e as condições para sua prorrogação;
- III - o programa de trabalho e o volume do investimento previsto;
- IV - as obrigações do concessionário quanto às participações, conforme o disposto na Seção VI;
- V - a indicação das garantias a serem prestadas pelo concessionário quanto ao cumprimento do contrato, inclusive quanto à realização dos investimentos ajustados para cada fase;
- VI - a especificação das regras sobre devolução e desocupação de áreas, inclusive retirada de equipamentos e instalações, e reversão de bens;
- VII - os procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, e para auditoria do contrato;
- VIII - a obrigatoriedade de o concessionário fornecer à ANP relatórios, dados e informações relativos às atividades desenvolvidas;
- IX - os procedimentos relacionados com a transferência do contrato, conforme o disposto no art. 29;
- X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;
- XI - os casos de rescisão e extinção do contrato;
- XII - as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais.

O Contrato de Concessão deve, pois, deixar claro: (i) a área que está sendo concedida para a exploração e produção de hidrocarbonetos; (ii) as obrigações do concessionário, não só no que tange ao pagamento de royalties e outras participações

governamentais como também no que se refere aos compromissos assumidos no momento da licitação e ainda; (iii) as penalidades aplicáveis e as hipóteses de extinção do contrato, com ou sem culpa do concessionário.

Desde 1999 a ANP vinha realizando anualmente Rodadas de Licitação de Blocos para a exploração e produção de petróleo e gás natural. Desde então haviam sido realizadas dez Rodadas de Licitação, bem como duas Rodadas de “áreas com acumulações marginais inativas”, que ficaram conhecidas como “Rodadinhos” e foram realizadas juntamente com a Sétima e Oitava Rodadas (ANP, 2006, 2013b).

Analisando a importância das áreas de acumulações marginais para o Brasil, Zamith e Santos (2007), ressaltam que se trata de política pública louvável, já que pretende extrair dos ativos dessas áreas o máximo valor econômico, assim como o máximo aproveitamento dos recursos naturais. Por outro lado, ressaltam a necessidade de a ANP criar um ambiente contratual e regulatório mais propício ao desenvolvimento das bacias maduras.

O resumo das Rodadas de Licitação pode ser visto no sítio eletrônico da ANP, agregados da seguinte forma: (i) Bacias ofertadas, (ii) Resultados por Blocos, (iii) Resultados Agregados em Bônus, Programa Exploratório Mínimo (PEM) e Conteúdo Local; (iv) Resultados por Empresas, (ANP, 2013c) ou por Rodada (ANP, 2013b).

Vale dizer que a Oitava Rodada de Licitação, realizada em 2006 foi suspensa por força de decisão judicial. Em outubro de 2009, a ANP publicou a Resolução de Diretoria ANP nº 1024/09 e determinou a retirada dos blocos cuja apresentação de ofertas ainda não tivesse ocorrido (ANP, 2013b). Esta situação permaneceu em aberto por muito tempo. Somente em 2012, a Resolução de Diretoria ANP nº 593/2012 veio de forma definitiva pôr fim a questão, determinando a devolução das taxas de participação pagas (ANP, 2013d).

A Nona Rodada de Licitação também foi marcada por um incidente: a Resolução CNPE nº. 06/2007 retirou 41 blocos da Rodada de Licitações, após o anúncio das descobertas no pré-sal. A Décima Rodada, por sua vez, limitou-se a ofertar blocos em terra, com foco em empresas de médio e pequeno porte (ANP, 2013b).

Ressalta Ribeiro (2009), que historicamente apesar desses fatos envolvendo a Oitava e a Nona Rodada, a ANP firmou tradição no sentido de respeito ao Edital. Tal

afirmativa foi feita pela ilustre autora considerando a ausência de notícias quanto a impugnações ou irregularidades nas rodadas de licitação da ANP.

Ademais, desde a Constituição, que ressaltou os Contratos de Risco firmados pela Petrobras do regime de monopólio, verifica-se que o Brasil vem mantendo uma política de estabilidade nos contratos do setor de petróleo e gás natural. Assim, o Governo brasileiro vem prezando pela observância do princípio da segurança jurídica.

Decorreu um lapso de quatro anos entre a realização da Décima e da Décima Primeira Rodada. Esta última foi recordista em vários números. A (ANP, 2013e) divulgou em seu site:

A 11^a. Rodada da ANP [...] teve recorde em arrecadação de bônus de assinatura (valor pago pelas empresas na assinatura do contrato), R\$ 2,8 bilhões. O ágio de 797,81% também foi recorde, assim como a previsão de investimentos do Programa Exploratório Mínimo a ser cumprido pelas empresas vencedoras que é de R\$ 6,9 bilhões. A área arrematada foi de 100,3 mil Km² dos 155,8 mil Km² quadrados ofertados. Ao todo, 39 empresas de 12 países participaram, das quais 30 foram vencedoras, sendo 12 nacionais e 18 de origem estrangeira: Austrália (1), Bermudas (1), Canadá (4), Colômbia (2), Espanha (1), Estados Unidos (2), França (1), Guernesei (1), Noruega (1), Portugal (1), Reino Unido (3).

Foram arrematados 142 dos 289 blocos oferecidos em 23 setores distribuídos em 11 bacias sedimentares: Barreirinhas, Ceará, Espírito Santo, Foz do Amazonas, Pará-Maranhão, Parnaíba, Pernambuco-Paraíba, Potiguar, Recôncavo, Sergipe-Alagoas e Tucano Sul. [...]

O conteúdo local médio da 11^a. Rodada foi de 62,32% para a Fase de Exploração do contrato de concessão e de 75,96 % para a Fase de Desenvolvimento.

O ano de 2013 pode ser considerado como um ano de retomada para a indústria de petróleo o gás natural no Brasil. Além da primeira licitação pelo modelo de Partilha de Produção, no segundo semestre de 2013 foi realizada a Décima Segunda Rodada de Licitações, que teve por objeto blocos em terra, com potencial para produção de gás natural e recursos petrolíferos, convencional ou não convencional (BRASIL, 2013b).

Com a finalidade de promover o conhecimento geológico das áreas licitadas, os contratos da Décima Segunda Rodada de Licitações contêm uma cláusula inovadora em relação aos contratos das Rodadas anteriores, que prevê que um dos poços deverá alcançar a rocha geradora, impondo objetivo estratigráfico mínimo. (ANP, 2013i).

Em razão dos contratos celebrados nas Rodadas de Licitação, e eventuais cessões de direitos ocorridas, em agosto de 2012, estavam em operação 77 grupos econômicos diferentes, entre IOC e empresas brasileiras independentes. Neste universo, 38 empresas são formadas por capital externo (ANP, 2012c).

A figura abaixo retrata os volumes de produção em barris de óleo equivalente, segregados em gás natural e petróleo e por ano de produção.

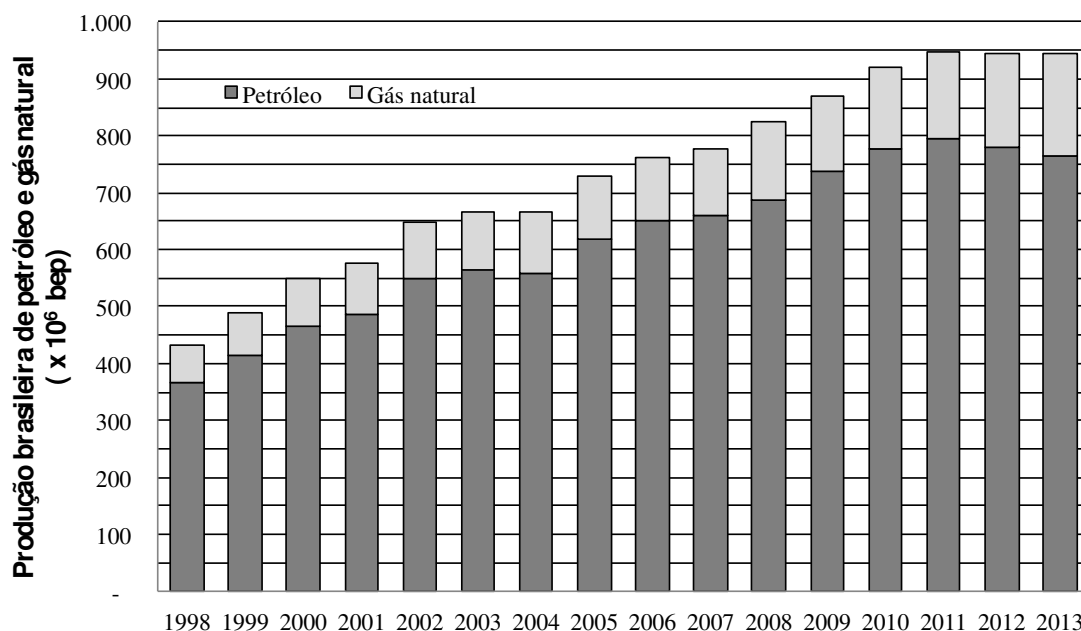


Figura 1: Produção de petróleo e gás natural no Brasil por ano de produção, de 1998 a 2013, em bep.

Fonte: Elaboração própria com base em ANP, 2007, 2014a.

No que tange aos efeitos financeiros, o Regime de Concessão prevê o pagamento de quatro espécies de participações governamentais. Inicialmente, tem-se o bônus de assinatura, que deve ser pago no ato da assinatura do contrato e terá seu valor mínimo fixado no edital de licitação.

As participações governamentais previstas na Lei do Petróleo foram regulamentadas pelo Decreto nº. 2.705/98, em especial, determinando as regras de medição do volume de produção; os preços de referência, isto é, os critérios de cálculo do valor do óleo e do gás e; a forma de cálculo da PE (BRASIL, 1998).

Os royalties são devidos mensalmente no montante de 10% sobre o valor da produção. A lei faculta, todavia, ao órgão regulador a redução deste montante para até 5% tendo em vista os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes. Nas duas rodadas de licitação de acumulações marginais, a ANP fixou os royalties em 5% do volume de produção (BRASIL, 1997).

A Participação Especial (PE) é devida nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, nos termos do Decreto do Presidente da República. A PE é

paga com base na receita bruta da produção, deduzidos os royalties, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor. A PE é calculada e paga com base em trimestres, e suas alíquotas variam de acordo com: (i) a localização do campo: em terra, águas rasas ou águas profundas; (ii) o ano de produção do campo e; (iii) o volume de produção, sendo a alíquota máxima de 40% (BRASIL, 1997; 1998).

Por fim, o pagamento pela ocupação ou retenção de área deverá ser feito anualmente, em montante fixado em razão da quilometragem quadrada, ou fração, da superfície do bloco. O valor devido deve ser majorado sempre que houver prorrogação da fase de exploração. A finalidade desta participação, conhecida internacionalmente como *rental fees*, é o de encorajar a devolução da área de exploração, quando não tiverem sendo realizados os esforços exploratórios (GUTMAN, 2007).

Em seu artigo 45, §1º, a Lei do Petróleo prevê a obrigatoriedade apenas dos royalties e do pagamento pela ocupação e retenção de área. Todavia, as quatro espécies de participações mencionadas foram previstas em todas as Rodadas de Licitação realizadas pela ANP até a mais recente, em 2013.

Para se compreender a importância destas arrecadações para o país, faz-se mister apurar os montantes recolhidos a título de participações governamentais. Apresentaremos apenas os mais relevantes – não só em termos de valores arrecadados, como em razão de sua periodicidade – quais sejam, o royalty e a PE.

No que tange aos royalties, a figura a seguir demonstra os montantes arrecadados desde 1998, ano de implementação da ANP, até o final de 2013. Pode-se verificar que os valores são crescentes, representando uma importante fonte de recursos para o país.

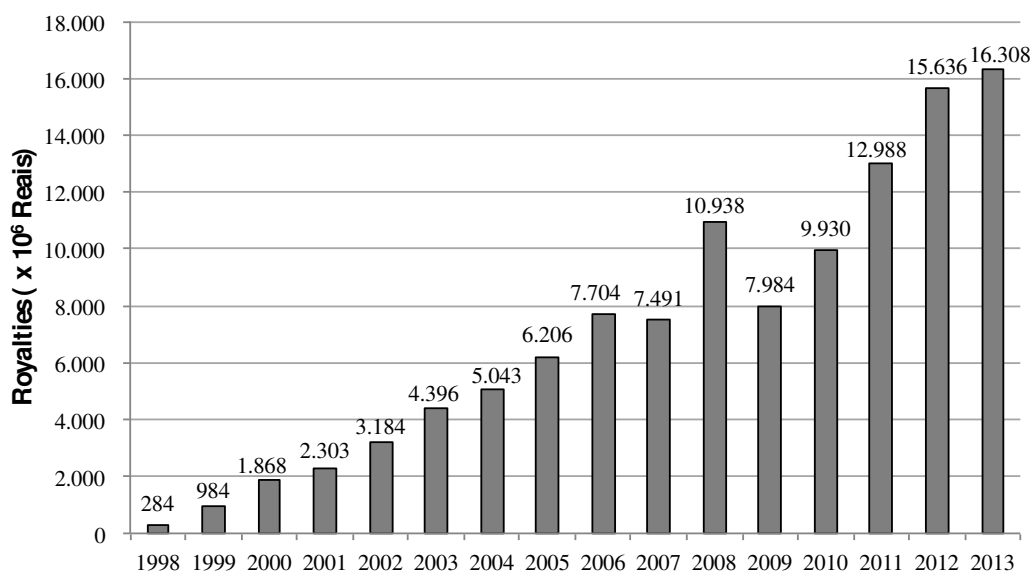


Figura 2: Montante de royalties arrecadados no Brasil, de 1998 a 2013, em bilhões de Reais.

Fonte: (ANP, 2014b)

Cumpra-se destacar que a arrecadação a título de royalties sofre a influência de diversos fatores. O primeiro é o próprio volume de produção, uma vez que os royalties são determinados de acordo com o volume de produção. No Brasil, os royalties não são pagos “*in natura*”, mas em moeda nacional (BRASIL, 1997). Desta forma, é necessário valorar a produção, que segue as normas do Decreto nº. 2.705/98.

Para determinação do valor do óleo para efeitos de pagamento de royalties, a ANP irá comparar o óleo produzido com outros de uma cesta de óleos internacionais. Sendo assim, o preço internacional da commodity terá influência sobre o valor do óleo nacional. Ademais, este valor deverá ser convertido em moeda nacional, de forma que o câmbio é outro fator determinante nos royalties (BRASIL, 1998).

Apenas a título de esclarecimento, vale mencionar que antes da instituição da ANP, os royalties eram calculados a partir de uma alíquota de 5% sobre o valor da produção, e pagos pela Petrobras diretamente aos beneficiários, de acordo com a Lei nº. 2004/53 e da Lei nº. 7.990/89 (GUTMAN, 2007).

Historicamente, os montantes pagos a título de PE, participação governamental instituída somente pela Lei do Petróleo, superam aqueles pagos a título de royalties, embora um número muito menor de campos produzam um volume de hidrocarbonetos que faça nascer a obrigação do recolhimento da PE. Em 2009, dezesseis campos eram responsáveis pelo recolhimento dos montantes de PE; em 2012 esse número cresceu

para dezenove, finalizando 2013 com dezoito campos. Vale dizer, que o recolhimento de PE não exige o concessionário do pagamento dos royalties.

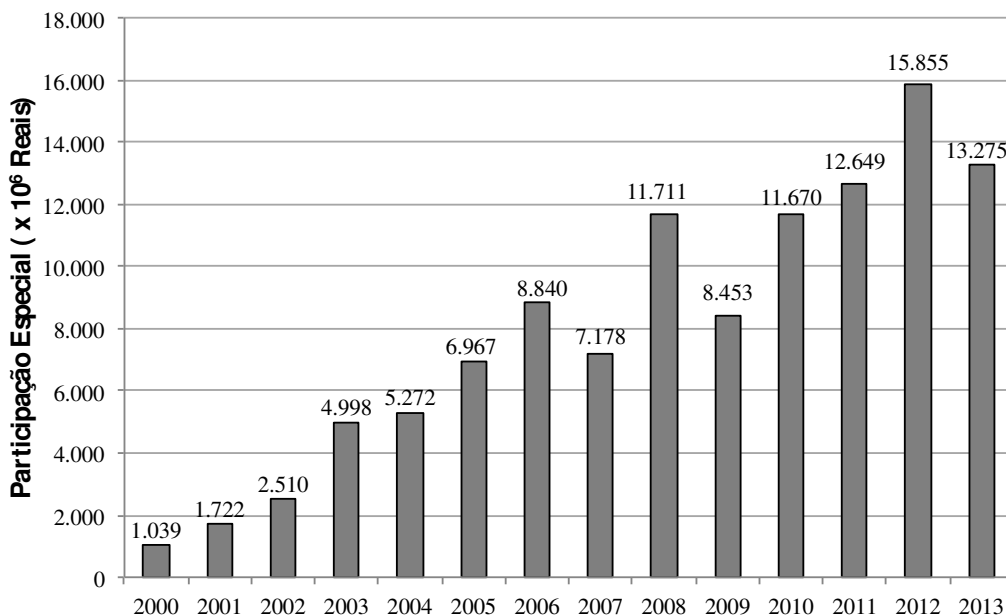


Figura 3: Montante de Participação Especial arrecadados no Brasil, de 1998 a 2013, em bilhões de Reais.

Fonte: (ANP, 2014b)

O montante devido é calculado aplicando-se a alíquota à receita bruta, após as deduções legais supramencionadas. Diversamente dos royalties, a PE não possui alíquota fixa, mas esta é determinada pelo Decreto nº. 2.705/98, de acordo com os seguintes critérios:

- ✓ Volume de produção;
- ✓ Localização do campo: em terra, águas rasas (< 400m) e, águas profundas (>400m);
- ✓ Anos de produção do campo, variando até o quarto ano.

As mesmas circunstâncias que interferem no valor dos royalties também serão determinantes no pagamento da PE (BRASIL, 1997; 1998).

A distribuição das participações governamentais é tema bastante amplo e controverso que foge ao escopo da dissertação, merecendo ser objeto de trabalho próprio. Na sistemática delineada originalmente pela Lei nº. 9.478/97 e pelo Decreto nº. 2.705/97, são beneficiários destas parcelas: (i) a União Federal, (ii) o Ministério de Ciências e Tecnologia, (iii) a Marinha, (iv) os Estados produtores, (v) os Municípios produtores e, (vi) o Fundo Especial.

Contudo, devido à ocorrência do veto Presidencial, à edição de Medidas Provisórias e a existência de medidas judiciais pendentes de julgamento definitivo, há grande esfera de incerteza quanto aos beneficiários das parcelas produzidas no pré-sal sob o Regime de Concessão, iniciando-se pela definição de pré-sal a ser considerada.

2.3 Da Cessão Onerosa

Segundo os termos da Lei nº. 12.276/10, a União foi autorizada a celebrar um único contrato a fim de ceder onerosamente à Petrobras o direito de exploração e produção de hidrocarbonetos até o volume de cinco bilhões de barris de óleo equivalente. O pagamento pelos direitos contidos no referido contrato deveria ser feito prioritariamente em títulos da dívida pública mobiliária federal (BRASIL, 2010a).

Ao mesmo tempo, a referida lei autorizou a União a subscrever ações do capital social da Petrobras e a integralizá-las com títulos da dívida pública mobiliária federal. Desta forma, a celebração do referido contrato teve como objetivo permitir a manutenção da União como acionista controladora da Petrobras no processo de capitalização da sociedade⁶.

Em junho de 2013, a União Federal era detentora de 50,3% de ações com direito a voto, e de 28,7% da totalidade de ações da Petrobras (PETROBRAS, 2013). Souza (2011, p. 14) destaca que, à luz da Lei de Sociedade Anônimas, não seria possível à União Federal integralizar o capital por meio da cessão do direito de exploração dos hidrocarbonetos:

Por oportuno, registre-se que a União não poderia utilizar, de forma direta, os direitos de explorar e produzir petróleo e gás natural em área do Pré-sal para integralizar sua participação na oferta pública de ações da Petrobrás, porquanto a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (a Lei das Sociedades Anônimas) não permite a revisão do valor de bens utilizados com esse propósito. Por essa razão, a União valeu-se do expediente de utilizar para a citada integralização títulos públicos lastreados nos referidos direitos.

Para avaliar o potencial das reservas, a ANP contratou a empresa *Gaffney, Cline & Associates* para certificar e avaliar economicamente os volumes potenciais de hidrocarbonetos *in situ* da região do pré-sal da Bacia de Santos. O trabalho

⁶ Maiores detalhes sobre o processo de capitalização da Petrobras em: A maior capitalização do mundo. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/rs2010/pt/relatorio-de-sustentabilidade/atuacao-corporativa/estrategia/a-maior-capitalizacao-do-mundo/index.asp>>. Acesso em 31 mai 2013.

desenvolvido resultou no relatório denominado “Exame e Avaliação de Dez Descobertas e Prospectos Seleccionadas no Play do Pré-sal em Águas Profundas na Bacia de Santos, Brasil” (ANP, 2010a).

A lei previu que o pagamento de royalties no montante de 10%, cuja distribuição seguirá as mesmas normas do Regime de Concessão. Foi, ainda, expressamente vedada a possibilidade de cessão dos direitos objetos deste contrato.

O Contrato de Cessão Onerosa foi celebrado em 2010, entre a União, representada pelo Ministro de Minas e Energia, o Ministro da Fazenda, o Procurador Geral do Tesouro Nacional e a Petrobras. A ANP também integrou o contrato na qualidade de órgão regulador do setor. O contrato foi firmado pelo prazo de 40 anos a contar da sua assinatura, podendo ser estendido por mais cinco anos, a requerimento da Petrobras. (ZACOUR et. al, 2012). No que tange ao risco exploratório, Zacour *et al.* (2012, p.8), pontuam:

The purpose of the Contract is the execution of activities of exploration and production of oil and natural gas in certain areas, as specified in the annex to the Contract. Operational risk is all of the Assignee (Petrobras).

With respect to geological risk, it is possible to say that there is no exploratory risk to the Assignee (Petrobras), considering that the Contract establishes mechanisms to ensure that Petrobras will have the right to produce the total amount of 5 billion barrels of boe.

A figura abaixo resume as áreas objeto do contrato, o volume objeto de cessão em cada área e o preço do óleo considerado. Vale ressaltar que a área de Peroba foi designada como área de contingência, motivo pelo qual para esta área não há determinação de volume.

1 – Volumes e valores das áreas objeto do Contrato de Cessão Onerosa

Area do Contrato	Volume da Cessão Onerosa (milhões barris de óleo equivalentes)	Valor do Barril (US\$/boe)	Valoração da Cessão Onerosa (US\$ bilhões)
Florim	467	9,01	4,207
Franco	3.058	9,04	27,644
Sul de Guará	319	7,94	2,534
Entorno de Iara	600	5,82	3,489
Sul de Tupi	128	7,85	1,005
Nordeste de Tupi	428	8,54	3,653
Peroba		8,53	
TOTAL	5.000	8,51	42,533

Fonte: (SOUZA, 2011)

A Participação Especial, espécie de participação governamental devida para campos de grandes volumes de produção no Regime de Concessão, não foi prevista para o Contrato de Cessão Onerosa. Em novembro de 2011, o Estado do Rio de Janeiro, maior beneficiário desta parcela, impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (STF) impugnando o artigo 5º da lei, que trata das participações governamentais. Todavia, até dezembro de 2013, não havia decisão, de mérito ou liminar, quanto ao pedido. (STF, 2013)

2.4 Do Regime de Partilha de Produção

O âmbito de aplicação do Regime de Partilha de Produção foi definido na própria lei, que previu as geográficas do pré-sal (BRASIL, 2010b). A área delimitada em lei ficou conhecida na indústria nacional como a “grande picanha azul”, por ser considerada uma província petrolífera nobre. A área definida em lei pode ser visualizada na figura abaixo:

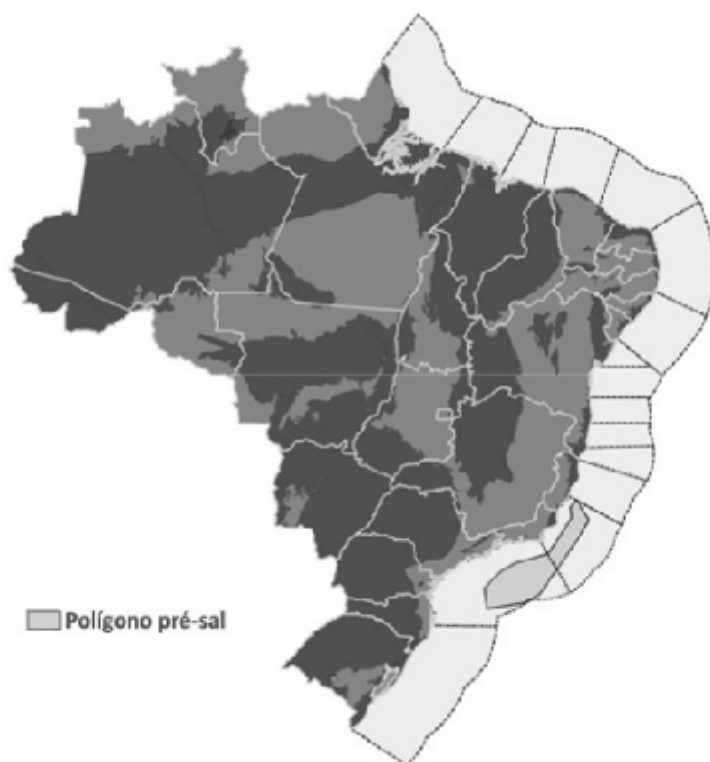


Figura 4. Mapa do Brasil com destaque para polígono do Pré-sal na costa
Fonte: (ANP, 2013a)

Os contratos de partilha de produção, todavia, poderão ser adotados para outras áreas no território nacional – denominadas “áreas estratégicas” – que serão definidas por ato do Poder Executivo (BRASIL, 2010b).

O Regime de Partilha de Produção no âmbito internacional foi sucintamente descrito por Zacour *et al.*. Geralmente, o Estado soberano, proprietário das reservas, tipicamente por meio de sua empresa petrolífera estatal, de capital 100% público, firma um contrato com uma *International Oil Company*, denominado Contratado. A IOC irá desenvolver as atividades de exploração e produção por sua conta e risco. Uma vez feita uma descoberta comercial, a IOC terá direito a recuperar o seu investimento de uma parcela da produção, conhecida como “*custo em óleo*”, ou “*cost oil*”, em inglês. Após a dedução dos custos segundo a metodologia estabelecida no contrato, a parcela remanescente, conhecida como “*lucro em óleo*”, ou “*profit oil*”, será partilhada ente o Estado e a IOC. Finaliza a autora que o modelo brasileiro também segue esta estrutura básica (ZACOUR *et al.*, 2012).

O Regime de Partilha de Produção no Brasil, todavia, tem algumas características próprias. Ao lado da Petrobras, a NOC, os contratos serão também firmados pela Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA (BRASIL, 2010b).

A PPSA terá entre as suas principais atribuições (BRASIL, 2010c):

- a) praticar todos os atos necessários à gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia;
- b) praticar todos os atos necessários à gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União;
- c) analisar dados sísmicos fornecidos pela ANP e pelos contratados sob o regime de partilha de produção;
- d) representar a União nos procedimentos de individualização da produção e nos acordos decorrentes, nos casos em que as jazidas da área do pré-sal e das áreas estratégicas se estendam por áreas não concedidas ou não contratadas sob o regime de partilha de produção; e
- e) exercer outras atividades necessárias ao cumprimento de seu objeto social, conforme definido no seu estatuto.

Apesar de ter uma posição privilegiada no Comitê Operacional – com poderes para indicar metade de seus integrantes, bem como o Presidente, este com poder de veto e com direito a voto de qualidade – a PPSA não assume nenhum risco nas atividades de exploração e produção, bem como nas atividades de abandono, por força do §2º, do artigo 8º, da Lei nº. 12.351/10 (BRASIL, 2010b).

O Brasil é considerado um país estável para investimentos internacionais na indústria de petróleo, por sua estabilidade política e segurança jurídica (ERNEST & YOUNG, 2011). O novo arcabouço regulatório, entretanto, criou uma atmosfera de incertezas na qual várias questões relevantes emergiram.

A primeira crítica, suscitada inclusive no âmbito legislativo, diz respeito aos poderes conferidos ao Presidente. Pela sistemática delineada pela lei, o Presidente poderá por meio de Decreto Presidencial definir as “áreas estratégicas” que estarão sujeitas ao Regime de Partilha de Produção. Em tese, qualquer área poderá vir a ser declarada como estratégica, por mero ato do Presidente (COIMBRA, 2013).

À luz dos investimentos internacionais, esta matéria ganha relevância em virtude de outra característica dos PSA brasileiros: as áreas sujeitas ao Regime de Partilha de Produção terão a Petrobras como Operadora única, bem como poderão ser objeto de contratação direta com a Petrobras, isto é, sem licitação.

Nas hipóteses em que não houver contratação direta, a Petrobras terá garantia de participação mínima de 30%, sendo apenas os 70% restantes objeto de licitação. (BRASIL, 2010b) Ao editar a lei, o legislador se inspirou na participação mínima exigida pelo órgão regulador para que uma empresa se qualifique como Operadora. (ANP, 2008)

Além do decurso de tempo necessário aos procedimentos normais para a elaboração de uma licitação, e, neste caso, de um modelo de Contrato de Partilha de Produção, a realização do primeiro leilão estava condicionada ao estabelecimento do montante dos royalties devido. Apenas em dezembro de 2012 o Congresso definitivamente instituiu os royalties para os PSA no percentual de 15% sobre o volume de produção.

Ao lado desta participação governamental, os contratos sobre o Regime de Partilha estarão sujeitos também ao pagamento de bônus de assinatura, a ser arbitrado

em montante fixo, no edital de licitação, ou no contrato no caso de contratação direta (BRASIL, 2012; 2010b).

Deve-se destacar que a implementação efetiva dos Contratos de Partilha de Produção ocorreu em outubro de 2013. Foi licitada uma única área no prospecto de Libra, na Bacia de Santos. O bônus de assinatura pago pelo contrato foi de quinze bilhões de reais. O excedente em óleo oferecido pelo consórcio, critério que define o primeiro colocado na licitação, foi de 41,65%, valor mínimo previsto no edital. O programa exploratório mínimo é de cerca de R\$ 610.903.087,00 (ANP, 2013f).

Houve apenas uma proposta no leilão, ofertada pelo consórcio formado entre a Petrobrás e outras IOC. A participação das empresas no consórcio vencedor do Leilão se deu da seguinte forma: a brasileira Petrobrás, com 10%; à anglo-holandesa Shell coube 20%; outros 20% ficaram à carga da francesa Total; por fim, as empresas estatais chinesas, CNPC e CNOOC participaram com 10% cada uma. (ANP, 2013f)

Vale dizer que apenas 70% do bloco objeto do contrato estavam em licitação, já que a lei garantiu 30% à Petrobrás. Assim, somados aos 10% arrematados no Leilão, a NOC terá 40% do objeto contratual.

2.5 Dos Acordos de Individualização da Produção: a Unitização

A Lei nº. 12.351/10 não apenas introduziu o Regime de Partilha de Produção ao sistema jurídico pátrio, como também trouxe um novo arcabouço regulatório à Unitização, revogando as normas contidas na Lei do Petróleo – Lei nº. 9.478/97, única lei tratando do assunto até aquele momento.

O acordo de Unitização, como comumente conhecido na literatura internacional, ou Acordo de Individualização da Produção, nos termos da Lei do Petróleo, são definidos por Smith *et al.* (2010, p. 167), como “*the cooperative exploitation of a reservoir by all interest owners so that the reservoir is developed as if it were owned and controlled by a single entity.*”

Sob a vigência das normas da Lei do Petróleo, foram celebrados quatro Acordos de Individualização da Produção. O primeiro foi aprovado em 2007 e teve por objeto os campos de Albacora e Albacora Leste. No ano seguinte, foi aprovado o acordo para os

campos de Mangagá e Nautilus. Já em 2009, outro dois acordos, um envolvendo os campos e Camarupim e Camarupim Norte, e outro os campos de Lorena e Pardal foram aprovados (BRAGA; SZKLO, 2012).

Vale mencionar que a nova lei vem atender às exigências trazidas pelo Regime Regulatório Misto. Sendo assim, a nova norma elimina a referência a operadores diferentes, já que na vigência do novo marco regulatório é possível que a mesma sociedade tenha que submeter e pedir aprovação de um Acordo de Individualização da Produção para duas áreas diferentes. Estas áreas podem estar sob regimes jurídicos diversos, isto é, a exploração e produção de petróleo pode ocorrer em áreas diversas, simultaneamente, por força de um Contrato de Concessão, e de Partilha de Produção, ou mesmo de Cessão Onerosa (BRAGA; SZKLO, 2012).

As normas que tratam da Unitização encontram-se nos artigos 33 a 40 da Lei nº. 10.351/10, *in verbis*:

DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO

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

§ 1º O concessionário ou o contratado sob o regime de partilha de produção deverá informar à ANP que a jazida será objeto de acordo de individualização da produção.

§ 2º A ANP determinará o prazo para que os interessados celebrem o acordo de individualização da produção, observadas as diretrizes do CNPE.

Art. 34. A ANP regulará os procedimentos e as diretrizes para elaboração do acordo de individualização da produção, o qual estipulará:

I - a participação de cada uma das partes na jazida individualizada, bem como as hipóteses e os critérios de sua revisão;

II - o plano de desenvolvimento da área objeto de individualização da produção; e

III - os mecanismos de solução de controvérsias.

Parágrafo único. A ANP acompanhará a negociação entre os interessados sobre os termos do acordo de individualização da produção.

Art. 35. O acordo de individualização da produção indicará o operador da respectiva jazida.

Art. 36. A União, representada pela empresa pública referida no § 1º do art. 8º e com base nas avaliações realizadas pela ANP, celebrará com os interessados, nos casos em que as jazidas da área do pré-sal e das áreas estratégicas se estendam por áreas não concedidas ou não partilhadas, acordo de individualização da produção, cujos termos e condições obrigarão o futuro concessionário ou contratado sob regime de partilha de produção.

§ 1º A ANP deverá fornecer à empresa pública referida no § 1º do art. 8º todas as informações necessárias para o acordo de individualização da produção.

§ 2º O regime de exploração e produção a ser adotado nas áreas de que trata o caput independe do regime vigente nas áreas adjacentes.

Art. 37. A União, representada pela ANP, celebrará com os interessados, após as devidas avaliações, nos casos em que a jazida não se localize na área do pré-sal ou em áreas estratégicas e se estenda por áreas não concedidas,

acordo de individualização da produção, cujos termos e condições obrigarão o futuro concessionário.

Art. 38. A ANP poderá contratar diretamente a Petrobras para realizar as atividades de avaliação das jazidas previstas nos arts. 36 e 37.

Art. 39. Os acordos de individualização da produção serão submetidos à prévia aprovação da ANP.

Parágrafo único. A ANP deverá se manifestar em até 60 (sessenta) dias, contados do recebimento da proposta de acordo.

Art. 40. Transcorrido o prazo de que trata o § 2º do art. 33 e não havendo acordo entre as partes, caberá à ANP determinar, em até 120 (cento e vinte) dias e com base em laudo técnico, a forma como serão apropriados os direitos e as obrigações sobre a jazida e notificar as partes para que firmem o respectivo acordo de individualização da produção.

Parágrafo único. A recusa de uma das partes em firmar o acordo de individualização da produção implicará resolução dos contratos de concessão ou de partilha de produção.

Art. 41. O desenvolvimento e a produção da jazida ficarão suspensos enquanto não aprovado o acordo de individualização da produção, exceto nos casos autorizados e sob as condições definidas pela ANP.

Ainda segundo Braga e Szklo (2012), os efeitos do artigo 40 da mencionada lei não estão suficientemente claros, uma vez que o dispositivo não distingue as hipóteses em que as duas partes se recusam a assinar o Acordo de Individualização da Produção dos casos em que apenas uma parte se recusa a assinar o termo, caso em que esta parte poderia continuar as operações.

Destacam ainda os autores, que a lei não contempla a hipótese em que a parte se recusa em assinar o acordo, mas a Unitização envolva apenas uma área do bloco sob concessão ou sob o PSA. A previsão legal é de rescisão contratual, de forma esta se daria para toda a área (BRAGA; SZKLO, 2012).

2.6 Breves considerações sobre a indústria de petróleo e gás natural norte-americana

O estudo das normas jurídicas concernentes à indústria do petróleo norte-americana deve ser feito tendo-se em mente que, diversamente de quase todo o mundo, nos Estados Unidos da América e no Canadá, a propriedade dos recursos naturais, embora distinta do solo, é patrimônio privado (SMITH *et al.*, 2010). No Canadá, contudo, a exemplo do que também ocorre no Texas, o Estado é proprietário de grande parte desses recursos.

Dada essa diversidade, faremos uma breve introdução do arcabouço histórico e legal da indústria do petróleo e gás natural nos Estados Unidos da América.

A natureza de propriedade privada dos recursos minerais no EUA, levou a que esses recursos fossem explorados por meio de contratos privados, *leases*, firmados entre os detentores do direito de exploração e produção, denominados *mineral owners*, e as empresas exploradoras de petróleo.

Embora não haja divergência de que se trata de um direito privado, as diversas jurisdições norte-americanas não chegaram a um consenso quanto à natureza deste direito, havendo duas correntes: *ownership in place* e *exclusive right to take*. Pela primeira, mesmo antes da extração, há direito de propriedade sobre o hidrocarboneto. Já pela segunda, há um direito exclusivo de exploração nos limites de suas terras, sendo a propriedade adquirida no momento da extração.

Sob a luz de nenhuma das duas doutrinas se afasta a incidência da regra da captura, segundo a qual, o proprietário do hidrocarboneto é aquele que o extrair. Para harmonizar, contudo, a regra da captura com a teoria da propriedade no reservatório, diz-se que se trata de um “direito de propriedade qualificado”, pois pode ser perdido pela migração do recurso para a terra adjacente (LOWE *et. al*, 2008).

Em decorrência, nos contratos para exploração e produção de petróleo e gás natural, o operador assume a obrigação de proteger o dono dos direitos minerais⁷ contra a produção em terras adjacentes, *drainage*, perfurando seus próprios poços, *implied covenant to develop* (LOWE *et. al*, 2008).

Em um ambiente desregulado, o resultado era o desperdício generalizado, que podia ser constatado pela quantidade de gás ventilado na atmosfera e de óleo derramado pelos poços produtores. Ademais, a ausência de parâmetros de controle com a finalidade de aumentar o fator de recuperação do campo e o desejo de rápida produção faziam com que grande parte dos hidrocarbonetos não viesse a ser produzida (LOWE *et. al*, 2008).

Outros efeitos danosos também marcaram o início da produção nos Estados Unidos da América. O grande número de poços implicava desperdício financeiro, relacionado ao custo de perfuração e produção, e econômico, já que inutilizava a terra para outro fim. Por fim, a superprodução gerava a queda do preço do petróleo.

Em consequência, os Estados Americanos criaram órgãos reguladores, para limitar a atuação dos particulares. Tais órgãos foram criados em um contexto em que a busca pelo petróleo era desenfreada: o objetivo era perfurar tantos poços quanto

⁷ Como nos Estados Unidos o direito sobre os minerais contidos no solo e a superfície são independentes, o dono da terra e o donos dos direitos de exploração dos minerais podem não se confundir, recaindo sobre pessoas diversas.

possível e o mais rápido possível. Além de evitar o desperdício, as agências reguladoras visavam preservar os direitos correlatos, *correlative rights*, isto é, daqueles que possuíam direito sobre o mesmo reservatório.

Feitos esses esclarecimentos, vale dizer que no desenvolvimento do direito norte-americano aplicável à indústria de petróleo e gás natural, os tribunais passaram a reconhecer nos contratos diversos acordos, ou melhor, obrigações ou acordos implícitos, chamados de *implied covenants*. Essas obrigações decorrem de outras explicitamente previstas no contrato, e que geralmente são por elas complementadas, como se verá adiante.

Neste campo, ao determinar o cumprimento de algumas obrigações contratuais, mais especialmente as implícitas, como a de desenvolver o campo, as cortes se socorrem de um conceito jurídico aberto, *reasonable and prudent operator*, largamente utilizado nesta seara. A aplicação deste critério será tratada no quinto capítulo.

3. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NACIONAIS E NORTE-AMERICANAS

Por se tratar de um setor regulado, não se poderia entender as decisões que se circunscrevem à indústria do petróleo e do gás natural sem conhecer as características e o escopo de atuação de agências reguladoras. Desta forma, analisaremos o modelo adotado no Brasil e nos Estados Unidos da América.

Em um contexto de desestatização iniciado pela Lei nº. 8.031/90, que instituiu Programa Nacional de Desestatização (PND), pelo qual diversas atividades desempenhadas diretamente pelo Estado foram transferidas para a iniciativa privada, surgiram as agências reguladoras brasileiras (CARVALHO FILHO, 2005).

As Agências Reguladoras brasileiras têm inspiração no modelo regulatório norte-americano (BINENBOJM, 2005). O estudo das agências reguladoras norte-americanas é de elevada relevância, uma vez que os Estados Unidos da América (EUA) foram o primeiro país a adotar esse modelo organizativo, que apenas recentemente foi adotado por países de tradição francesa do Direito Administrativo (ARAGÃO, 2006).

Vale ressaltar que, embora o modelo de agências reguladoras tenha sido adotado no Brasil e nos Estados Unidos da América tal desenho institucional não é a única opção para o exercício da atividade regulatória. Parente *et. al.* (2007) esclarecem que há setores, contudo, em que este modelo apresenta consideráveis vantagens. Asseveram os autores:

Há setores, entretanto, em que a opção pela constituição de uma agência reguladora pode de fato aportar vantagens não desprezíveis. Assim, vale lembrar que quando um país deseja contar com investimentos privados em infraestrutura, esse pode ser um desenho institucional vantajoso. A criação de uma agência reguladora sinaliza aos empreendedores a existência de uma estabilidade de regras e de respeito a contratos que poderão ser celebrados no sentido de que vão ser reconhecidos para além do governo ou partido que detém o poder naquele momento. Para os que consideram fazer investimentos em infraestrutura, a presença de uma agência reguladora neutra e independente sinaliza, por exemplo, a redução do risco de contenção artificial do nível das tarifas ou de exigências de qualidade que não estavam previamente acordadas, os quais poderiam, de outro modo, surgir ao sabor da conjuntura política.

Este modelo de Administração Pública, exercido por meio de órgãos autônomos e independentes, visa a se valer de conhecimento técnico e especializado para a regulação de atividades complexas, cujas especificidades fogem ao conhecimento ordinário do legislador (TIBÚRCIO, 2011). A legitimidade garante maior eficiência regulatória, ao mesmo passo que é um dos fundamentos da legitimidade das agências reguladoras (MARQUES NETO, 2009).

No Brasil, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis teve a sua primeira concepção legal com a flexibilização do monopólio sobre a exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, operada pela Emenda Constitucional nº. 9, de 1995. Ao inserir o inciso III ao parágrafo segundo do artigo 177 da Constituição⁸, a Emenda previu a criação de um órgão regulador para a administração deste monopólio.

A fim de regulamentar a Emenda Constitucional, o Congresso editou a Lei nº. 9.478/97, conhecida como a Lei do Petróleo. Dispõe a referida lei sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo e, institui o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

A adequação da escolha das agências reguladoras como novo modelo de atuação estatal se revela pela análise das características ressaltadas por Marques Neto:

Destas condicionantes resultam as características essenciais daqueles entes estatais que deverão se incumbir da regulação estatal, a saber: i) serem órgãos públicos; ii) que concentrem várias funções e competências; iii) voltadas para um setor da economia que demande significativa especialização; iv) marcados pela busca de equilíbrio entre interesses envolvidos com a atividade regulatória e v) que tenham uma significativa neutralidade em relação a estes interesses. (MARQUES NETO, 2009, p. 47)

Nos Estados Unidos da América a estrutura do Poder Executivo é composta por *executive agencies* e por *independent agencies* – em tradução livre, agências executivas e agências independentes. As primeiras guardam semelhança no Brasil com os Ministérios e a Administração Pública Direta⁹, e as últimas com as agências reguladoras.

3. 1 Aspectos gerais das agências reguladoras norte-americanas e brasileiras

As agências independentes existem nos EUA desde o fim do século XIX. O

⁸ Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; [...]

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (grifo nosso)

⁹ Nas palavras de CARVALHO FILHO (2005): “Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado. [...] Significa dizer que a Administração direta abrange todos os órgãos dos Poderes políticos das pessoas federativas cuja competência seja de exercer a atividade administrativa”.

surgimento quase que espontâneo dessas agências sempre fomentou a discussão quanto à legitimidade de sua atividade regulatória (RAMALHO, 2007). De acordo com Aragão (2006), tais atividades “foram se multiplicando de tal forma que hoje o direito administrativo norte-americano é praticamente confundido com o direito das agências”.

Atualmente, o Executivo norte-americano estrutura-se em 15 departamentos, como o Departamento da Educação, da Energia, da Agricultura, entre outros, similares aos ministérios brasileiros. Algumas agências reguladoras de grande importância estão vinculadas aos departamentos, como por exemplo, a *Food and Drug Administration – FDA*, vinculada ao Departamento de Saúde e a *Occupational Safety and Health Administration – OSHA*, vinculada ao Departamento do Trabalho. Outras agências, embora não vinculadas aos departamentos, também são consideradas agências executivas, como é o caso da *Central Intelligence Agency – CIA*. Essas agências sofrem maior influência das decisões políticas da Presidência.

As *independent agencies*, em tradução livre agências independentes, se caracterizam principalmente por seus Diretores não poderem discricionariamente ser exonerados pelo Presidente, possuindo mandato fixo (MCALLIN, *et. al*, 2005). Ademais, diversamente das agências executivas que são comandadas por um único Diretor, em regra, as agências independentes possuem um órgão diretivo, cujas decisões são tomadas coletivamente por voto majoritário. Por fim, as nomeações são não coincidentes, de forma a permitir diversidade entre as indicações (FUNK; SHAPIRO; WEAVER, 2010). Como exemplo de agência independente norte-americana pode-se citar a *Federal Communications Commission – FCC*.

Devido a inspiração no Direito norte-americano, a compreensão da concepção e funcionamento das agências independentes permite o melhor entendimento das características das Agências reguladoras nacionais. Por outro lado, desvenda a origem de algumas incongruências e dificuldades encontradas pelo modelo regulatório nacional, ao passo que auxilia a busca por soluções e melhorias.

Ao examinarmos a estrutura das agências reguladoras nacionais, verificamos as características das agências independentes. No caso do setor de óleo e gás não foi diferente, sendo possível identificar essas características na Lei nº. 9.478/99, que criou a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Esta lei, em seu artigo 11, determinou que a ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores, que cumprirão mandatos de quatro anos, não coincidentes.

Podemos citar outras características das agências reguladoras brasileiras que refletem seu caráter independente, como: independência decisória; autonomia administrativo-financeira; ausência de subordinação ao Ministério a que se vincula e estabilidade; mandato fixo dos dirigentes, cuja nomeação precede sabatina pelo Senado; e demissão imotivada, denominada exoneração *ad nutum*, é vedada (RAMALHO, 2009).

No Brasil há 10 agências reguladoras no âmbito federal, mas nem todas exercem atividades de fiscalização (BRASIL, 2013c). Tais agências podem ser categorizadas conforme o período de implantação, de acordo com Ramalho (2009): (i) agências de primeira geração, focadas no setor de infraestrutura e criadas em 1996 e 1997, regulando mercados antes monopolistas; (ii) agências de segunda geração, criadas entre 1999 e 2000, atuantes em mercados competitivos e (iii) agências de terceira geração, criadas entre 2000 e 2001, ligadas a setores diversos.

O surgimento das agências no Brasil é justificado por Marques Neto em razão do novo papel na Administração a ser desempenhado:

Para dar cabo a [suas] tarefas (distintas, insistimos, nos objetivos, nos pressupostos e no modo de atuação das antigas modalidades de intervenção estatal na economia), mostra-se necessária a constituição de *um tipo específico de órgãos públicos* (públicos tanto por serem dotados de autoridade como por serem abertos ao controle e participação da sociedade), que enfeixem *ampla gama de competências* associadas a uma *alta da economia* (cujas relevância ou essencialidade de atividade econômica justifiquem essa intervenção). (MARQUES NETO, 2009, p. 46)

De maneira geral, as funções das agências reguladoras guardam semelhança às três esferas de poder, exercendo poderes “quase-executivo”, “quase-legislativo”, e “quase-judiciário”. Trataremos do desenvolvimento destes dois últimos, pois de relevância para o trabalho.

3.1.1 Rulemaking: o poder “quase-legislativo”

O poder “quase-legislativo” das agências reguladoras norte-americanas, denominado *rulemaking*, se refere à faculdade de editar atos normativos, com força de lei. Cumpre mencionar que historicamente nos EUA, pairava dúvida quanto ao poder das agências independentes de editar normas com caráter geral e abstrato. O *Federal*

Trade Commission, inicialmente, exercia sua competência legal apenas por meio de decisões em casos específicos, criando precedentes.¹⁰

Na estrutura norte-americana, composta por agências executivas e agências independentes, algumas agências podem ser criadas sem o poder “quase-legislativo”. Os atos de criação dessas entidades são os instrumentos legislativos aptos a conferir tais poderes às agências, que, frise-se, só pode ser dado pelo Congresso.

A decisão da agência reguladora de editar uma norma, no sistema norte americano, pode emanar da provocação por particulares, ou do poder público, e sua origem pode se dar por diversos instrumentos, formais ou informais.

Nesse contexto, as agências reguladoras podem agir em função do exercício do direito de petição dos cidadãos, por imposição legal, ou ainda por pressão do poder legislativo ou executivo. Todavia, na maioria das vezes as normas são editadas por iniciativa dos servidores das próprias agências (FUNK; SHAPIRO; WEAVER, 2010).

Dependendo da iniciativa ou da ação que deu causa ao processo normativo, entende-se que a abordagem é *top-down*, isto é, quando a norma tem origem nas esferas superiores, ou *bottom-up*, quando iniciada como resultado das atividades dos servidores da própria agência. A edição de normas, a exemplo do modelo brasileiro, também se utiliza de grupos de trabalho interdisciplinares, responsáveis pela elaboração preliminar do estudo de impacto regulatório.

O processo de edição de normas nas agências reguladoras norte-americanas também diferencia as agências independentes das agências executivas, como mostrado na Figura 1.

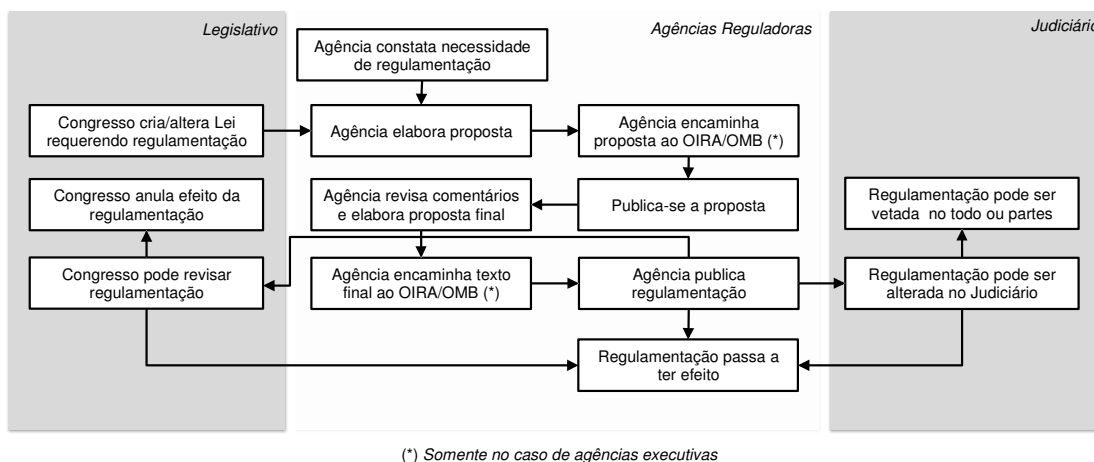


Figura 1. Processo de edição de normas nas agências norte-americanas.
Fonte: elaboração própria.

¹⁰ *Petroleum Refiners Assoc. v. Federal Trade Commission*. 482 F.2d. 672 (1973).

No caso das agências executivas há participação do *Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA)*, estrutura do *Office of Management and Budget (OMB)*, por sua vez vinculado à Presidência. O *OIRA* é incumbido da revisão das ações regulatórias significativas, isto é, da regulamentação proposta pelas agências executivas para as condições previstas na *Executive Order – EO 12.866/93* (EUA, 1993)¹¹.

Diversamente do Brasil, os cursos de Direito, bem como a doutrina jurídica, se preocupam com a atuação dos operadores do Direito na esfera de decisão política e no processo regulatório. Não há consenso, todavia, entre os autores quanto à melhor abordagem para a obtenção dos resultados pretendidos pelos agentes regulados.

A divergência se resume, de um lado, em autores que acreditam que se deve buscar o apoio político e técnico das esferas mais altas capazes de exercer influência direta ou indireta nos agentes reguladores. De outro, aqueles que defendem que é necessário atuar nas instâncias inferiores, enquanto ainda não há opinião formada sobre o assunto, nem há qualquer tipo de deliberação. Os defensores desta posição calcam-se na ideia de que é mais difícil convencer após ter sido formado um juízo de valor, ou convencimento, ainda que não em caráter definitivo. Por fim, há aqueles que defendem que todos os caminhos são válidos, devendo o interessado “bater em todas as portas até que encontre uma aberta” (FUNK; SHAPIRO; WEAVER, 2010).

Pelo estudo dos julgados, percebe-se que há grande diferença quanto à participação popular na edição de normas regulamentares, seja por meio de pessoas físicas, ou por meio da sociedade organizada. No Brasil, a experiência demonstra que a sociedade em geral não se envolve neste processo, que conta quase que exclusivamente com a atuação dos agentes regulados, ou agentes econômicos diretamente interessados. A título de exemplo, a consulta pública sobre conteúdo local realizada pela ANP contou com a participação apenas dos agentes de mercado, não havendo representantes de outros grupos sociais (ANP, 2013g).

A edição de atos normativos pelas agências reguladoras nos EUA é, em regra, regida pelas normas do *Administrative Procedure Act (APA)*, que regula ainda os processos administrativos formais, como se verá adiante. O *APA* pode ser considerado como a lei geral das agências e sua aprovação, em 1946, deu início ao período de amadurecimento do sistema das agências reguladoras. Por um lado, o *APA* reconheceu

¹¹ Destacam-se as regulamentações que apresentam efeito anual na economia igual ou superior a US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares) ou que se relacionam a matérias de interface com outras agências (EUA, 1993).

os poderes das agências de elaborarem normas (*rulemaking*) e de efetuarem julgamentos administrativos (*adjudication*). Por outro, impôs controles procedimentais e fortaleceu o controle judicial das agências, pleito que vinha sendo defendido pela ordem dos advogados norte-americanos¹² (LIMA, 2012).

No Brasil, Marques Neto aponta a processualidade como característica das atividades das agências reguladoras brasileiras. Segundo o autor, os entes regulatórios estão adstritos ao devido processo legal substantivo. Aduz, ainda, que é a ampla gama de poderes conferidos às agências que torna imprescindível a existência de normas processuais (MARQUES NETO, 2009).

Essa norma garante o direito de petição para a edição de atos normativos¹³. Ademais, diante de um pedido expresso, não pode o poder público se omitir, devendo aceitar o pedido, ou rejeitá-lo fundamentadamente. Na hipótese de omissão, ou rejeição, a parte poderá socorrer-se do Poder Judiciário, embora o poder de revisão nestes casos seja bastante restrito, em especial no caso de omissão, quando deverá se aferir se o atraso é, ou não, razoável.

Quando uma agência reguladora, por sua vez, nega o pedido de edição de ato normativo, cabe ao judiciário aferir a legalidade da decisão. A Suprema Corte Americana decidiu em *Massachusetts v. EPA* que embora sujeito ao crivo do Judiciário, este tipo indeferimento tem escopo de revisão extremamente restrito e altamente deferente¹⁴.

Uma vez iniciado o processo de edição de atos normativos, uma questão recorrente é a possibilidade de manifestação dos interessados, *notes and comments*, garantida pela seção 553 do APA (EUA, 1946). Neste contexto, duas questões tomam relevo: (i) quando a participação dos interessados é exigível, e (ii) quando a intimação para a participação dos interessados é considerada suficiente, isto é, adequada.

O APA, §553, prevê matérias em que a manifestação dos interessados não é exigível: (i) no exercício da função militar ou de relações exteriores; (ii) em questões relacionadas à administração e recursos humanos das agências, ou propriedade pública, empréstimos, outorgas, benefícios ou contratos; (iii) no que tange a normas interpretativas; (iv) no estabelecimento de políticas a serem adotadas; (v) em normas de

¹² *American Bar Association*.

¹³ Each agency shall give an interested person the right to petition for issuance, amendment, or repeal of a rule. 5 U.S.C.A. §553(e).

¹⁴ “[S]uch review is ‘extremely limited’ and ‘highly deferential’.” *Massachusetts v. EPA*, 549 U.S. 497, 127 S.Ct. 1438 (2007).

organização, procedimentos ou práticas das agências reguladoras; e (vi) em outras normas em que a participação pública seja, impraticável, desnecessária, ou contrária ao interesse público. Em todos os casos, entretanto, a publicação da norma final é imprescindível.

Cada uma dessas exceções dá ensejo a diversas divergências, em relação às quais as partes que se sentem prejudicadas recorrem ao Judiciário, sustentando a invalidade das normas por violação do devido processo legal. A análise minuciosa de cada uma dessas hipóteses daria ensejo a estudo próprio, cujo escopo ultrapassa os limites deste trabalho.

Vale mencionar, todavia, que em linhas gerais, os pedidos questionam a classificação das normas como interpretativas, sustentando serem verdadeiramente substantivas, e ainda, o enquadramento como normas de “procedimento das agências”. Os demandantes buscam demonstrar que as referidas normas criam direito e deveres, ou são capazes de influenciar na situação jurídica dos administrados, e, desta forma, deveriam estar sujeitas à manifestação pública.

Além do pioneirismo na criação das agências reguladoras, os EUA também foram os primeiros a utilizar a ferramenta de Análise de Impacto Regulatório – AIR no processo de edição de normas das agências (RENDA, 2006). Já em 1982, através da *EO 12.291*, foi exigido das agências executivas o uso da ferramenta de análise custo-benefício. As agências independentes adotam essa técnica ou realizam outros tipos de análises conforme sua decisão e seus procedimentos específicos.

Basicamente, uma AIR completa envolve passos definidos, que remetem a alternativas quanto à regulamentação proposta. Esses passos incluem a definição da ação e do cenário sem a norma proposta, a identificação das alternativas e consequências da regulamentação, a quantificação dos custos e benefícios, a avaliação dos custos e benefícios não-monetizáveis e a caracterização da incerteza associada aos cálculos. Por fim, diante da avaliação feita é possível até mesmo que se conclua por não editar a norma, quando obtidos resultados preocupantes (EUA, 2013).

Nas agências brasileiras não se verifica a utilização sistemática de AIR no processo de elaboração e revisão de regulamentações, tampouco de programa articulado de incremento de qualidade regulatória, mas há consenso quanto à necessidade gritante de aprimoramento (RAMALHO, 2007). Nesse intuito, em 2007 foi criado o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação – PRO-REG, através do Decreto nº 6.062/97 (RAMALHO, 2007).

No modelo norte americano, é reconhecido que a legitimidade das normas administrativas emana da publicidade, da fundamentação e da participação democrática¹⁵. Ademais, o propósito da participação pública é subsidiar o processo decisório, permitindo que a agência se beneficie das informações fornecidas pelo público. Tais comentários, salvo disposição legal expressa, devem ser prévios, de forma a garantir que a agência mantenha uma postura aberta e flexível face aos comentários recebidos (FUNK; SHAPIRO; WEAVER, 2010).

Assim, de suma importância é a adequação da intimação para manifestação quanto à propositura de uma norma. O APA exija apenas a publicação de uma notificação de cunho geral quanto à norma proposta, *general notice of proposed rulemaking*, no *Federal Register*, similar ao Diário Oficial da União no Brasil. Contudo, outras exigências trazidas pelo Poder Judiciário e o receio por parte das agências reguladoras de que suas normas fossem impugnadas, fizeram com que estes instrumentos, que originalmente eram bastante concisos, em alguns casos apenas um parágrafo, passassem a ser extensos documentos, por vezes com mais de 100 páginas.

Ficou pacificado em um dos mais famosos casos do Direito Administrativo Americano, *Vermont Yankee*¹⁶, que os tribunais não podem impor restrições ao processo normativo das agências, por tal poder pertencer ao Congresso. Contudo, no exercício da interpretação das normas emanadas do Poder Legislativo, os Tribunais teceram algumas considerações e exigências quanto à notificação de proposta edição de ato normativo.

Ao verificar a adequação da notificação, o Poder Judiciário analisa não somente o corpo da proposta de norma, mas também o preâmbulo e demais documentos objeto de publicação, como a análise inicial. Não há um critério objetivo para aferir se a notificação foi adequada. Os Tribunais, em geral irão perquirir se a publicação foi capaz de alertar aos interessados que seu interesse estava em jogo¹⁷.

Na hipótese em que a norma final seja diversa da proposta inicialmente publicada – o que ocorre com certa frequência, seja em função de uma opinião diversa do próprio órgão regulador, seja em razão de novas informações coletadas ao longo do processo normativo – é necessário que a notificação inicial tenha demonstrado de alguma forma que o resultado final poderia ser diverso do inicialmente delineado. Isto é, as pessoas interessadas devem ter tido a devida ciência quanto à norma proposta e seus

¹⁵ *Air Transport Association of America v. Department of Transportation*. 900 F.2d 369 (1990).

¹⁶ *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519, 98 S.Ct. 1197 (1978).

¹⁷ Duas expressões são comumente encontradas: *on the table* e *at stake*.

possíveis desdobramentos¹⁸. Sendo assim, ao analisar o cumprimento deste requisito, as Cortes indagam se o produto final é “resultado lógico”, *logical outgrowth*, da proposta inicial, atuando casuisticamente.

Em diversas situações, a fim de evitar impugnações futuras, quando as normas substancialmente divergem da proposta inicial, as agências prudentemente republicam a proposta final, reabrindo o prazo para recebimento de sugestões e comentários.

Em alguns casos, considera-se também a condição da pessoa que alega não ter tido ciência da discussão da norma. Nesse contexto, a alegação de insuficiência da notificação por parte de “corporações sofisticadas”, ou *insiders*, terá um escopo mais restrito que a do público em geral, uma vez que acompanham constantemente os processos normativos dos seus setores (FUNK; SHAPIRO; WEAVER, 2010).

A atuação do Poder Judiciário, anulando normas, ou exigindo a reabertura do prazo para manifestação pública, causou um fenômeno conhecido como “ossificação”. Desta forma, o processo se tornou mais rígido e oneroso, voltado a garantir a manutenção dos atos normativos das agências reguladoras em face do Poder Judiciário. Todavia, não há consenso quanto às consequências de tal enrijecimento.

Diversos autores sustentam que os ônus superam, em muito, a melhoria das normas alcançada em razão da adoção de um procedimento mais complexo, em especial em face da morosidade ocasionada e do pouco impacto no resultado final, isto é, na qualidade da norma editada.

Outra questão sobre as quais os tribunais foram por diversas vezes chamados a se manifestar diz respeito à expressão *after hearing*. A interpretação adotada pela Suprema Corte foi no sentido de que apenas a expressão *after hearing* não ensejaria a aplicação do procedimento formal para a edição de normas. Este procedimento – que é idêntico ao dos processos decisórios e será tratado adiante – guarda semelhança ao processo judicial brasileiro.

Para que sua adoção seja obrigatória, a legislação que conferiu poderes normativos à agência reguladora deve adotar a expressão *after hearing on the records* ou outra expressão que denote a intenção clara e inequívoca do Congresso pela adoção do procedimento mais complexo. Desta forma, o sentido de *after hearing* deve ser entendido apenas como a oportunidade para manifestação, que pode ser tão somente por escrito.

¹⁸ The notice of proposed rulemaking must “fairly apprise interest persons” of the issues in rulemaking. *United Steelworkers v. Marshall*, 647 F.2d 1189,1221 (1980).

No ordenamento brasileiro, encontramos exigência similar quanto à manifestação popular: as consultas e audiências públicas. As primeiras são “alegações escritas” quanto à “matéria de interesse geral”. Já as audiências públicas, embora não se assemelhem ao procedimento judicial e não possibilitem a oitiva de testemunhas ou peritos, permitem a sustentação oral. Em ambos os procedimentos, há obrigatoriedade de a Administração Pública responder aos questionamentos e indagações que tenha recebido. (BRASIL, 1997).

Na regulação nacional, a lei instituidora de diversas Agências Reguladoras inclui como requisito formal da edição de atos normativos a manifestação pública. Tem-se, por exemplo, a exigência de audiência pública pela da Lei do Petróleo, Lei nº. 9.478/97, art. 19, e de consulta pública, pela da Lei instituidora da ANATEL, Lei nº. 9.472/97, art. 42¹⁹.

No sistema norte-americano, as normas podem ser criadas tanto via *rulemaking*, como via *adjudication*. As vantagens e as desvantagens da adoção de um ou outro são objeto de grande atenção de doutrinadores e juristas.

Alguns autores defendem que a regulação via *rulemaking* é mais justa, uma vez que apenas se aplica prospectivamente. Além disso, por este meio, se obtém um processo de inovação na aplicação das políticas públicas que cabem às agências reguladoras implementar. Isto porque é um processo com ampla participação dos interessados, que permite a apresentação de dados e sugestões, ou seja, possibilita uma atuação crítica da sociedade.

Da mesma forma, é um procedimento de maior transparência e que permite a edição de normas mais claras e precisas. Tais características implicam o aumento da eficácia da norma, isto é, melhoram a observância e o respeito às normas assim editadas (FUNK, SHAPIRO e WEAVER, 2010).

Essa forte participação popular não tem a mesma intensidade no Brasil. Binenbojm (2005) critica a falta de adequado controle social do exercício das agências reguladoras ao afirmar que:

A ausência de segmentos da sociedade civil [...] conduz à constatação da existência de um verdadeiro déficit democrático a macular a atuação dessas agências. Esta situação indica que, no Brasil, a participação popular na Administração Pública encontra-se em estágio ainda prematuro de desenvolvimento. (BINENBOJM, 2005, p.19)

¹⁹ Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca.

Todavia, há razões para que as agências independentes americanas se socorram do processo normativo via *adjudication*. A primeira delas, já foi apontada: a dúvida que pairava quanto a competência administrativa de algumas agências para a edição de atos normativos de caráter geral e abstrato. Há, contudo, outras questões envolvidas na decisão da adoção de um procedimento ou outro, como se verá adiante.

3.1.2 Normas não-legislativas

A Seção 553 do APA trata das normas não-legislativas, que por sua vez não são vinculativas, isto é, o órgão não pode exigir seu cumprimento imediato. Todavia, elas se prestam a informar o público sobre os entendimentos e políticas adotadas, de forma a evitar violação ao princípio da segurança jurídica. Por outro lado, embora não seja possível exigir o comportamento dos agentes regulados tão somente com base nessas normas, elas têm o condão de educar o público, orientar e modificar o seu agir. (FUNK; SHAPIRO; WEAVER, 2010).

São exemplos dessas normas os manuais e guias de atividades, que desempenham o importante papel de uniformizar procedimentos e entendimentos dentro da própria Administração Pública.

Deve-se mencionar que as normas não-legislativas não estão sujeitas aos processos rígidos de emissão de normas via *rulemaking*, de forma que não há grande ônus em sua edição. Há, contudo, algumas desvantagens nesse processo. O primeiro é a ausência de participação de outros agentes e, destarte, a ausência de comentários que podem contribuir com a melhoria da norma.

Além disso, por não terem caráter vinculante, essas normas em regra não podem ser impugnadas, já que o sistema norte-americano desconhece o controle em abstrato das normas e não há dano se a norma não é de observância obrigatória. Há, assim, um impasse para aqueles que discordam da norma, já que não poderão alegar surpresa ou desconhecimento caso o entendimento nela enunciado venha ser incorporado em um processo de *adjudication*, mas em tese não estão legalmente obrigados a observá-la.

3.2 Adjudication: o poder “quase-judiciário”

O *APA* define *adjudication* de forma ampla, como o processo de tomada de decisão das agências que não se insira no conceito de edição de atos normativos, *rulemaking*. Embora o termo possa ser traduzido como processo decisório, não há na ordem jurídica pátria um termo equivalente. Todavia, o que mais se assemelharia é o próprio conceito de processo administrativo. Em que pese a divergência doutrinária, nos socorremos do conceito de Carvalho Filho (2007, p.23): “Processo administrativo é o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado pela Administração Pública.”

Deve-se reconhecer que os processos administrativos no Brasil têm um escopo mais amplo que *adjudication* nos EUA, uma vez que a edição dos atos normativos também se dará por meio de um processo administrativo. Deve-se então entender que o conceito de *adjudication* como aqueles processos administrativos decisórios, no sentido de que visam decidir um caso concreto.

Funk, Shapiro e Weaver (2010) afirmam que alguns procedimentos das agências praticamente não se diferem de procedimentos judiciais, como a aplicação de penalidades, ou as decisões de obrigação de fazer ou não fazer. Esses procedimentos podem ocorrer de acordo com os procedimentos do *APA*, nos procedimentos ditos formais, ou ainda, seguir procedimentos ditos informais, isto é, não regidos pelo *APA*. Neste caso, além das garantias mínimas gerais do *APA*, princípios genericamente aplicáveis a todos os atos da Administração contidos na §555, o procedimento será norteado pelos requisitos do devido processo legal e pelos regimentos próprios de cada órgão.

Ausente uma determinação expressa em relação ao procedimento a ser adotado, há grande divergência quanto se a presunção milita em favor do procedimento formal, isto é, o procedimento delineado pelo *APA*, ou do procedimento dito informal. A Suprema Corte ainda não foi chamada a decidir a questão em definitivo, mas parece haver uma tendência dos tribunais no sentido de que a presunção milita em favor do procedimento informal, isto é, regido pelas normas das próprias agências e pelos princípios do devido processo legal. (FUNK; SHAPIRO; WEAVER, 2010).

Vale mencionar que o entendimento dos tribunais é no sentido de dar deferência às decisões das agências reguladoras quando estas interpretam as matérias afetas à sua

competência apenas. Desta forma, a eleição do procedimento, entendida como uma forma de interpretação do *APA*, não se insere nas matéria afetas às agências, sendo questão eminentemente legal de livre apreciação do Poder Judiciário.

Além disso, no que tange aos processos decisórios, os tribunais passaram a buscar o respeito à segurança jurídica, *consistency*, revelada pela adequação da conduta da agência com os seus precedentes. Embora não se tenha criado propriamente um engessamento do sistema, passou-se a exigir manifestação expressa diante de decisões divergentes com os seus precedentes administrativos. Desta forma, as agências devem fundamentar sua mudança de posicionamento, seja em razão de circunstâncias peculiares do fato concreto, seja em função da adoção de uma nova política pública.

Ao analisar a normatização via *adjudication*, a Suprema Corte americana ponderou que embora haja vantagens no processo de edição de atos normativos de caráter geral e abstrato, por meio de um procedimento de participação popular e aplicação prospectiva, em algumas hipóteses, a integração do ordenamento jurídico deverá ser feita diante do caso concreto. Em suas palavras:

The function of filling the interstices of the Act should be performed, as much as possible, through this quasi-legislative promulgation of rules to be applied in the future. But any rigid requirement to that effect would make the administrative process inflexible and incapable of dealing with many specialized problems which arise. Not every principle essential to the effective administration of a statute can or should be cast immediately into the mold of a general rule. Some principles must await their own development, while others must be adjusted to meet particular, unforeseeable situations. (*Security and Exchange Commission v. Chenery Corporation*, 332 U.S. 194, 67 S.Ct. 1575, 91 L.Ed. 1995 (1947).

Verifica-se que, embora o Poder Judiciário manifeste uma preferência pela edição de normas de caráter genérico e abstrato, em procedimento específico para esta finalidade, não entende que este seja obrigatório. Pontuam, ainda, Funk, Shapiro e Weaver (2010), que apesar desta predileção expressa, as Cortes são relutantes em anular normas emanadas de procedimentos decisórios.

A fim de melhor garantir a legitimidade das normas criadas via *adjudication*, o *Administrative Procedure Act* admite a intervenção de terceiros em quaisquer processos perante as agências. De maneira semelhante, a Lei de Processo Administrativo Federal, Lei nº. 9.784/99, admite a realização de audiência pública no curso de um processo quando a matéria em questão for de interesse geral.

Um exemplo no setor petrolífero nacional ocorreu com a revisão da interpretação adotada no cálculo da Participação Especial – PE, sucintamente explicada no primeiro

capítulo. No caso em tela, embora até aquele momento o volume de gás queimado em *flare* fora das hipóteses legais fosse considerado na apuração dos royalties, tais volumes eram excluídos do cálculo da PE. No curso do processo que visava cobrar à concessionária valores de PE considerando-se também o gás queimado na base de cálculo dessa participação, foi realizada uma audiência pública. Dessa forma, além de ser decidido o caso concreto, o novo entendimento foi consolidado na Resolução ANP nº 35/2010 e passou a ter efeito para todos os operadores.

Do ponto de vista das agências reguladoras, a criação de normas diante do caso concreto pode, ainda, oferecer outras vantagens. O processo de edição de atos normativos, como salientado, pode ser moroso e custoso. Em alguns casos, a necessidade premente de as agências se manifestarem sobre determinada questão pode tornar recomendável a opção por este procedimento.

Por outro lado, no direito norte americano, as comunicações fora do escopo do processo, nas hipóteses de *formal adjudication*, são vedadas, o que não acontece no caso de *informal rulemaking*. Desta forma, ao decidir diante do caso concreto, a Administração Pública poderá afastar pressões políticas externas.

Pode, ainda, ser usada como um subterfúgio para evitar uma oposição em larga escala, por ser um procedimento de menor repercussão. Da mesma forma, permite que o regulador escolha o agente regulado e a situação que servirá de objeto da sua atuação. Ademais, um procedimento perante uma parte específica é mais provável que seja mais rápido e menos custoso do que buscar informação na indústria como um todo. Há, ainda, procedimentos que não são aplicáveis às *adjudications*, desonerando o regulador. (FUNK; SHAPIRO; WEAVER, 2010).

Em *National Labor*²⁰, a Suprema Corte deixou consignado que a definição de empregados com cargo gerencial, *managerial employees*, não necessariamente deveria ter sido feita via *rulemaking*, mas admitia a sua construção diante do caso concreto, via *adjudication*. O contexto dizia respeito à possibilidade de os funcionários se filiarem a um sindicato. Ficou consignado que a tentativa de prever de forma genérica e abstrata tal conceito teria não mais que uma utilidade marginal.

²⁰ *National Labor Relation Board v. Bell Aerospace Company Division of Exton Inc.*, 416 U.S. 267, 94 S.Ct. 1757, 40 L.Ed.2d 134 (1934).

3.2.1 Procedimento adjudicatório à luz do APA

O procedimento dito formal, regido pelo APA, é bastante semelhante ao do processo administrativo federal brasileiro. Inicia-se com a intimação, que deve indicar dia, hora e local da audiência; a autoridade responsável, e as questões de fato e de direito que estão sendo trazidas ao processo²¹. O procedimento admite ainda a intervenção de pessoas interessadas, que podem estar do mesmo lado ou do lado oposto do requerente ou do agente regulado.

As audiências poderão ser presididas: (i) por membros da agência, (ii) por sua direção, ou (iii) por um “juiz administrativo”, *Administrative Law Judge (ALJ)*. Tal papel se assemelha ao de juiz de direito, deferindo ou indeferindo provas, colhendo provas, ouvindo testemunhas, e ainda, decidindo ou formulando a proposta de decisão.

Há diversas questões envolvendo o modelo delineado. A primeira trata da independência deste servidor. Embora nas três opções trate-se de um funcionário da agência, no intuito de melhor garantir um julgamento neutro, há um órgão próprio externo responsável pela avaliação, punição e afastamento dos “juízes administrativos”. Todavia, não há norma de efeito semelhante no Brasil²².

O APA veda, ainda, que o mesmo empregado desempenhe a função investigativa, ou persecutória, e atue no mesmo procedimento como *ALJ* ou auxilie no julgamento, oferecendo parecer ou recomendação. Essa regra, conhecida como separação de funções, comporta três exceções. As duas primeiras se referem a licenças preliminares e taxas de serviços públicos, processos tidos como não litigiosos. A terceira exceção se aplica à cúpula da agência, seu Diretor ou Diretoria Colegiada; neste nível, a combinações de funções é aceitável.

A norma proíbe, ainda, atuação de pessoas “interessadas”²³ no processo, *personal bias*. Não há uma definição no APA quanto à qualificação destas pessoas como

²¹ 5 U.S.C.A. § 554(b).

²² Cumpre ressaltar que muitas decisões competem à Diretoria Colegiada das agências reguladoras, mas podem, e na prática são, delegadas a outros servidores da autarquia. A título de exemplo, a Portaria ANP n.º 275/2013 traz uma extensa lista de servidores que podem julgar Autos de Infração em primeira instância no âmbito da ANP.

²³ O sentido da norma se aproxima aos institutos de impedimento e suspeição adotados no Brasil. A Lei de Processo Administrativo Federal, Lei n.º 9.784/99, em seu artigo 18, define as pessoas impedidas e suspeitas de atuar no processo como: (i) aquelas que tenham interesse direto ou indireto na matéria; (ii) tenha participado ou venham a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrerem com parente e afins até terceiro grau; (iii) ou, esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

interessadas²⁴, mas entende-se que se deve aplicar os mesmos critérios usados para o Poder Judiciário.

Cumprе ressaltar que o *ALJ* não tem competência para questionar a validade das normas emanadas da agência a que se vincula, na qualidade de empregado desta. Há, à semelhança do ordenamento pátrio, uma presunção da validade das normas. A ilegalidade ou inconstitucionalidade das normas ficam adstritas à competência do Poder Judiciário. No ordenamento brasileiro, as Procuradorias Federais podem reconhecer a ilegalidade ou inconstitucionalidade das normas emanadas das agências reguladoras. (FUNK; SHAPIRO; WEAVER, 2010).

O ônus da prova caberá a quem alega. A parte poderá apresentar documentos e inquirir testemunhas, no sistema direto, *cross examination*. Todavia, a prova oral poderá ser indeferida quando não for essencial para o estabelecimento dos fatos. As decisões deverão se basear nas provas contidas nos autos, sendo vedadas as comunicações entre as partes fora do âmbito do processo²⁵.

O *ALJ* elaborará uma proposta de decisão, ou a decisão inicial, que deverá conter os fundamentos de fato e de direito. Se não houver recurso, esta decisão se tornará definitiva. Todavia, o *APA* prevê a possibilidade de recurso no âmbito administrativo. As normas que regem os recursos, em especial de competência, variam, entretanto, de acordo com cada agência. Os recursos serão apreciados livremente pelo órgão responsável pelo julgamento, não havendo qualquer vinculação ao julgamento de primeira instância. Não há previsão de recurso pelo órgão administrativo (FUNK, SHAPIRO e WEAVER, 2010).

Cumprе ressaltar que por se tratar de um país que segue o sistema de *common law*, e não de *civil law*, como o Brasil, as decisões proferidas diante dos casos concretos tornam-se precedentes vinculantes, possuindo força de lei. Dessa forma, embora a finalidade precípua seja o julgamento do caso concreto, no exercício de seu poder adjudicatório, as agências americanas também criam normas.

²⁴ 5 U.S.C.A. § 556(b).

²⁵ 5 U.S.C.A. § 556(d), (e).

3.3. Revisão Judicial quanto ao mérito no sistema norte-americano

Para efeitos de revisão judicial dos atos administrativos, há diversos requisitos processuais, de cunho legal e constitucional. Por serem questões mais afetas ao Direito Processual Civil, que ao Direito Administrativo e Regulatório em si, este trabalho não se debruçará sobre esses temas. Sendo assim, é feita uma análise sucinta dos critérios de revisão, sem se ater ao preenchimento dos requisitos de da ação. O trabalho ficará, desta forma, circunscrito aos critérios de revisão quanto ao mérito.

3.3.1 Critério de revisão: Arbitrary and Capricious

No caso emblemático do Direito Administrativo norte americano, *Chevron*²⁶ - decido pela Suprema Corte Americana, e, portanto, vinculativo a todos os tribunais daquele país - estabeleceram-se os parâmetros de revisão de mérito das decisões das agências reguladoras. Tais parâmetros são aplicados não só aos casos de edição de normas, *rulemaking*, mas também às hipóteses de julgamento de processos administrativos, *adjudication*.

Sendo assim, é possível que as decisões das agências reguladoras sejam reconhecidas como materialmente ilegais. Para aferir a legalidade dos atos administrativos neste âmbito, os tribunais irão perquirir se as agências interpretaram corretamente a legislação aplicável, bem como se agiram de forma caprichosa ou arbitrária, ou em inglês, se a decisão é *arbitrary and capricious*.

Como no direito norte americano na decisão de um *case law* - isto é, uma norma criada pelas cortes no desempenho da sua função jurisdicional - os fatos tomam relevância na aplicação do precedente ao caso concreto, faremos uma breve descrição da lide.

Chevron Two Step Test

No caso *Chevron* foi analisada a validade da regulamentação do *Clean Air Act* (CAA), que determinou que cada nova fonte estacionária de poluição do ar, ou a

²⁶ *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 104 S.Ct. 2778, 81 L.Ed.2d. 694 (1984).

modificação das fontes de emissão existentes, deveria receber autorização do órgão regulador estadual. O órgão estadual não poderia deferir a autorização a não ser que parâmetros rígidos de redução de poluentes fossem atingidos. A *Environmental Protection Agency (EPA)* promulgou uma norma que definiu o conceito de “fontes estacionárias”, para a aplicação da referida norma pelos órgãos estaduais, incluindo o conceito de “bolha”, *bubble policy*.²⁷, segundo o qual as emissões de uma mesma fonte estacionária deveriam ser consideradas conjuntamente.

Tal norma foi impugnada pelo *Natural Resource Defence Council (NRDC)*, que sustentava que cada fonte deveria ser considerada individualmente. Desta forma, cada fábrica deveria obter uma nova permissão toda vez que uma nova fonte, ou a modificação de uma fonte, aumentasse a emissão de gases poluentes, considerando aquela fonte individualmente. A interpretação dada pela *EPA* permitia a compensação entre as fontes. O Tribunal de Apelação, *Court of Appeals*, acolheu o pedido do *NRDC* por reconhecer que essa interpretação era contrária à finalidade do *CAA*. O caso chegou na Suprema Corte, que reformou a decisão do Tribunal de Apelação.

A Suprema Corte, então, elaborou dois critérios para a aferição da legalidade dos atos das agências reguladoras quando esta está interpretando uma lei cuja administração lhe é afeta. A primeira questão será sempre se o Congresso diretamente definiu a questão em análise. Se a intenção do legislador é clara, extingue-se a questão para o Judiciário, assim como para a agência: deve ser dado efeito à manifestação inequívoca do Congresso. Todavia, se o Judiciário conclui diversamente, não cabe ao Judiciário se substituir ao Executivo, interpretando a norma livremente, a despeito da interpretação dada pela agência. Ao invés disso, sendo a legislação silente ou ambígua a respeito da matéria, a questão perante o Judiciário será se a interpretação dada pela agência é fundamentada numa construção permitida da norma.

Nesta decisão, a Corte reconheceu, ainda, haver uma delegação de competência para as agências reguladoras quanto ao poder normativo. Tal delegação pode ocorrer de forma implícita quando o Congresso ao entender que determinada matéria é afeta às agências é omissivo quanto a sua definição, ou se o faz de forma ambígua, deixando espaço para a atuação do regulador.

Nesse sentido, a Suprema Corte concluiu que há um “princípio de deferência” pelo Poder Judiciário às interpretações dadas pelas agências, em outras palavras, um

²⁷ *Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 104 S.Ct. 2778, 81 L.Ed.2d. 694 (1984).

peso considerável deve ser dado à interpretação conferida pelas agências às normas cuja administração lhes é afeta. Desta forma, se a ponderação de políticas conflitantes representa uma solução razoável, o Judiciário não deverá mexer nesta equação, a não ser que conclua a partir da lei, ou do processo legislativo, que o resultado alcançado não seria sancionado pelo Congresso.

Nos casos em que a opção mostra-se uma razoável ponderação das políticas públicas diante de interesses divergentes, a interpretação dada pelo Poder Executivo deve receber a deferência do Poder Judiciário. Alguns fatores devem, ainda, ser considerados: se o sistema regulatório mostra-se técnico e complexo; se a agência considerou a questão de maneira detalhada e razoável, e, por fim, se a decisão envolve a harmonização de políticas conflitantes. A presença destes fatores coloca a questão ainda mais perto da Administração e mais longe da revisão do Judiciário.

Desta forma, quando o fundamento da impugnação de uma decisão de uma agência se calca no mérito da decisão, *the wisdom of the agency's policy*, ao invés da razoabilidade da decisão, a impugnação está fadada ao insucesso.

Na doutrina brasileira, Marques Neto (2009, p. 92) afirma: “A regulação apresenta-se, portanto, como o exercício independente de competências para cumprir pressupostos e objetivos definidos nas políticas públicas.”

Os critérios acima expostos sistematizados nesse caso ficaram conhecidos no Direito norte-americano como *Chevron two-step test*, em tradução livre, teste escalonado *Chevron*. Posteriormente, as Cortes Americanas foram chamadas a decidir as hipóteses em que essa teoria se aplica, o que ficou conhecido como *Chevron step zero*.

Chevron Step Zero

Diversamente do teste escalonado *Chevron*, o alcunhado *Chevron step zero* é fruto não de uma única decisão judicial, mas de uma construção doutrinária sistemática, em torno das diversas manifestações dos tribunais quanto as hipóteses de aplicabilidade dos critérios emanados do teste escalonado. A questão foi levantada em razão de um caso antigo envolvendo uma norma interpretativa, *Skidmore*²⁸.

²⁸ *Skidmore v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 65 S.Ct 161, 89 L.Ed. 124 (1944).

Em *Skidmore*, a Suprema Corte reformou a decisão proferida em grau de recurso para reconhecer que o Congresso não deixou sob a esfera do Executivo decidir quando uma hipótese estará sob a incidência de determinada lei, mas sim, ao Judiciário. Por outro lado, reconheceu que a experiência do órgão afeto à execução da lei não deve ser desprezada.

Desta forma, a Suprema Corte deixou consignado que embora as normas, interpretações e pareceres da Administração naquele caso não fossem determinativas em razão da sua competência, eram fruto de um trabalho técnico e de um julgamento fundamentado, dos quais litigantes e tribunais deveriam se socorrer em busca de orientação.²⁹

O peso do ato administrativo irá, todavia, ser definido diante do caso concreto, considerando-se a análise das provas foi minuciosa, se a decisão encontra-se bem fundamentada, e a sua consistência com outras decisões, anteriores e posteriores. Em resumo, tudo aquilo que tem poder de persuasão.

Tendo em vista a existência deste julgado, os tribunais tiveram que definir em quais hipóteses ensejariam a aplicação do teste escalonado *Chevron*.

O primeiro requisito levantado pelos tribunais para aplicação da deferência construída no caso *Chevron* é a existência de poder normativo quanto à matéria conferido às agências reguladoras. Entendem os magistrados que o poder interpretativo decorre da delegação pelo Congresso do poder de editar normas. Ausente este poder, não há poder interpretativo, ainda que a norma seja ambígua³⁰.

Em outro caso, o Tribunal reconheceu que embora o Congresso houvesse conferido alguns poderes específicos para regular a matéria, o agente administrativo não poderia editar norma que contrariasse frontalmente o texto da lei. Destarte, embora o poder regulador tivesse sido amplamente conferido, este não se confunde com o poder legislativo afeto ao Congresso capaz de alterar as normas legislativas vigentes.

Os julgados chegaram a sugerir que os atos interpretativos, ou aqueles que estabelecem políticas públicas de forma genéricas, e que, portanto, não são objeto de um procedimento formal, não seriam merecedores da deferência estabelecida em *Chevron*.

²⁹ “We consider the rulings, interpretations and opinions of the Administrator under this Act, while not controlling upon the Courts by reason of their authority, do constitute a body of expertise and informed judgment to which courts and litigants may properly resort for guidance.”

³⁰ *Food and Drug Administration v. Brown & Williamson Tobacco Corporation*, 529 U.S. 120, 120 S.Ct 1291, 146 L.Ed.2d 121 (2000).

Contudo, em *Mead*, a Suprema Corte esclareceu que a adoção de um procedimento formal não é essencial.

Aplica-se a deferência de *Chevron*, conforme deduzido em *Mead*, quando se entende que o Congresso genericamente delegou competência para uma agência para que esta edite atos normativos com força de lei. Tal conclusão pode ser alcançada de diversas formas: quando se verifica que a agência tem poderes para decidir administrativamente diante do caso concreto (*adjudication*), ou editar normas após a manifestação pública e por meio de outras manifestações capazes de demonstrar a intensão do Congresso.

Sendo assim, embora o Congresso não tenha expressamente delegado poder normativo, ou responsabilidade de implementar determinada norma ou preencher uma lacuna, ainda assim, pode ser que em determinadas circunstâncias o Congresso tenha imaginado que a agência estaria apta a se manifestar, com força de lei, isto é, de forma vinculante.

De forma sucinta, *Mead* pode ser entendido no sentido de que a aplicação da deferência de *Chevron* dependerá do método interpretativo da norma utilizado, isto é, fruto de uma decisão fundamentada e detalhada, e da natureza da questão.

A Suprema Corte consignou que ainda que a hipótese não seja merecedora da deferência do caso *Chevron*, os atos administrativos serão merecedores de alguma deferência, em regra, *Skidmore*. Esclareceu, ainda, que tal deferência pode decorrer de um esquema regulatório altamente complexo, bem como do benefício de haver uma opinião de um especialista na matéria.

3.3.2 Critério de revisão: Substantial Evidence

O APA também impõe outro parâmetro de revisão dos atos administrativos pelos tribunais: fundamento em provas substanciais. Sendo assim, as Cortes reconhecerão a ilegalidade do ato quando não corroborado pelas provas contidas nos autos, *unsupported by substantial evidence*.

Neste sentido, a decisão judicial deverá enfrentar três questões principais: (i) no processo normativo, o que constitui os autos a serem examinados pelos tribunais; (ii) qual o critério de revisão, *arbitrary and capricious*, ou *substantial evidence*; e (iii) qual o efeito da aplicação do critério de revisão na fundamentação da agência.

Em regra, o critério de *substantial evidence*, ou fundamentado em provas substanciais se aplica ao processo normativo formal, isto é, aquele semelhante ao processo judiciário, *trial like*. Todavia, ainda que o Congresso não tenha requerido a adoção do procedimento formal, é possível que expressamente tenha imposto como parâmetro de revisão o fundamento em provas substanciais.

Em linhas gerais, os tribunais irão sancionar uma decisão administrativa, inclusive normativa, quando tal escolha for “razoável”, ou quando um homem médio possa concluir que as provas dos autos são adequadas a fundamentar a decisão final³¹. Mais uma vez, o mérito administrativo foge à esfera de livre apreciação pelo Judiciário.

A evolução jurisprudencial no critério de revisão *arbitrary and capricious* levou à convergência dos dois conceitos, embora inicialmente a revisão sob o prisma de fundamento em provas substanciais fosse mais estrita, mais exigente. Em sua origem, a diferença se dava principalmente pela existência de um processo formal e fundamentado sobre o qual a decisão do tribunal poderia se ater, enquanto, nos procedimentos não formais, não necessariamente havia autos de processo a serem apresentados e examinados pelo Judiciário.

A Suprema Corte jamais distinguiu com precisão os dois critérios. Todavia, as cortes serão mais criteriosas quando entenderem que o legislador em um processo informal adotou como parâmetro de revisão o fundamento em provas substanciais, a fim de submeter a matéria a um crivo mais estrito (FUNK; SHAPIRO; WEAVER, 2010).

3.4 Peculiaridades da revisão de atos normativos

É importante notar, todavia, que em se tratando de edição de atos normativos, ou seja, cuja aplicação se dará a eventos futuros e incertos, as provas constantes dos autos podem por muitas vezes ser conflitantes, em especial, se considerarmos a participação de diversos grupos sociais com interesses diversos.

Nesse âmbito, o processo poderá ser composto por dados estatísticos, previsões, pareceres técnicos, dentre outros. Desta forma, será necessário, preliminarmente, analisar os dados e determinar os “fatos” em que a decisão futura irá se basear, isto é, o cenário esperado ao qual se pretende regular. Distingue-se, portanto, de outros

³¹ Conclusions are supported by “such relevant evidence as a reasonable mind might accept as a adequate to support a conclusion”. *Consolidated Edison Company of New York v. National Labor Relations Board*, 305 U.S. at 229, 59 S.Ct. at 2016 (1938).

processos de tomada de decisão, por haver um maior juízo de valor na determinação dos fatos a serem considerados, que em regra serão permeados de um juízo político, cujos critérios de revisão devem-se distinguir da revisão de decisões quanto a fatos pretéritos.

No que tange à fundamentação da adoção do ato normativo, as cortes têm exigido que o Poder Executivo tenha desenvolvido uma análise criteriosa da questão, um “*hard look*”. Tal doutrina foi desenvolvida em *Overton Park*³², decisão em que o tribunal deixou consignado que as escolhas deveriam basear-se nos fatos, considerar as opções disponíveis, e dar uma explicação razoável à opção escolhida, bem como satisfatoriamente relacionar os fatos ao resultado alcançado. Em *State Farm*³³ ficou consignado o dever da agência de articular uma explicação satisfatória em relação a sua ação, incluindo uma conexão racional entre os fatos e a decisão tomada.

3.5 Breve comparativo: Brasil e Estados Unidos

O modelo regulatório brasileiro por meio de agências reguladoras sofreu forte influência do modelo de “agências independentes” norte-americanas. No Brasil, a adoção deste modelo mereceu destaque no setor de energia, em especial no setor de petróleo e gás natural, com a atuação da ANP e no setor de energia elétrica, regulado pela ANEEL. Vale dizer que os fenômenos que foram constatados naquele país foram reproduzidos nos diversos países que optaram pelo modelo de agências reguladoras independentes, merecendo serem estudados.

Nos Estados Unidos da América, vislumbrou-se um movimento de resistência e até mesmo questionamento quanto ao papel e os poderes das agências reguladoras. Muitos doutrinadores no Brasil se debruçaram no tema da legitimidade das agências reguladoras, bem como as suas normas foram objeto de grande impugnação judicial.

Numa segunda fase, a partir da instituição do *Administrative Procedure Act*, houve o fortalecimento da atuação das agências independentes, principalmente pela instituição de um procedimento que garantia os fundamentos da legitimidade da sua atuação: publicidade, da fundamentação e da participação democrática.

No Brasil, em razão do *status* constitucional dos princípios da publicidade e da motivação dos atos, não houve grande novidade neste ponto no tratamento pelas

³² *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402, 91 S.Ct. 814, 28 L.Ed.2d. 136 (1971).

³³ *Motor Vehicle Mfrs. Ass'n of United States, Inc. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 463 U.S. 29, 103 S. Ct. 2056, 77 L.Ed.2d. 443 (1983).

agências reguladoras. Contudo, a participação democrática ainda se mostra imatura. Frise-se, a atividade regulatória deve ser inserida na cultura do país. Ao mesmo passo, deve haver o fomento à participação popular, seja individualmente, seja por meio de entidades que representam interesses coletivos e difusos.

Por fim, nos EUA constatou-se o amadurecimento dos tribunais quanto aos limites de revisão judicial. Houve também a instituição de novos mecanismos de controle. Ainda se percebe, todavia, uma posição dos tribunais no sentido de dar deferência a grande parte das decisões emitidas pelas agências independentes, seja diante do caso concreto ou na edição de medidas de caráter normativo.

No Brasil, país onde há a unidade de jurisdição, isto é, toda lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser submetida ao crivo do Judiciário, bem como em razão da criação recente das agências reguladoras, ainda não é possível vislumbrar uma visão clara e precisa do Poder Judiciário em relação às agências reguladoras nacionais.

4. OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Os *conceitos jurídicos indeterminados* permeiam todo o ordenamento jurídico, mas ganham especial relevância no Direito Administrativo (DI PIETRO, 2007a). Desta forma, passaremos a analisar os *conceitos legais fluidos* sob esta ótica.

4.1 Contexto e definição

A mundo dos fatos, diferentemente do mundo jurídico, é polifacético e heterogêneo. Desta forma, se reconhece a impossibilidade de prever suas inúmeras variantes, bem como a solução para todos os casos concretos. (ABREU, 2005).

Nesse contexto, a lição de Moreira (1980, *apud* Andrade, 2013), é bastante elucidativa. O autor destaca que haverá casos em que ao legislador será impossível prever todas as hipóteses legais, mas em outros, concluirá simplesmente que prever uma hipótese de antemão com todos os seus elementos fechados não será a melhor opção. Assim, leciona com absoluta precisão:

“Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. (MOREIRA, 1980, *apud* ANDRADE, 2013, p. 5)

Queiró (1994, *apud* LUCIAN, 2004), afirma que a utilização dos *conceitos jurídicos indeterminados* decorre da peculiaridade dos casos concretos, que não permitem se prender a “conceitos teóricos”, de validade universal, que seriam próprios “das ciências empírico-matemáticas”³⁴.

No mesmo sentido, reconhecendo a impossibilidade de antever todas as circunstâncias fáticas, mas no contexto específico da indústria de petróleo e gás natural, a irretocável lição de Mendes (2011, p. 32):

A norma das melhores práticas da indústria do petróleo deve ser tida como principiológica em razão de ostentar um elevado grau de abstração, permitindo a aplicação das mais variadas formas, de acordo com os casos concretos.

Tem-se o aludido princípio como um tipo aberto por excelência, viabilizando ampla aplicação de acordo com a concretização que os fatos exigiam.

³⁴ Visão bem peculiar é a do Prof. Sunfeld (2012, p. 67) para quem, em alguns casos “A indeterminação não decorre diretamente das palavras [...], mas do fato de não haver, no ambiente do Direito, prática e consenso anteriores em torno do seu sentido”.

Neste contexto, em que se sobressai a complexidade do mundo dos fatos, o legislador se socorre de normas vagas, das quais os conceitos jurídicos indeterminados, ao lado das cláusulas gerais, seriam uma espécie. (ANDRADE, 2013).

Não há consenso na doutrina quanto a melhor expressão, “termo” ou “conceito” jurídico indeterminado (ROZAS, 2006). Abreu (2005) chega a denominar de “imprecisão lógica” a expressão “conceito jurídico indeterminado”, por entender ser o termo “conceito” incompatível com a indeterminação. Não pretendemos nos debruçar nesta discussão, deixando apenas consignado a divergência. Em razão ser a expressão mais consagrada, será adotado o termo “conceito”.

Tampouco a doutrina jurídica é uníssona quanto ao adjetivo usado para denominar tal recurso jurídico. Neste sentido, encontramos, por exemplo, as expressões: *conceitos jurídicos indeterminados*, *conceitos jurídicos abertos*, *conceitos legais fluidos*, *conceitos imprecisos*, dentre outros.

Di Pietro (2007a) afirma que a expressão *conceitos jurídicos indeterminados*, embora bastante criticável, é utilizada em vários países e também se consagrou no Brasil. Utilizaremos todas essas expressões indistintamente, com o mesmo sentido.

Lembrando as lições de Grau, Rozas afirma que a linguagem é um sistema de símbolos convencionais, isto é, seu significado depende de uma convenção. Neste sentido, os *conceitos jurídicos indeterminados* são aqueles cuja zona de incerteza possui grande amplitude (ROZAS, 2006).

Já com amparo na lição de Mello, Rozas (2006) leciona que em todo o conceito jurídico, ainda que indeterminado, haverá um conteúdo mínimo indiscutível. Tal conteúdo só poderá ser constatado em determinado tempo e lugar, dada a natureza do Direito como fenômeno cultural.

Neste ponto, cumpre lembrar a lição de Sundfeld ao tratar da indeterminação normativa de forma ampla: “Com o passar do tempo, um texto muito aberto pode ir se fechando por obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesses” (SUNDFELD, 2012, p. 67).

Em relação aos *conceitos jurídicos indeterminados* especificamente, tem-se “fórmulas cuja exata definição do sentido exige a consideração das circunstâncias concretas e da interpretação valorativa” para serem implementadas (ANDRADE, 2013, p.2).

Importante a definição de *conceitos jurídicos indeterminados* trazida por Abreu, no sentido de que:

O conceito jurídico indeterminado é a vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada. (ABREU, 2005)

Verifica-se, desta definição, aquilo que o autor mais à frente afirma expressamente: a utilização de *conceitos jurídicos indeterminados* visa atender a uma finalidade específica. Desta forma, constitui espécie de técnica legislativa, e não uma “imperfeição lingüística” (ABREU, 2005).

Sousa (1986), *apud* Oliveira (2005), afirma que os *conceitos jurídicos indeterminados* são “instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competências às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa”.

Neste sentido, Lucian (2004) entende que a utilização dos *conceitos jurídicos indeterminados* visa abarcar todas as situações condizentes com o fim legal. Para Andrade (2013), os *conceitos jurídicos indeterminados* geram tecnicamente uma diminuição da vinculação legal, no sentido de que um número maior de situações poderão ser acobertadas pela norma.

Para Di Pietro (2007a), no Direito Administrativo, o tema ganha destaque em razão da Administração se orientar à satisfação de interesses sociais. Ressalta a autora que duas características dos *conceitos jurídicos indeterminados* se coadunam com esse objetivo: (i) o fato de não se referir a uma coisa certa, mas a um fim; e, (ii) a sua mutabilidade, que decorre da primeira.

Ferraz (1994, *apud* ROZAS, 2006) afirma que a determinação do sentido das normas pressupõe a atividade hermenêutica, na qual “o propósito do jurista não é simplesmente compreender um texto, mas também determinar-lhe a força e o alcance.”

Interessante notar a colocação de Di Pietro (2007a), no sentido de que, do ponto de vista lógico, seria impossível ao legislador ao editar atos normativos somente utilizar conceitos precisos, que possibilitem uma interpretação única e invariável. Trata-se de limitação própria da língua.

No mesmo sentido, Engisch (1964) tratou o estabelecimento de regras que pudessem abarcar todas as situações como uma solução utópica, e assim, um pensamento superado, pontuando:

Houve um tempo em que os juristas aderiram firmemente à opinião de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e actos administrativos. Esse tempo foi o Iluminismo.

[...]

Esta concepção da relação entre a lei e o juiz começou a vacilar no decurso do século XIX. Começa então a considerar-se impraticável o postulado da estrita vinculação do juiz à lei, por isso que não é possível elaborar a lei com tanto rigor e fazer a sua interpretação em comentários oficiais de modo tão exacto e esgotante que toda a dúvida quanto à sua aplicação seja afastada. A mais disso, com o tempo deixa-se também de considerar ideal aquela exigência de vinculação à lei. (ENGISCH, 1964, p. 170 e 171)

Conforme bem acentua Parahyba (2010, p. 2014), “tem-se que aceitar, que mesmo sendo os conceitos jurídicos presentes na norma vagos ou imprecisos, ainda assim, há alguma parcela determinável, pois, se não o tivessem, não poderiam ser considerados conceitos”.

Moraes (1999) também assinala que não se tratam de termos totalmente desprovidos de semântica, mas de conceitos que contêm uma esfera de certeza positiva e outra negativa, bem como um *halo conceitual*, isto é, uma área cinzenta. Nas palavras de Rozas (2006):

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de *núcleo conceitual*. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado.

De um lado, há a *zona de certeza positiva*, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a *zona de certeza negativa*, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito.

Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de *zona de incerteza* ou *halo conceitual*. (ROZAS, 2006, p.1)

Desta forma, os *conceitos jurídicos indeterminados* são elementos da norma jurídica que “demandam durante sua aplicação, um processo de preenchimento semântico, isto é, de ‘densificação’, feito através de uma valoração” (MORAES, 1999, p. 59).

Abreu (2005) ressalta que a aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* não pode se confundir com a integração da lei pela analogia, costumes e princípios gerais de Direito, como previsto pela legislação processual civil, já que estes ocorrem em momento bem posterior e quando esgotados os métodos interpretativos.

Neste ponto, é válido trazer a advertência de Andrade, para quem um sistema ideal deve ser balanceado, composto por dispositivos legais fechados, isto é, casuísticos e por hipóteses legais para preenchimento, como no caso dos conceitos indeterminados. Desta forma, evita-se, de um lado, o engessamento do sistema, e de outro, a insegurança jurídica (ANDRADE, 2013).

Antes de analisar a doutrina nacional quanto aos *conceitos jurídicos indeterminados* no Direito Administrativo, faremos um breve apanhado da doutrina internacional sobre o tema.

4.2 Os conceitos jurídicos indeterminados no Direito comparado

Quanto ao tema dos *conceitos jurídicos indeterminados*, é muito importante repisar a doutrina internacional, começando pela Áustria, onde esta doutrina surgiu com a discussão da possibilidade de os *conceitos jurídicos indeterminados* serem sindicáveis pelo Poder Judiciário (ROZAS, 2006). Desta forma, o sistema legal germânico ganha relevância (DI PIETRO, 2007a).

Na Áustria, surgiram duas escolas com posicionamentos opostos. A primeira, capitaneada por Bernatzik, defendia que os *conceitos jurídicos indeterminados* deveriam ser preenchidos por órgãos administrativos especializados, ficando a sua determinação fora da esfera de competência do judiciário (ANDRADE, 2013). A Administração atuaria, então, como um “perito do interesse público”, e, desta forma, a sua atuação estaria limitada às concepções sociais vigentes (DI PIETRO, 2007a).

A teoria, contudo, que teve mais adeptos foi a defendida por Tezner, para quem os *conceitos legais abertos* eram, tal qual os demais conceitos, sindicáveis pelo judiciário. Para o jurista, a adoção dos *conceitos jurídicos indeterminados* não conduziria à discricionariedade (ANDRADE, 2013). A aplicação dos *conceitos abertos*, portanto, ficaria no campo da interpretação e poderiam ser revistas judicialmente (DI PIETRO, 2007a).

Nas palavras de Di Pietro:

Tezner parte da idéia que todos os conceitos utilizados pela lei, ao limitar, de um lado, as esferas de liberdade e propriedade dos cidadãos e, de outro, os poderes da Administração, são *conceitos jurídicos*; por isso mesmo, ainda que se refiram a dados de experiência ou elementos fornecidos por outras ciências, *sua interpretação é sempre de ordem estritamente jurídica*. Assim, cabe ao Judiciário fiscalizar a correta aplicação, pela Administração, dos

conceitos jurídicos vagos. [...] Assim, fica sujeita à apreciação da jurisdição administrativa toda decisão administrativa que implique aplicação da lei concernente a direitos particulares. Ao contrário, quando não esteja em jogo qualquer interesse individual, falece competência aos tribunais para apreciar o ato da Administração, porque, neste caso, estariam penetrando no domínio de seu poder discricionário; este só existe quando não esteja em jogo qualquer direito individual; nesta faixa, a atuação da Administração é inteiramente livre de apreciação judicial.

Dentro dessa doutrina, o emprego de conceitos imprecisos pelo legislador não significa outorga de discricionariedade à Administração, pois somente o juiz, com sua imparcialidade e seus conhecimentos técnicos, tem condições de encontrar a solução mais adequada ao caso concreto. (DI PIETRO, 2007a, p. 101)

As teses defendidas por Bernatzik e Tezner deram origem a duas teorias que ficaram conhecidas, respectivamente, como teoria da multivalência e teoria da univocidade.

Ainda analisando a doutrina germânica, Di Pietro (2007a) cita as lições de Laun, que defende, sob outro prisma, que os *conceitos fluidos* não conduzem à discricionariedade. O autor, inspirado em Bernatzik, sustenta que o trabalho de interpretação conduzirá a uma única solução, aquela que revele o meio mais apto da Administração atingir a finalidade legal. Todavia, haverá discricionariedade quando o legislador deixar a cargo do administrador o fim imediato da norma, que estará sujeito a limitações externas e internas³⁵.

Na Alemanha, os tribunais procuraram negar a existência de discricionariedade decorrente dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Isto porque após um regime totalitário naquele país, a discricionariedade era um corpo estranho ao Estado de Direito. Os tribunais buscaram manter o poder de revisão sob os atos administrativos, afirmando haver uma única solução possível diante dos conceitos imprecisos (DI PIETRO, 2007a).

Foi ainda na Alemanha, na década de 50, que surgiu a teoria da “margem livre de apreciação”, desenvolvida por Otto Bachof. Segundo esta teoria, haveria na aplicação de alguns conceitos indeterminados uma área de liberdade, uma “margem de apreciação” que estaria livre da tutela do Judiciário. Para o autor, nem todo conceito legal aberto atribui essa “margem de apreciação”, mas esta pode se encontrada tanto em conceitos de experiência, como em conceitos de valor. A tese de Bachof foi sintetizada nas palavras de Souza (1995, *apud*, MORAES, 1999):

³⁵ O autor divide os fins do Estado em mediatos, aqueles definidos na Constituição; e os imediatos, aqueles que são definidos pelo legislador, ou deixado a cargo do administrador público.

Bachof faz a distinção entre a interpretação e a aplicação dos conceitos indeterminados no caso concreto. A interpretação, isto é, a averiguação de seu conteúdo, é sempre uma “questão de direito”, totalmente submetida ao controle jurisdicional. Do mesmo modo, a constatação real dos fatos, é “sem margem para dúvidas”, controlável pelos Tribunais. Diferente é a aplicação, isto é, a subsunção dos fatos a um conceito indeterminado. Na aplicação deve-se averiguar se a lei quer ou não atribuir à autoridade administrativa um espaço de apreciação. [...] Nos conceitos de experiência, o reconhecimento de uma “margem de apreciação” depende da possibilidade prática de uma apreciação suficientemente clara dos fatos, tendo em devida conta a responsabilidade da autoridade administrativa”. (SOUZA, 1995, *apud*, MORAES, 1999, p. 68)

Outro autor alemão cujo estudo não pode ser esquecido é Karl Engisch, que tratou do tema em seu livro intitulado “Introdução ao Pensamento Jurídico”. Para o autor, que escreveu sua obra em meados do século XX, embora o princípio da legalidade continue intocado, a forma como as leis são elaboradas, interpretadas, e aplicadas sofreu alterações. A atividade administrativa não se desenvolve mais apenas por meio da execução de normas claras e conceitos fixos, mas sim, por meio de uma atividade em que é necessário exercer juízo de valor e, por vezes, “agir de um modo idêntico ao do legislador” (ENGISCH, 1964, p. 172). Desta forma, entende que a questão se dá quanto ao grau de vinculação à lei.

A esse respeito, Di Pietro leciona que o princípio da legalidade não pode mais ser interpretado sob o ponto de vista exclusivamente formal, mas também sob o prisma axiológico. Assim, afirma:

[H]oje, falar em princípio da legalidade significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico. Esta é uma idéia inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito, adotado no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º. (DI PIETRO, 2007b, p.3)

Para Engisch (1964), os *conceitos jurídicos indeterminados* são aqueles que o conteúdo e a extensão são em larga medida incertos. O autor faz a conhecida distinção entre o núcleo conceitual, área em que há clara noção do conteúdo e extensão do termo, e o halo conceitual, zona de incerteza. Engisch ressalta que tais conceitos podem figurar tanto na “hipótese”, como na “estatuição” da norma.

Para o autor, a indeterminação e a normatividade, isto é, carga valorativa da norma, não conduzem, por si só, à discricionariedade. Para ele, a discricionariedade emana do poder de livre discricção, ou apreciação discricionária, poder concedido aos órgãos da Administração para decidir, guiados pelo seu dever funcional. O fundamento de tais poderes pode ser encontrado no direito consuetudinário ou até mesmo na natureza de uma instituição (ENGISCH, 1964).

Assim, leciona: “os genuínos conceitos discricionários constituem, portanto, uma categoria à parte *ao lado* dos conceitos indeterminados e dos conceitos normativos” (ENGISCH, 1964, p. 183) (grifo no original). Por fim, conclui:

De diversas formas e em diferente medida o órgão aplicador do Direito equitativo, do “*jus aequum*”, que se prende com os conceitos indeterminados e normativos, com as cláusulas gerais e as cláusulas discricionárias, é chamado a descobrir o Direito do caso concreto, não simplesmente através da interpretação e da subsunção, mas também de “valorações e decisões de vontade”. Nesta sua actividade, vimo-lo ora mais sujeito a critérios objectivos, (lei moral, valorações da camada dominante), ora mais confiado à bússola da sua concepção individual. Mas também neste último caso não imperam a desvinculação “total”, e o arbítrio, antes surgem aí, a mais dos limites legais e supralegais da decisão pessoal, regras teleológicas e axiológicas que não podem na verdade determinar materialmente com rigor a decisão, mas que lhe dão suporte lógico. (ENGISCH, 1964, p. 206)

Atualmente, passou-se a reconhecer na Alemanha uma esfera maior de liberdade da Administração Pública. Assim, a lei tanto pode conferir discricionariedade expressamente, como adotar *conceitos jurídicos indeterminados*, que ao serem aplicados e interpretados pela Administração o serão segundo seus próprios critérios (DI PIETRO, 2007a).

Os espanhóis, seguindo a doutrina alemã, tendem a separar a discricionariedade dos *conceitos jurídicos abertos*. García de Enterría introduziu o estudo dos *conceitos jurídicos indeterminados* na Espanha, sendo seguido por Ramón Fernández (DI PIETRO, 2007a). García de Enterría e Tomás Ramón Fernandez sustentam que os *conceitos jurídicos abertos* são um caso de aplicação da lei em que não há interferência subjetiva do intérprete (PEREIRA, 2007).

Enterría entende que a aplicação dos *conceitos fluidos* não deveria ser confundida com a discricionariedade, bem como coloca a sua aplicação no campo da interpretação. Em consequência, o autor defende que esta aplicação poderia ser facilmente fiscalizada pelo juiz, já que a decisão deveria ser a única solução justa que a lei permite. (PEREIRA, 2007).

Desta forma, Enterría define a discricionariedade como a liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, enquanto os *conceitos jurídicos indeterminados* relacionam-se com a atividade interpretativa (ROZAS, 2006).

O autor afirma, ainda, que na discricionariedade a decisão se funda em critérios extrajurídicos, como os econômicos, não fixados na lei e, portanto, ao crivo exclusivo da Administração. Por outro lado, a aplicação dos conceitos indeterminados busca enquadrar o caso concreto na categoria jurídica descrita na lei (DI PIETRO, 2007a).

Nesta linha, perante os casos concretos, pelo meio de um processo de interpretação, se constata a incidência da norma. Sendo assim, será possível dizer se há ou não boa-fé, urgência, ou questão de ordem pública. Por via de consequência, poderá o Judiciário aferir a legalidade do ato de forma ampla (DI PIETRO, 2007a).

Pontua Moraes (1999) que, embora Enterría entenda que todas as decisões estariam sujeitas ao crivo do Poder Judiciário, reconhece que, no caso de conceitos de valor (técnicos ou políticos), a revisão judicial é limitada, isto é, na prática, apenas quando o erro ou a arbitrariedade possam ser manifestamente demonstrados poderá haver a interferência do juiz.

Para esses autores, a discricionariedade era entendida como a livre iniciativa da Administração Pública que pode recair em todas as áreas que a lei não regulou e onde, portanto, haveria um espaço livre. Pode-se então concluir que havia uma “vinculação negativa da Administração”, que tinha na discricionariedade um poder político, e não um poder jurídico (DI PIETRO, 2007a). Desse modo, a conclusão a que chegaram Enterría e Fernández é condizente com o Estado Liberal em que se basearam seus estudos.

Já na Itália, o ponto de partida foi a doutrina de Bernatzik trazida da Áustria. Todavia, neste país o estudo dos conceitos legais indeterminados foi desenvolvido sob a ótica do que se convencionou chamar de discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica. A discricionariedade técnica seria aquela ligada a critérios científicos (DI PIETRO, 2007a).

Souza (1987), *apud* Di Pietro (2007a), ressalta que o entendimento do que seria esta discricionariedade técnica varia de país para país, ou mesmo dentro de um próprio país, não havendo consenso se haveria poder livre, ou um poder vinculado porém insindicável pelo Judiciário. Há, ainda, aqueles que entendem ser possível o controle judicial, mas não de forma ampla e, por fim, aqueles que defendem que a natureza do ato dependerá do caso concreto. Explica Di Pietro:

De qualquer forma, a idéia original de seu idealizador – Bernatzik – era a de que a discricionariedade técnica se referia a decisões que, por alta complexidade técnica, eram retiradas do controle judicial. Trata-se de matérias que só o administrador público, em contato com a realidade do dia-a-dia, tem condições de apreciar de forma adequada. (DI PIETRO, 2007, p.112) (grifamos)

Tratou da questão no direito italiano Renato Alessi. O autor distingue as hipóteses em que a apreciação do interesse público é desprovida de critérios técnicos,

daquelas em este mostra-se presente. Nesta última hipótese, os critérios técnicos podem ainda estar ou não ligados a critérios administrativos, caso em que, ainda que haja um balizamento técnico, haverá discricionariedade, ou seja, apreciação do interesse público (DI PIETRO, 2007a).

É importante perquirir, ainda, o Direito português, uma vez que o principal estudioso dos *conceitos jurídicos indeterminados* daquele país, Afonso Rodrigues Queiró, é fonte de inspiração para diversos autores na doutrina pátria.

Queiró (1942) ressalta que há limites naturais e lógicos para a regulação de toda a atividade administrativa. Neste ponto, lembramos a imprevisão das inúmeras situações fáticas, e as limitações linguísticas intrínsecas à linguagem já ressaltadas.

Contudo, nem por isso esta atividade é livre, já que toda norma traz consigo “condições de fato”, ou seja, condições de aplicação da norma. Desta forma, é na norma, nas “condições de fato”, que se encontra a justificativa para afastar a arbitrariedade da conduta.

Para Queiró, a “atividade da Administração é uma atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais.” (QUEIRÓ, 1942, p. 53). Desta forma, inicialmente, diante dos conceitos da norma, o administrador deverá interpretar a norma, até o ponto que não mais verificar a “incerteza da vontade legal”. (QUEIRÓ, 1941). Assim, enuncia:

A interpretação defronta-se com duas espécies terminológicas e conceituais: conceitos de significação definível e conceitos de determinação exata indeterminada. Esses últimos são mais corretamente designáveis por “plurisignificativos” – “mehrdeutige” – pois comportam um número limitado de significações igualmente possíveis, e não um número indefinido delas. (QUEIRÓ, 1942, p. 56)

Assim, determinados conceitos dão ensejos a uma única solução diante dos casos concretos. A estes conceitos, Queiró denomina de conceitos teóricos, que afirma serem típicos das ciências empírico-matemáticas. Já os conceitos não teóricos, ou conceitos práticos, seriam os conceitos de valor, que uma vez utilizados na norma jurídica conferem discricionariedade ao administrador, para agir nos limites da lei (QUEIRÓ, 1942). Se referindo aos fatos concretos a que caberá a Administração analisar, ensina:

Êsses fatos, cuja existência o órgão referido deverá ter em conta, pertencem a qualquer dos mundos, da natureza ou da cultura, da causalidade ou do valor. Para se referir aos primeiros, a lei (que é a tradução dos *conceitos*) faz recurso a conceitos que lhe são fornecidos nas ciências baseadas no valor teórico verdade, e que, portanto, pressupõem o princípio causalista, as categorias de

espaço e de tempo, ou o conceito de número (quantidade). Sobre estes fatos, e sobre estes conceitos, ao fim e ao cabo, decorrido o processo interpretativo, não pode existir como *verdade* mais de uma formulação. Sobre eles verifica-se uma identidade universal de pareceres, ou, pelo menos, estes são suscetíveis dessa identidade. [...] Se a lei recorre a esses conceitos, não deixa discricionariedade à Administração. (QUEIRO, 1942, p. 60)

E mais adiante, complementa:

Sobre os conceitos de valor prático, que definem o poder discricionário da Administração, pode-se dizer [...] que na sua execução existe “um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou não da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa”. Sobre eles, a generalidade das pessoas não forma senão casualmente o mesmo juízo. (QUEIRO, 1942, p. 63)

Já o português António Francisco de Sousa (1994), *apud* Di Pietro (2007b), sustenta que a existência de discricionariedade está vinculada à vontade do legislador, que se manifesta pela adoção de “cláusulas discricionárias”³⁶, ou por outro modo, desde que decorra da vontade da lei. Desta forma, os conceitos jurídicos determinados não confeririam poder discricionário. Aduz que os tribunais são oscilantes quanto à revisão judicial da aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* (DI PIETRO, 2007a).

4.3 Os conceitos jurídicos indeterminados na doutrina brasileira

Na doutrina pátria, o tema dos *conceitos jurídicos indeterminados* foi pouco desenvolvido (DI PIETRO, 2007a). Além disso, a matéria frequentemente aparece vinculado à discricionariedade administrativa, provavelmente por sua doutrina ter tido origem, na Áustria, na possibilidade de revisão dos atos administrativos com fulcro em *conceitos jurídicos indeterminados*.

Vale dizer, para Moraes (1999), discricionariedade e *conceitos jurídicos indeterminados* são temas indissociáveis. Seguindo o tratamento usualmente dado pela doutrina nacional, o tema será abordado sob esse mesmo prisma.

Di Pietro define discricionariedade como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções válidas” (DI PIETRO, 2007a, p. 67). Desta forma, reconhece na discricionariedade uma ferramenta jurídica de gestão de interesses sociais.

³⁶ Para o autor “cláusulas discricionárias” são aquelas que expressamente deixam à Administração a faculdade no momento de agir, e pode ser constada por expressões como: “pode”, ou, “está autorizado”.

A autora entende, ainda, que a discricionariedade visa a atender critérios práticos e jurídicos, no sentido de evitar o automatismo na aplicação da norma, bem como permitir a necessária iniciativa da Administração, conferindo flexibilidade. Ressalta, todavia, que a mesma norma que conferir discricionariedade deverá também especificar os interesses públicos a serem atendidos, cabendo à Administração eleger os melhores meios para atendê-los (DI PIETRO, 2007a). A autora oferece, ainda, um relevante resumo da evolução do conceito:

Analisada em confronto com o princípio da legalidade, verifica-se que a discricionariedade, que abrangia, inicialmente, no Estado de Polícia, toda a atividade administrativa, sofreu uma primeira restrição quando se bifurcou a personalidade do Estado, fazendo-se, a partir de então, a distinção entre *justitia*, e *politia*, a primeira abrangendo atividade sujeita a controle judicial e a segunda isenta desse controle; neste momento a atividade da Administração ficou parcialmente vinculada a lei. Com a formação do Estado de Direito, houve uma ampliação do âmbito de aplicação da legalidade administrativa, de tal sorte que toda ela passou a ser submetida ao Direito; foi quando a discricionariedade deixou de ser um poder político para transformar-se em um poder jurídico. (DI PIETRO, 2007a, p. 87)

Dito isto, surge uma questão recorrente que merece ser respondida: os *conceitos jurídicos indeterminados* conduzem à discricionariedade administrativa?

A indagação torna-se relevante no contexto de uma indústria cujas normas podem ser editadas e aplicadas por meio de uma agência reguladora. O reconhecimento de que os *conceitos abertos* conduzem, ou não, à discricionariedade traz como consequência a delimitação do escopo de aplicação das normas. Mas não apenas isso, seu estudo torna-se relevante na medida em que permitem o aprofundamento dos estudos dos *conceitos jurídicos indeterminados*.

Na tentativa de responder esta questão, os autores brasileiros dividem-se em dois grupos: (i) aqueles que negam haver qualquer discricionariedade na aplicação dos *conceitos legais fluidos*, resolvendo-se a questão no âmbito da interpretação; e, (ii) os que defendem que os conceitos vagos podem ou não implicar em discricionariedade.

A primeira vertente entende que os *conceitos jurídicos indeterminados* seriam, todavia, determináveis, isto é, diante do caso concreto conduziram a uma – e tão somente uma – solução possível, não havendo espaço para a discricionariedade. Essa corrente, denominada de teoria da univocidade, entende que se trata exclusivamente de uma tarefa de interpretação (PARAHYBA, 2010).

No sentido de negar a existência de discricionariedade nos *conceitos legais fluidos*, Pereira invoca a Teoria da Adequabilidade Normativa, defendida por Klaus

Günther. Segundo esta teoria, diante de um caso concreto, deverá se verificar se a norma que inicialmente se mostrava aplicável ao caso, diante da análise mais detalhada de suas circunstâncias, ainda se demonstra como adequada (PEREIRA, 2007).

Desta forma, não há uma eleição da norma aplicável, mas a verificação da adequação normativa. Nas palavras de Pereira (2007, p. 35), há “um processo de concreção que descobre todas as características da situação, bem como analisa todas as normas que eventualmente podem ser aplicadas ao caso concreto”. Por tal motivo, o autor não reconhece a existência de discricionariedade nos *conceitos jurídicos indeterminados* e conclui:

"A multiplicidade de possíveis situações não passíveis a serem previamente detalhadas pelo legislador, é o que justifica o uso dos conceitos indeterminados, os quais, como visto, diante das circunstâncias fáticas, conduzem a um resultado **único** para o caso concreto." (PEREIRA, 2007, p.34, grifo nosso)

Na mesma linha, Grau, seguindo a doutrina moderna alemã, separa a técnica legislativa dos *conceitos jurídicos indeterminados*, da discricionariedade. Entende que a primeira se resolve no campo da interpretação e se baseia na legalidade. Já a discricionariedade é baseada em juízo de oportunidade, que permite certa liberdade de escolha. Ressalva que apesar da aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* se inserirem no campo da interpretação, nem por isso conduzem a somente uma solução possível, afirmando que a interpretação pressupõe a escolha dentre as diversas interpretações possíveis (ROZAS, 2006).

Especificamente no que tange à indústria de petróleo e gás natural no Brasil, verifica-se que Mendes (2011) segue a mesma tendência da doutrina espanhola, ao tratar dos *conceitos jurídicos indeterminados*, especificamente das *melhores práticas* da indústria ao afirmar que:

É essencial frisar que a embora as melhores práticas da indústria do petróleo sejam um tipo aberto e que essas técnicas e procedimentos sejam indeterminados previa e abstratamente, não são indetermináveis nos casos concretos. Em outro dizer, especificamente em relação a cada caso concreto sempre haverá uma melhor prática da indústria do petróleo, que deve ser rigorosamente observada. (MENDES, 2011, p. 42)

Há, ainda aqueles que, entendendo serem temas diversos, distinguem os *conceitos jurídicos indeterminados* e o poder discricionário pelo papel que exercem na norma, como faz Barbosa Moreira. Assim, os *conceitos jurídicos abertos* estariam na esfera da descrição dos fatos, enquanto a discricionariedade diria respeito aos efeitos

legais elencados pela norma (ABREU, 2005). Verifica-se que, por outro caminho, esta teoria converge com aquela que nega a existência de discricionariedade nos *conceitos jurídicos indeterminados*.

A segunda corrente, aparentemente majoritária, é a que defende que os *conceitos jurídicos indeterminados* podem, ou não, conduzir à discricionariedade (PARAHYBA, 2010). Neste sentido, entende-se que a indeterminação desses conceitos será reduzida pelo contexto em que se insere e diante do caso concreto poderá haver discricionariedade, o que não necessariamente ocorrerá.

Inicialmente, lembramos a lição de Hans Kelsen (1998, *apud* ROZAS, 2006), para quem não é possível isolar a atividade interpretativa da discricionariedade, no sentido de faculdade de eleição dentre as diversas possibilidades. Em suas palavras:

[O] resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções. (ROZAS, 2006)

Seguindo esta linha, Mello (1993, *apud* ROZAS, 2006), sustenta que o tema dos *conceitos fluidos* é indissociável do tema da discricionariedade. Desta forma, sustenta ser impossível crer que todas as situações, ao serem confrontadas com a norma, conduzirão a um único resultado. Nas palavras de Mello, os *conceitos fluidos* não “ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre aplicação ou não do conceito por elas recoberto.” (ROZAS, 2006).

Reconhecendo esta relação com a discricionariedade, Sundfeld (2012) reconhece uma atividade criativa na aplicação das leis. Assim, afirma:

A Administração Pública de cada País, suas estruturas, suas competências, seus modelos de ação, foram construídos ao longo do tempo. Nisso, as leis tiveram – e tem – o seu papel, claro. Mas as soluções legais foram e são heterogêneas, com modelos e densidades muito variáveis. Grande parte destas leis não contém a antecipação em abstrato de todos e cada um dos atos da Administração, embora elas sejam responsáveis pela instituição das organizações estatais e pela autorização e delineamento de sua ação futura. As atividades administrativas escoradas nessas bases não podem ser definidas como mera execução de leis; há nelas, claro, implementação do que as leis preveem, mas a função criadora da Administração nesses casos não pode ser minimizada: essas atividades são muito mais que execução. Administrar também é criar, a partir das leis. (SUNDFELD, 2012, p. 137)

Di Pietro (2007a) busca separar os dois conceitos, no sentido de reconhecer na interpretação a determinação do sentido da norma, extraída do próprio ordenamento

jurídico, conduzindo a apenas uma solução correta. Diversamente, na discricionariedade, há a possibilidade de eleger entre várias opções que decorrem da norma. Aduz, ainda, que a discricionariedade encontra fundamento no ordenamento jurídico positivo, de forma que decorre do princípio da legalidade.

A autora elenca algumas hipóteses, não exaustivas, que podem conduzir à discricionariedade, dentre elas, a adoção de *conceitos jurídicos indeterminados*, socorrendo-se do termo “fórmulas elásticas”. Segundo a autora, que se apoia nas lições de Mello, poderá haver discricionariedade na *hipótese* da norma, no *mandamento*, ou na *finalidade*, sendo que os *conceitos fluidos* podem ser utilizados na *hipótese* e na *finalidade* (DI PIETRO, 2007a).

Ao analisar o limite de atuação do intérprete diante dos *conceitos jurídicos indeterminados*, Abreu (2005) reconhece, ainda, a existência de uma “certa margem de criatividade jurídica”, desde que vinculada ao sistema jurídico, que contém “conceitos permeáveis”. E continua:

O método subsuntivo clássico, portanto, cede a vez ao que chamo de “integração subsuntiva”, pois quando existe indeterminabilidade semântica do conceito, necessário se faz certo juízo valorativo do intérprete, desde que este juízo valorativo esteja respaldado pelo sistema jurídico onde o intérprete esteja integrado – razoabilidade, sociabilidade, operacionalidade etc. (ABREU, 2005)

Semelhante é a conclusão de Rozas (2006), no sentido de que a existência de discricionariedade não é irrestrita, mas estará vinculada ao halo conceitual do termo. Em outras palavras, não haverá discricionariedade se, diante do caso concreto, o jurista estiver perante a zona de certeza do conceito jurídico indeterminado, seja a zona de certeza positiva, seja a zona de certeza negativa.

Muitos autores brasileiros citam a doutrina de Karl Engisch, que divide os *conceitos jurídicos indeterminados* em: (i) conceitos de experiência, e (ii) conceitos normativos. O jurista subdivide, ainda, estes últimos em conceitos normativos em sentido estrito e em conceito normativo de valor. (MORAES, 1999)

Os conceitos empíricos, ou de experiência, seriam aqueles que se referem a fatos, situações ou estados da natureza ou da realidade, desta forma, determináveis por via interpretativa (PARAHYBA, 2010). Para Moraes (1999), eles se referem a “dados da experiência sensitiva”.

Já os conceitos normativos são aqueles que carregam certa carga de valor. Os normativos em sentido estrito só ganham sentido quando confrontados com as normas

jurídicas, ou seja, deles isoladamente não se extrai um significado. (PARAHYBA, 2010). A definição do seu conteúdo e alcance é feita por meio de referência à normas jurídicas, éticas ou sociais³⁷ (MORAES, 1999).

Os conceitos normativos de valor relacionam-se a questões não empíricas e que dependem de um juízo de valor, uma apreciação subjetiva para que lhes seja emprestado significado. (PARAHYBA, 2010)

Costa (1988, *apud* ROZAS, 2006), também defende a divisão dos *conceitos jurídicos indeterminados* em conceitos de experiência e conceitos de valor. Sustenta que no caso dos conceitos de experiência, a interpretação da norma tornará o conceito preciso, não havendo margem para a ação volitiva. Já quando a norma contiver conceitos de valor, finda a atividade interpretativa, haverá discricionariedade, margem de escolha ao administrador (ROZAS, 2006 e DI PIETRO, 2007a).

Desta forma, Costa adota a mesma linha de Ernest Forsthoff, reconhecendo que nos conceitos puramente empíricos não há que se cogitar de discricionariedade, entretanto, quando se tratar de conceitos de valor, deve-se reconhecer que a discricionariedade será inerente (ROZAS, 2006). Portanto, para a autora, os conceitos de experiência são sujeitos ao controle judicial amplo, e no caso dos conceitos de valor, o controle judicial será apenas de contornos, de limites (DI PIETRO, 2007a).

A doutrina majoritária, todavia, não reconhece grande valia nesta classificação. Germana de Moraes defende que embora os conceitos de experiência sejam na maioria das vezes determinados, e os conceitos de valor frequentemente indeterminados, também é possível reconhecer indeterminação nos conceitos de experiência, bem como conceitos de valor, diante do caso concreto. Desta forma, esta divisão torna-se despicienda. (MORAES, 1999).

No mesmo sentido, analisando não só a opinião desta autora, Pereira (2007) também conclui que essa classificação é inútil, já que não apresenta caracteres próprios suficientes o bastante para justificar o tratamento diferenciado. Baseia a sua conclusão no fato de que ambos os casos conduzirão ao mesmo resultado, já que o autor nega a existência de discricionariedade nos *conceitos jurídicos indeterminados*, a medida que reconhece apenas uma solução possível diante do caso concreto.

Na opinião de Di Pietro (2007a), tanto na discricionariedade como na interpretação há um trabalho intelectual prévio à aplicação da lei ao caso concreto.

³⁷ Germana de Moraes traz exemplo dessas normas, normas jurídicas: “funcionário público”, “roubo”; normas sociais: “bons costumes” e normas éticas: “dignidade”.

Todavia, os poderes, a liberdade do juiz e da Administração de decidir discricionariamente não se confundem.

Moraes (1999) e Figueiredo (1986), *apud* Di Pietro (2007a), concluem que a existência de discricionariedade vai depender da aplicação do conceito não unívoco ao caso concreto. Somente perante os fatos será possível determinar se há apenas uma solução possível, ou se há várias soluções juridicamente válidas, que permitem o exercício de discricionariedade da Administração Pública. Para Moraes:

O reconhecimento da inclusão de certa categoria de conceitos indeterminada na atividade não vinculada da Administração Pública é, sob o ponto de vista científico, a atitude correta. Cientificamente correta, porque não se pode negar que, em certos casos, a subsunção de conceitos indeterminados abstratamente previsto na norma, a determinada realidade, suscita dúvidas e controvérsias de difícil deslinde. Ou seja, a realidade apresenta vários exemplos nos quais é razoável sustentar tanto que o fato pode subsumir-se à norma que contém conceitos jurídicos indeterminados, quanto que o fato não se enquadra naquele modelo normativo, isto é, quando é possível sustentar pelo menos duas valorações razoáveis no processo de preenchimento dos conceitos indeterminados. (MORAES, 1999, p. 65)

Por sua vez, Figueiredo fundamenta a sua tese da mesma forma que Mello, para quem apenas quando a situação estiver dentro do halo conceitual se pode cogitar de discricionariedade (PEREIRA, 2007 e DI PIETRO 2007a).

Vale dizer que a concepção que cada autor tem da discricionariedade administrativa irá também influir na sua conclusão quanto a existência de discricionariedade nos *conceitos jurídicos indeterminados*. Alguns autores limitam a discricionariedade à existência de um juízo de conveniência e oportunidade, enquanto outros expandem o conceito para outras atividades com cunho volitivo. Engisch (1964) destacou que o conceito de discricionariedade é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.

Lucian (2004) afirma que a finalidade pode ser inserida na norma por meio de *conceitos jurídicos indeterminados* de carga valorativa. Em relação a estes, entende a existência de discricionariedade, já que exige, por parte da Administração, um juízo valorativo. Nega, todavia, a existência de discricionariedade no motivo do ato.

A autora nega, ainda a existência de discricionariedade em razão de uma deficiência legislativa suprível por meio da interpretação. Assim, só haverá juízo subjetivo pelo administrador nos casos em que não for possível objetivamente estabelecer a melhor solução para atender à finalidade da norma. E complementa, no

campo dos *conceitos legais abertos*, nas chamadas zonas de incerteza, ou “zonas cinzentas” (LUCIAN, 2004).

4.4 A atuação dos Tribunais em relação à aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados

Historicamente se constata uma constante ampliação do judicial relativo aos atos administrativos discricionários pelos tribunais brasileiros. Sob o ponto de vista judicial, a aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* permite ao juiz determinar em cada caso o perímetro e o contorno da norma, dentro do sistema jurídico positivo e codificado (ABREU, 2005).

Pereira (2007) ressalta a importância da motivação dos atos, em especial aqueles que envolvem a aplicação dos *conceitos fluidos*, para permitir ao Judiciário a verificação dos fundamentos de fato e de direito, inclusive à luz do princípio da adequabilidade.

Parahyba (2010) destaca, com fundamento nas lições de Di Pietro, que a motivação permite identificar a existência e a veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos legalmente. Tratando especificamente dos *conceitos jurídicos indeterminados*, defende que:

“Quando provocado para apreciar um ato administrativo dotado de mérito, o órgão jurisdicional revisará o juízo de juridicidade empregado pelo administrador, somente apreciando o seu juízo de oportunidade quando imprescindível para a verificação de sua compatibilidade para com a ordem jurídica. Se o conceito jurídico baseado em termos fluidos é subordinado ao juízo de juridicidade do administrador, e esse, necessariamente, submete-se à revisão judicial quando há indício de atentado à ordem jurídica, não pode o Poder Judiciário deixar de invalidar a discricionariedade se isso for constatado.

(...) No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, há a plenitude do controle jurisdicional, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a apreciação foi correta ou equivocada.” (PARAHYBA, 2010, p. 2018)

No mesmo sentido, Rozas (2006) entende que quando os conceitos jurídicos gerarem discricionariedade e, desta forma, integrarem o mérito do ato administrativo, as alternativas válidas não poderão ser revistas pela Judiciário. Destaca, todavia, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm se posicionado no sentido de admitir o controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos que envolvam a aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Abreu (2005) também reconhece a sindicabilidade do ato pelo Poder Judiciário.

Comungamos da opinião de Rozas no sentido de que o Poder Judiciário será sempre a instância mais apta a aferir a conformidade do ato administrativo com o Direito. Aduz a autora: “Somente por meio do controle judicial, ainda que seja um controle de contornos, é possível submeter a Administração Pública ao princípio da legalidade e aos princípios do Estado Democrático de Direito” (ROZAS, 2006).

Vale ressaltar que a mera possibilidade de revisão do ato administrativo pelo judiciário já tem o condão de modificar a atuação do administrador público. Isto porque, servirá de incentivo para a observância dos preceitos legais a fim de evitar sua anulação pelo poder competente.

Todavia, doutrinariamente, tal entendimento não é pacífico. Moraes (1999) reconhece que haveria uma classe de *conceitos jurídicos fluidos* que estariam fora do crivo do Poder Judiciário. Assim, ensina:

Não há como negar a existência de uma categoria de conceitos jurídicos indeterminados, cuja valoração administrativa é insuscetível de controle jurisdicional pleno. A melhor base teórica para a identificação desses conceitos insindicáveis judicialmente é aquela proposta por Walter Schmidt e aprimorada por Sérvulo Correia: as decisões que envolvem densificação dos conceitos de prognose, ou seja, aqueles cujo preenchimento demanda uma avaliação de pessoas coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão, são impassíveis, à semelhança da atividade discricionária, de controle jurisdicional pleno. (MORAES, 1999, p. 70)

Seguindo a doutrina espanhola, Pereira (2007, p. 31) pontua: “o legislador, ao valer-se de *conceitos jurídicos indeterminados*, pode ter várias intenções, menos a de atribuir *ipso facto* um monopólio de interpretação e aplicação à Administração.” Por outro lado, a existência de conceito jurídico vago na norma não é obstáculo ao reconhecimento judicial de um direito subjetivo público, não havendo que se falar em discricionariedade judicial (ABREU, 2005).

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve oportunidade de se manifestar quanto à sindicabilidade dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Passamos a transcrever algumas ementas:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. **Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e**

deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido. (STF, RMS 24699 / DF - DISTRITO FEDERAL, DJ 01-07-2005 PP-00056, grifo nosso)

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT) - REFORMA AGRÁRIA - NECESSIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO - INVASÃO DE IMÓVEIS RURAIS PRIVADOS E DE PRÉDIOS PÚBLICOS - INADMISSIBILIDADE - ILICITUDE DO ESBULHO POSSESSÓRIO - LEGITIMIDADE DA REAÇÃO ESTATAL AOS ATOS DE VIOLAÇÃO POSSESSÓRIA - RECONHECIMENTO, EM JUÍZO DE DELIBERAÇÃO, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA MP Nº 2.027-38/2000, REEDITADA, PELA ÚLTIMA VEZ, COMO MP Nº 2.183-56/2001 - INOCORRÊNCIA DE NOVA HIPÓTESE DE INEXPROPRIABILIDADE DE IMÓVEIS RURAIS - MEDIDA PROVISÓRIA QUE SE DESTINA, TÃO-SOMENTE, A INIBIR PRÁTICAS DE TRANSGRESSÃO À AUTORIDADE DAS LEIS E À INTEGRIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INSUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA QUANTO A UMA DAS NORMAS EM EXAME - INVIABILIDADE DA IMPUGNAÇÃO GENÉRICA - CONSEQÜENTE INCOGNOSCIBILIDADE PARCIAL DA AÇÃO DIRETA - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. - A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das

funções estatais. [...] (STF, ADI 2213 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, DJ 23-04-2004 PP-00007) (grifo nosso)

Quanto ao mérito, os limites de atuação do magistrado será delimitado, todavia, pelos conceitos prevalecentes na sociedade e, por que não, na própria inteligência e no rumo do sistema legal, cuja aferição será com o tempo refletido na jurisprudência (ANDRADE, 2013).

Destacamos, neste sentido, a seguinte fundamentação do Supremo Tribunal Federal, proferida em processo de Reclamação em extradição. Acolhendo a opinião pacífica da doutrina quanto à necessidade de análise minuciosa das circunstâncias fáticas do caso concreto quando presentes *conceitos jurídicos indeterminados*, o STF consignou:

Parece evidente que a verificação da existência de razões *ponderáveis*, ainda que sugira uma margem de apreciação política por parte do intérprete, deve necessariamente ser interpretada de acordo com o contexto no qual a situação encontra-se inserida. Como toda interpretação que se faz em torno dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, essa expressão deve ser objeto de uma hermenêutica que leve em conta todas as circunstâncias fáticas e jurídicas da situação.

Não se trata, assim, de uma simples avaliação subjetiva, que possa ser feita sem critérios. Além das próprias limitações formalmente acordadas pelas partes e expressamente dispostas no Tratado, bem como do ordenamento jurídico interno – inclusive sua interpretação fixada pela Corte Suprema –, o agente público, ao apreciar a existência ou não dessas *razões ponderáveis*, em determinada hipótese, também está diretamente vinculado à *realidade fática* [...] que esta corresponde.

Com isso, a avaliação sobre existência ou não de *razões ponderáveis* ter, no contexto da realidade internacional contemporânea, estreita ligação com o Estado Democrático de Direito e com a garantia de que direitos fundamentais do extraditando serão preservados pelo país requerente, a partir de elementos concretamente aferíveis. Caso contrário, haveria *razões ponderáveis* que o pedido de extradição fosse recusado. (Rcl 11243 / REPÚBLICA ITALIANA, DJe-191 DIVULG 04-10-2011 PUBLIC 05-10-2011) (grifo nosso)

Após reconhecer a existência de um ordenamento setorial, como ocorre a indústria do petróleo e do gás natural, caracterizado por normas dotadas de *standards* e valores sociais, portanto, de *conceitos jurídicos abertos*, Aragão (2002) afirma que a independência dos órgãos setoriais não se sobrepõe ao princípio da inafastabilidade de jurisdição. Por outro lado, adota um posicionamento bastante semelhante àquele adotado pelos tribunais norte-americanos em relação às suas agências:

Todavia, em razão da ampla discricionariedade conferida pela lei e ao caráter técnico-especializado do seu exercício, prevalece, na dúvida, a decisão do órgão ou entidade reguladora, até porque, pela natureza da matéria, ela acabaria deixando de ser decidida pela agência, para, na prática, passar a ser decidida pelo perito técnico do Judiciário.

O Poder Judiciário acaba, portanto, em razão de uma salutar autolimitação, tendo pouca ingerência material nas decisões das agências, limitando-se, na maioria das vezes, como imposição do Estado de Direito, aos aspectos

procedimentais assecuratórios do devido processo legal e da participação dos direta ou indiretamente interessados no objeto da regulação. (ARAGÃO, 2002, p. 30)

Em obra mais recente, o autor se manifestou especificamente quanto à densificação destas normas abertas na indústria do petróleo e do gás natural, pontuando, com a devida precisão, que:

Com efeito, a integração/complementação e a interpretação da Lei do Petróleo devem, com base nos seus princípios, ser feitas primordialmente pela ANP, assegurado o controle pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas apenas nas hipóteses em que a decisão tomada for, fora de qualquer dúvida hermenêutica, irrazoável, ou seja, quando se encontrar em uma zona de certeza negativa (não meramente nebulosa, em que duas ou mais interpretações poderiam ser igualmente consideradas razoáveis) de cumprimento da Lei. (ARAGÃO, 2006, p. 5)

5. OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL

Após a exposição dos aspectos gerais da indústria do petróleo e do gás natural, bem como da apresentação do instituto dos *conceitos jurídicos indeterminados* nos capítulos precedentes, o presente capítulo traz uma análise comparativa da aplicação desses *conceitos abertos* na indústria do petróleo.

O tema é, assim, tratado sob duas primas: o da indústria do petróleo e gás natural nacional e norte-americana.

5.1 Os conceitos jurídicos indeterminados da indústria do petróleo no Brasil

A presença dos *conceitos jurídicos indeterminados* na indústria do petróleo e gás natural no Brasil abrange não só algumas cláusulas do contrato de concessão, como o próprio arcabouço legal. Logo no artigo primeiro da Lei nº 9.478/99 é possível encontrar expressões como: interesse nacional, bases econômicas, competitividade e livre concorrência.

Apesar disso, a aplicação desses *conceitos abertos* na indústria do petróleo e gás natural no Brasil foi objeto de poucos estudos, de forma que a literatura sobre a matéria é escassa. A pesquisa do tema, então, deve socorrer-se dos entendimentos exarados nos Pareceres do órgão jurídico-consultivo da ANP, ou das decisões da própria agência, e de estudos no âmbito do Direito Administrativo de formal geral. Tal fato não reduz a importância do tema, todavia.

Uma rápida leitura da Lei do Petróleo já demonstra que o legislador ordinário optou por editar um ato normativo aberto, com predominância de princípios e finalidades sociais, uma espécie de norma que Aragão (2002) convencionou chamar de lei-quadro. Isto porque, é uma norma que não oferece um tratamento completo, mas, ao revés, fixa parâmetros e objetivos. Nas palavras do autor:

A lei, portanto, sem dar início de per se a uma normatização mais completa, e, muito menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente.

Estas leis integram a categoria das leis-quadro (*lois-cadre*) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.

As leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, competição no mercado,

preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.). (ARAGÃO, 2002, p. 43)

As leis de baixa densidade normativa são próprias das matérias de alta complexidade técnicas e de setores cuja evolução tecnológica é rápida. Assim, o “objetivo dessas leis é introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento de uma regra precisa” (ARAGÃO, 2006, p. 4). Neste ponto, vale lembrar as lições de Rosado:

Segundo os autores canadenses, muito do que define o Direito do Petróleo como uma categoria jurídica especial origina-se das dificuldades únicas de aplicar-se o Direito Contratual e o Direito de Propriedade tradicionais a tal substância migratória, localizada nas profundezas da terra; da dificuldade de detectar, com certeza, o que exige as operações técnicas complexas para sua produção, processamento e transporte.” (RIBEIRO, 2014, p. 119)

Tal espécie normativa, também se coaduna com a natureza das agências reguladoras, na medida em que confere maior discricionariedade à atuação do aplicador do Direito. Cumpre lembrar que, além de seu papel como executora das normas, as agências reguladoras “exercem uma parcela de função normativa implícita na sua função de órgãos reguladores” (DI PIETRO, 2007b, p.13)

Menezello (2002), lembra que o direito tem a natureza transformadora do meio social, e desta forma, pode ser um grande instrumento para uma política de desenvolvimento nacional.

Repetidas vezes insistimos que o direito regulatório e as agências devem sempre buscar alcançar a justiça. [...] Se assim não fosse, não haveria sentido para a formulação da arquitetura de todas essas mudanças, especialmente com a introdução desses novos entes no cenário nacional. Há, pois, que se realizar, nesses novos tempos, movimentos de reinterpretção dos paradigmas tradicionais, a fim de que a contemporaneidade se faça presente. (MENEZELLO, 2002, p.162)

Para propiciar esta fluidez a que se refere Aragão e exercer a transformação a que se refere Menezello, dentre as técnicas legislativas disponíveis, o legislador socorre-se dos *conceitos jurídicos indeterminados*, renunciando explicitamente à elaboração de normas detalhadas (ARAGÃO, 2006). Como visto, os *conceitos abertos* podem conferir uma desejada fluidez e mutabilidade ao sistema (DI PIETRO, 2007a e ARAGÃO, 2006).

Apesar desta vagueza, ao analisar especificamente o arcabouço regulatório da indústria do petróleo e do gás natural, Mendes enuncia: “As normas existentes na legislação de regência de petróleo e gás são eficazes para evitar eventos graves e, ao mesmo tempo, para permitir o desenvolvimento econômico e social do país” (MENDES, 2011, p.17).

Além dos objetivos e princípios da indústria do petróleo e do gás natural elencados na Lei nº 9.478/99, foi adotado, neste mesmo diploma legal, o conceito de *melhores práticas da indústria internacional do petróleo*. Neste campo, não há como tratar dos *conceitos jurídicos indeterminados* sem abordar o conceito de *melhores práticas da indústria*, que tanto norteiam agentes regulados e reguladores.

Segundo Mendes (2011), o princípio das melhores técnicas foi internalizado no ordenamento nacional por meio do Decreto nº. 5.472/50, que conferiu força normativa à Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes. Para o autor, tal norma, aplicável à indústria de petróleo e gás natural, tem o status de hierarquia especial supralegal, embora infraconstitucional.

Mendes (2011) ensina que no contexto ambiental o Conselho Europeu adotou o princípio das “melhores técnicas disponíveis”, que foi explicitado na Diretiva 96/61/CE. Analisando a evolução deste conceito na Comunidade Europeia, o autor aponta que este evoluiu de melhores técnicas “desde que não causem altos custos”, até a concepção de melhores técnicas “em condições economicamente viáveis”.

Para Mendes (2011) a adoção do princípio das *melhores práticas da indústria* representa a inserção no ordenamento nacional do conceito das *best available techniques*. Seguindo esta linha, o autor sustenta que a finalidade do princípio é a proteção ambiental. Assim, para o autor, tal princípio não deve ser interpretado no sentido da “melhor exploração e a máxima produção ao menor custo” (MENDES, 2011, p. 25).

Mendes (2011) chega a concluir que uma interpretação neste sentido é um equívoco jurídico que “causa, no plano dos fatos, uma conduta *contra legem*” (MENDES, 2011, p. 25). Todavia, mais à frente, o autor reconhece a possibilidade de aplicação de penalidade com base neste conceito, ainda que não haja infração ambiental.

A posição inicial do autor, no sentido de que o princípio visa tutelar exclusivamente o meio ambiente, não se coaduna com as diretrizes da Lei do Petróleo, que determina:

Art. 44. O contrato estabelecerá que o concessionário estará obrigado a:

[...]

VI - Adotar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes, inclusive quanto às técnicas apropriadas de recuperação, objetivando a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas.

Neste sentido, Zamith e Santos (2007) entendem que as *melhores práticas* visam também garantir a conservação dos recursos, englobando questões geológicas e de engenharia de reservatórios, de forma a aumentar o fator de recuperação do reservatório.

Além de ter sido positivado no ordenamento jurídico nacional, ele foi transplantado para os Contratos de Concessão assinados pela ANP, passando a observância às *melhores práticas* a ser também uma obrigação contratual.

O conceito foi definido em iguais termos para os contratos da Décima Segunda Rodada de Licitação, cláusula 1.3.28, e para o Contrato da Primeira Licitação do Pré-Sal, na cláusula 1.3.30, nos seguintes termos:

Melhores Práticas da Indústria do Petróleo: práticas e procedimentos geralmente empregados na Indústria de Petróleo em todo o mundo, por Operadores prudentes e diligentes, sob condições e circunstâncias semelhantes àquelas experimentadas relativamente a aspecto ou aspectos relevantes das Operações, visando principalmente à garantia de: (a) aplicação das melhores técnicas e procedimentos mundialmente vigentes nas atividades de Exploração e Produção; (b) conservação de recursos petrolíferos e gasíferos, o que implica a utilização de métodos e processos adequados à maximização da recuperação de hidrocarbonetos de forma técnica, econômica e ambientalmente sustentável, com o correspondente controle do declínio de reservas, e à minimização das perdas na superfície; (c) segurança operacional, o que impõe o emprego de métodos e processos que assegurem a segurança das Operações, contribuindo para a prevenção de incidentes; (d) preservação do meio ambiente e respeito às populações, o que determina a adoção de tecnologias e procedimentos associados à prevenção e à mitigação de danos ambientais, bem como ao controle e ao monitoramento ambiental das Operações de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural. (ANP, 2013h e 2013i)

A inserção do conceito também no âmbito contratual demonstra a preocupação do regulador com o conceito e a sua importância na regulação do mercado.

Alguns autores, todavia, sustentam que a atuação dos particulares em um mercado regulado já demonstre a aceitação implícita das normas que o regem (TIBÚRCIO, 2011), o que tornaria a cláusula contratual despicienda. Contudo, para aqueles que advogam o poder normativo limitado dos órgãos reguladores, a inserção de elementos normativos no próprio contrato afasta qualquer alegação no que tange à legalidade e à constitucionalidade da definição.

Isto porque, não há, diante da Lei do Petróleo e do Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 3.273 (STF, 2007)³⁸, possibilidade de impugnar o poder da ANP para licitar e contratar no âmbito da exploração e produção de hidrocarbonetos. Por outro lado, é princípio da teoria geral dos contratos que o contrato “faz lei entre as partes”.

³⁸ <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3273%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3273%2EACMS%2E%29&base=buseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c6x3ocz>>

Considerando que no caso das Rodadas de Licitação de Blocos promovidas pela ANP há a realização da Audiência Pública antes da publicação do Edital definitivo, ou seja, há um processo de participação popular, trazemos a lição de Binenbomj (2008). Para o autor, a legitimação da atuação do Poder Executivo pode decorrer de um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão. Nestes casos, reconhece o autor, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo.

Deve-se, ainda, ressaltar que a possibilidade de aplicação da penalidade de rescisão contratual não tem fundamento na Lei de Penalidades, Lei nº 9.847/99, mas somente no próprio contrato. Sendo assim, a inclusão da observância das *melhores práticas* nos contratos é de suma relevância, na medida em que ganha maior efetividade e coercibilidade.

Por fim, cabe dizer que os Contratos para exploração e produção de hidrocarbonetos no âmbito da ANP, seguindo uma tendência mundial, possuem cláusula de arbitragem internacional. Nesse contexto, a violação das *melhores práticas* deixa de ser apenas uma infração administrativa, e passa a caracterizar também uma infração contratual, podendo, em princípio, ser submetida à arbitragem.

Aragão (2006) analisou a fundo a expressão “boas práticas da indústria”, adotada pela Lei do Petróleo no artigo 44, inciso VI, que deu origem à expressão sucessivamente adotada nos Contratos de Concessão no Brasil, as *melhores práticas da indústria do petróleo*.

Sustenta o autor que, embora a definição se refira a práticas internacionais, não quer dizer que as mesmas práticas sejam adotadas uniformemente em todos os países. Desta forma, entende ser mais eficaz que tais práticas sejam buscadas em países de formação geológica e características econômicas semelhantes (ARAGÃO, 2006).

De fato, a norma não fez referência expressa a esta condição. Poder-se-ia dizer que nem deveria. Dada a imprevisibilidade do mundo dos fatos já tão ressaltada, não há na lei ou no contrato limitação geográfica ou geológica para aplicação da norma. Ademais, considerando a complexidade da indústria, bem como o diferente nível de desenvolvimento da indústria em diversos países, não parece aconselhável tal restrição.

Cumprir perquirir, todavia, a quem incumbe a palavra final na definição do conceito de *melhores práticas* diante do caso concreto. Chamada a se manifestar, em parecer proferido em 2011, a Procuradoria Geral Federal junto à ANP (PRG) deixou claro que a competência para determinar a observância, ou não, às *melhores práticas* da

indústria é da Agência Reguladora. Desta forma, embora o entendimento da Operadora deva ser sopesado e considerado na decisão, não é determinante. A posição do Procurador é bastante incisiva:

A ANP não só pode como deve eleger em um dado caso concreto qual é a solução técnica que realizará o mandamento legal de que os Concessionários deverão se utilizar das melhores práticas da indústria do petróleo, evidentemente que em respeito aos princípios reitores da Administração Pública. (grifo do autor) (AGU, 2011)

No mesmo sentido parece ser o entendimento de Aragão, quando pontua que o uso de expressões como a de boas práticas da indústria do petróleo “confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador.” (ARAGÃO, 2002, p. 43).

Tibúrcio (2011) vai além, ao especificar que a delimitação dos *conceitos jurídicos indeterminados* caberá ao órgão de cúpula da agência, isto é, à Diretoria Colegiada. Ressalta o autor, todavia, que nem todas as decisões envolvendo *conceitos jurídicos indeterminados* deverão ser tomadas pelo órgão colegiado, mas que a este caberá a última palavra sobre o tema:

Os questionamentos de interpretação devem ser solucionados pelo órgão colegiado da Agência, a fim de que aperfeiçoe, se for o caso, o normativo imperfeito – por violação ao dever de clareza das normas jurídicas - ou mesmo realize uma interpretação autêntica da norma plurívoca, editando uma súmula normativa sobre o assunto. A discricionariedade técnica, por meio da qual são concretizados os standards das leis delegantes, deve se manifestar em claras escolhas regulatórias, razão pela qual as dúvidas de interpretação devem ser resolvidas pelo órgão titular da competência normativa. (TIBÚRCIO, 2011)

Soares (2008, *apud* TIBÚRCIO, 2011), também sustenta que a interpretação por parte dos órgãos reguladores de sua própria norma constitui interpretação autêntica. Desta forma, não haveria fundamento para que essa interpretação fosse delegada a outro órgão, uma vez que o intérprete “atua verdadeiramente como um intermediário na relação estabelecida entre o autor de uma obra e a comunidade humana” (TIBÚRCIO, 2011).

Ressalta Soares (2008, *apud* TIBÚRCIO, 2011), todavia, que o fato de a interpretação emanar do órgão prolator da norma não o exime de fundamentar a sua decisão, inclusive com argumentos de ordem técnica.

Também reforçando o papel da ANP na definição das *melhores práticas*, o Parecer nº 137/2013/PF-ANP/PGF/AGU afirma que a predominância do entendimento da ANP “é corolário indissociável da condição de Agência reguladora, responsável, em

última análise, pela consecução das atividades pertinentes à Indústria do Petróleo brasileira” (AGU, 2013a).

Quanto à importância do conceito e da adoção de *conceitos jurídicos indeterminados* na indústria do petróleo e do gás natural, o Professor Aragão 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 este objetivo constitui uma técnica legislativa amplamente adotada em áreas bem diversas, como a dos produtos industriais, das tecnologias da informação, meio ambiente, economia, etc." (ARAGÃO, 2006, p. 11 e 12)

A Procuradoria Geral Federal junto à ANP também já reconheceu esta mutabilidade do modelo legal de petróleo e gás natural, ao tratar das *melhores práticas* e afirmar: “Tal conceito, além de uma forte carga técnica, possui um elemento dinâmico (varia no tempo à medida que o conhecimento e a tecnologia avançam) e, em certa medida discricionário” (AGU, 2013b).

A consultoria jurídica esclareceu, ainda, o alcance do conceito ao afirmar que a ANP somente poderá estabelecer medidas fundadas nas *melhores práticas* quando se coadunarem com as políticas estabelecidas para o setor, e uma vez o fazendo validamente, terão força coercitiva (AGU, 2011):

A ANP, no exercício de sua função de polícia administrativa (ou poder de polícia), possui a missão institucional de limitar os interesses dos agentes econômicos da indústria do petróleo, dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos, como meio de se atingir os objetivos da Política Energética Nacional, elencados no art. 1º da Lei do Petróleo.

Ainda quanto aos limites de atuação do órgão regulador na definição de *conceitos jurídicos indeterminados*, merece destaque o entendimento proferido no Parecer n.º 629 /2013/PF-ANP/PGF/AGU (AGU, 2013c):

Quanto ao argumento da [concessionária] de que devem ser aproveitados os investimentos e respeitadas as boas práticas da indústria do petróleo, este argumento não pode servir para avaliar o descumprimento das normas que regem o contrato de concessão. No caso concreto e no presente momento, não é adequado evocar estes princípios para autorizar uma suspensão do contrato de concessão. [...] Além disso, como regra geral, não é admissível que se pleiteie extensões contratuais com base no conceito de *melhores práticas da indústria do petróleo* ou de algum de seus corolários. Isso porque, o que a legislação petrolífera exige é que as operações, tal qual previstas contratualmente, inclusive no que respeita a prazos, sejam conduzidas conforme as *melhores práticas da indústria do petróleo*. Utilizar tal conceito para alterar termos contratuais (em especial prazos), é subverter as condições pactuadas, que, repise-se, exigem que o concessionário atue em

consonância com as boas práticas da indústria, inclusive no que se refere ao escorreito cumprimento das condições contratuais. (grifos do autor)

Vale mencionar que o Parecer n.º 629 /2013/PF-ANP/PGF/AGU (AGU, 2013c) cotejou o solução oferecida pela aplicação direta do conceitos de melhores práticas da indústria do petróleo e gás natural – que certamente encontra amparo em alguns princípios constitucionais – e a possibilidade desta aplicação afastar uma norma contratual, no caso, o prazo de duração de cada fase do contrato, ou seja, um termo contratual pré-fixado.

Em sentido contrário, destacamos a opinião de Binembomj (2008), que sustenta que diante da Constitucionalização do Direito Administrativo³⁹ é possível que a Administração Pública decida contrariamente ao texto da lei, mas em conformidade com a Constituição Federal. Neste sentido, o autor sustenta:

Assim, o agir administrativo pode encontrar esboço e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal. Com efeito, em campos normativos não sujeitos à reserva de lei, a Administração poderá atuar autonomamente, sem prévia autorização legislativa. De outra parte, há inúmeras situações em que os princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação do enriquecimento sem causa operarão, mediante juízos de ponderação proporcional, no sentido da relativização do princípio da legalidade, validando atos originariamente ilegais ou pelo menos os seus efeitos pretéritos. (BINENBOMJ, 2008, p. 25)

O autor esclarece, ainda, algumas hipóteses em que entende que haveria juridicidade, isto é, conformidade com o direito, ainda que em desacordo com o texto legal. E aduz:

Há, ainda, um conjunto de situações de juridicidade *contra legem*. Situações que tais podem decorrer, por exemplo, de condutas administrativas diante de uma lei inconstitucional (o repúdio à lei inconstitucional pela Administração). Outros casos envolvem a *validação* de efeitos concretos de atos administrativos ilegais que, por efeito de ponderações entre o princípio da legalidade e outros princípios constitucionais (como os princípios da proteção da confiança legítima, da moralidade e da eficiência), merecem ser *convalidados* ou *invalidados* com efeitos meramente prospectivos (*ex nunc*). Tais soluções – alternativas à invalidação com efeitos retroativos (*ex tunc*) – se justificam como aquelas que, nas circunstâncias em que aplicáveis, representam o cumprimento *otimizado* do sistema de princípios da Constituição. (BINENBOMJ, 2008, p. 39)

³⁹ Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade. (BINENBOMJ, 2008, p. 14).

Em que pese a maestria com que o Professor Binenbomj desenvolve a sua tese, e o peso de seus argumentos, a sua efetividade para os atos administrativos encontra alguns obstáculos. O primeiro deles se refere à competência para o reconhecimento de ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma. Esta análise é competência da Procuradoria Federal e sem a sua manifestação neste sentido, o servidor não pode atuar.

Uma vez reconhecida a inconstitucionalidade de uma norma pelo órgão jurídico consultivo, poderá o servidor amparar seus atos neste parecer, mas sem manifestação prévia, não é dado ao servidor reconhecer a ilegalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma casuisticamente.

Por outro lado, o desenvolvimento da doutrina da Constitucionalização do Direito Administrativo não foi seguida por uma reforma da Administração Pública que concedesse segurança e autonomia aos servidores públicos para implementá-las. Por outro lado, o Poder Judiciário, antes de realizar qualquer análise de ponderação de interesses, irá analisar a legalidade do ato.

O que se pretende demonstrar é a insegurança, o desamparo jurídico, para a atuação do servidor segundo esta teoria, afinal, o princípio da legalidade continua expresso no artigo 37 da Constituição e ainda vem sendo interpretado muito restritivamente. Considerando os ônus e responsabilidades impostas, não deve o servidor se afastar muito da concepção tradicional da legalidade, em especial quando não há, no caso concreto, margem para a interpretação ou mesmo para a discricionariedade, como no caso de termos contratuais.

Merece menção o fato de que o conceito de *melhores práticas* já vir sendo recorrentemente invocado pelos concessionários e servir de fundamento para diversos requerimentos e decisões no âmbito administrativo, sendo “prática oriunda de outros países reputada como positiva e afinada com os objetivos da Política Energética Nacional.” (AGU, 2011)

Neste sentido, os concessionários se socorrem do conceitos de *melhores práticas* em diversos pedidos visando (i) revisão das decisões sobre o Plano de Desenvolvimento do campo (PD) a fim de subsidiar o desenvolvimento do campo na forma proposta⁴⁰;

⁴⁰ A título de exemplo, o tema foi tratado no Parecer nº 74/PF-ANP/PGF/AGU.

(ii) obter a prorrogação da fase de exploração⁴¹, ou ainda; (iii) a interrupção da produção de um campo⁴².

Ribeiro (2003, *apud* ARAGÃO, 2006), ressalta que adoção de tal conceito não é exclusivo do Brasil, tampouco dos contratos entre as empresas de petróleo e os governos soberanos, o que demonstra a sua larga utilização pela indústria. Apesar disso, Aragão ressalta que os modelos adotados internacionalmente, como o da AIPN, *Association of International Petroleum Negotiators*, embora possam servir de inspiração, têm apenas a função de subsidiar a atuação da ANP. (ARAGÃO, 2006).

Tema palpitante no que tange aos *conceitos jurídicos indeterminados*, mas ao qual a doutrina de forma geral pouco tratou, se refere à sua aplicação aos processos sancionadores.

Ao lado da função normativa, a atividade fiscalizatória é de grande relevo no papel das agências⁴³. O poder de polícia pode ser definido como atividade administrativa “que consubstancia [...] verdadeira prerrogativa conferida aos agentes da Administração, consistente no poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade.” (CARVALHO FILHO, 2005).

Vale recordar que as penalidades a serem impostas pela ANP encontram-se na alcunhada Lei de Penalidades, Lei nº 9.847/99, que prevê a aplicação de pena de multa – cujos preceitos secundários variam de R\$ 5.000,00 a R\$ 2.000.000,00 – e a suspensão temporária do funcionamento da instalação, que podem ser aplicadas cumulativamente. Ademais, como dito, o contrato firmado com a ANP prevê outras penalidades, como a própria rescisão contratual.

Em razão das suas atribuições, a Procuradoria Geral Federal junto à ANP (PRG) já teve oportunidade de analisar o tema, quando entendeu ser possível que o órgão regulador aplique penalidades com fundamento nas *melhores práticas* da indústria. Ficou consignado na Nota 262/2011/PRG:

Pretender [...] que cada medida determinada pela ANP com supedâneo nas melhores práticas da indústria do petróleo esteja prévia e especificamente positivada para que seja dotada de coercitividade, geraria a absurda situação de a Administração Pública depender da boa-vontade de todos os administrados para que as determinações fossem seguidas, já que, se descumpridas, não haveria qualquer sanção. Tal situação, a nosso ver, é

⁴¹ Parecer n.º652/2013/PF-ANP/PGF/AGU; Parecer n.º604/2013/PF-ANP/PGF/AGU e Parecer n.º642/2013/PF-ANP/PGF/AGU.

⁴² Parecer n.º: 126/PF-ANP/PGF/AGU.

⁴³ A Lei nº. 9.478/97, em seu artigo 8º, determina que: A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis [...].”

inimaginável e levaria aos totais descrédito e ineficácia das ordens de polícia emitidas por esta Agência com base nas citadas melhores práticas. (grifo nosso) (AGU, 2011)

E o referido parecer foi além, ao reconhecer que o recurso ao conceito jurídico indeterminado consubstanciado nas *melhores práticas* da indústria por parte do legislador é imprescindível ao bom exercício do mister legalmente atribuído ao órgão.

Com relação especificamente às melhores práticas da indústria do petróleo, não foi outra a intenção do legislador senão dotar a ANP de ferramental normativo que permitisse à Agência acompanhar, de modo célere, a forte dinâmica encontrada na indústria do petróleo e escolher, dentre várias possíveis, de modo discricionário (razoável e motivado, portanto) as soluções que melhor atendessem ao interesse público. Na simples, porém paradigmática definição do Prof. José Cretella Júnior CRETELLA JÚNIOR, José, in “Do Poder de Polícia”, Ed. Forense, 1ª Edição, p. 20., “*Poder de Polícia é a faculdade discricionária da Administração de, dentro da lei, limitar a liberdade individual em prol do interesse coletivo.*” (grifo do autor) (AGU, 2011)

Cumprido destacar que nas hipóteses analisadas, a inobservância das *melhores práticas* não constitui hipótese de agravamento da pena, mas constitui elemento normativo do tipo, isto é, compõe o núcleo essencial do qual depende a caracterização da infração administrativa.

Ao reconhecer que com fundamento no princípio das *melhores práticas*, a ANP pode exigir “que os agentes econômicos sempre utilizem a melhor tecnologia e os melhores procedimentos, ainda que inexista regra positiva expressa”, Mendes (2011) também afirma que o princípio autoriza a aplicação de penalidade, ou a imposição de medida cautelar, citando o exemplo da interdição das plataformas P-25, P-27 e P-33.

Ainda que não se referindo especificamente à indústria de petróleo e gás, Pereira (2007) ressalta que:

a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração Pública, **especialmente em processos administrativo sancionadores**, não compromete um amplo controle jurisdicional, uma vez que se trata de interpretação e aplicação da norma – juízo de legalidade e não de mera aplicação pautada em juízo de conveniência e oportunidade. (PEREIRA 2007, p.36)

Desta forma, ainda que sem expor os fundamentos de sua afirmativa, admite a aplicação dos *conceitos abertos* na esfera sancionatória.

Cumprido lembrar que, na opinião de Marques Neto (2009), não há inconstitucionalidade no poder quase judicial das agências, mas haveria inconstitucionalidade em afastar o controle judicial desta atividade.

Em que pese a constatação feita pela PRG (AGU, 2011) no sentido do conceito de *melhores práticas* da indústria ser utilizado em vários países e quanto a sua adequação aos supedâneos legais, a sua utilização no Brasil ainda é tímida.

Embora constantemente invocada na fundamentação de pedidos, defesas e mesmo decisões na esfera administrativa, são raros os casos em que as *melhores práticas* são o fundamento central da questão administrativa. Todavia, há uma tendência de crescimento no número de decisões administrativas e pareceres que se amparam nas *melhores práticas* da indústria.

No âmbito judicial, como afirmado no capítulo anterior, há poucos julgados dos Tribunais Superiores tratando da aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* na esfera administrativa. No que tange especificamente ao conceito de *melhores práticas da indústria do petróleo*, não se identificou nenhum caso relevante na esfera judicial.

Tampouco há uma nítida posição dos tribunais quanto à revisão dos atos das agências reguladoras de forma ampla, como há nos EUA, onde as cortes darão deferências às decisões das agências, presentes alguns requisitos. Na doutrina nacional, ainda que não tratando especificamente do tema mas se referindo outras formas de indeterminação normativa, no caso os princípios, encontramos a posição de Sundfeld (2012), que poderia subsidiar uma posição semelhante no Brasil:

Como não há fundamento algum para a presunção de que é o Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios, sua intervenção em cada caso depende de *elementos especiais de ordem institucional* que a justifiquem, e eles tem de ser identificados na decisão (*ônus da competência*).

Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a regra geral que vai se aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos (*ônus do regulador*). (SUNDFELD, 2012, p. 61)

Ora, no caso das agências, esses dois *ônus* ficam, desde logo, afastados. Isto por que a competência das agências já é pré-determinada pela matéria, o que geraria uma presunção a favor delas. Quanto ao segundo tópico, a legalidade do ato do administrador está diretamente ligada ao cumprimento do denominado *ônus do regulador*, seja no momento da edição do ato normativo, seja quando da decisão do caso concreto.

Provavelmente, considerando a dissidência doutrinária sobre o tema, até que se forme uma jurisprudência consolidada pela manifestação dos Tribunais Superiores, haverá decisões antagônicas.

A primeira questão a ser enfrentada pelos tribunais pode dizer respeito à natureza do ato. Há autores que distinguem a discricionariedade administrativa, ou discricionariedade propriamente dita, da discricionariedade técnica, em que a solução do caso concreto depende de questões técnicas e que comportaria apenas uma solução possível.

Considerando o até então exposto sobre as *melhores práticas*, deduz-se que não há uma interpretação unívoca para essa classificação. Tanto é cabível sustentar que diante do quadro fático uma solução única emergirá como a melhor prática da indústria, como, por outro lado, pode-se dizer que diversos meios e procedimentos igualmente podem consistir na aplicação das *melhores práticas*, o que, inevitavelmente atrairia um poder discricionário ao julgamento.

Essa primeira questão somente toma relevância para aqueles que, como Di Pietro, sustentam que não há discricionariedade – isto é, faculdade de decidir entre mais de uma alternativa válida de acordo com o ordenamento jurídico – na discricionariedade técnica. Nas palavras da autora:

Desse modo, com relação aos atos administrativos, o tema não envolve maior dificuldade: se o conceito indeterminado contido na lei puder tornar-se determinado pela manifestação de órgão técnico, com base em conhecimentos científicos, não se pode falar em discricionariedade propriamente dita, sendo dado ao Poder Judiciário rever a decisão da Administração Pública. Conceitos como perigo público iminente, valor histórico de um bem, incapacidade para o trabalho, são conceitos técnicos que, sem dúvida, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário. (DI PIETRO, 2007b, p.15)

Outros autores, como Souto e Tibúrcio, embora também se utilizem da classificação de discricionariedade técnica, sustentam que mesmo diante desta, a escolha da agência reguladora estará inserida dentro do mérito administrativo, devendo o Poder Judiciário analisar o caso sob o crivo da razoabilidade, sem se imiscuir no mérito propriamente dito (Tibúrcio, 2011). Sustenta Souto:

“Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o “juízo do tolerável”, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta). O juiz não pode dirimir dúvidas sobre as quais a ciência ou a técnica ainda não firmaram uma verdade universal (salvo se a técnica não foi bem utilizada – por insuficiência, erro de fato, incongruência). Deve, no entanto, analisar se há transparência e coerência lógica na motivação científica, técnica ou de experiência. O controle das questões complexas deve ir até onde sejam possíveis os aspectos objetiváveis; no mais, deve se aceitar o juízo do razoável.” (SOUTO, 2005, *apud* TIBÚRCIO, 2011)

Verifica-se, portanto, que há um grande caminho para que o Judiciário brasileiro percorra até que se possa identificar uma tendência ou mesmo pacificar o tema. Provavelmente a evolução do conceito em sede administrativa também contribuirá para a formação do entendimento jurisprudencial.

5.2 Os conceitos jurídicos indeterminados no direito do petróleo norte-americano

Os contratos privados de petróleo e gás natural nos Estados Unidos, *leases*, normalmente são silentes sobre vários aspectos, contendo apenas poucas obrigações bem definidas (COLOSKY, 1993). Essa característica se dá pelas circunstâncias da celebração do contrato, um momento em as informações capazes de subsidiar as formas e o tempo dos investimento são desconhecidas. Assim, surge um campo fértil para a aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados*:

Where a performing party can abuse its discretion in a relational contract, protection is often secured through contractual agreements that provide some inducement for the operating party to properly exercise its discretion. Commonly referred to as “open terms,” these protective devices usually take one of two forms and may be used separately or jointly (CONINE, 2001, p.29)

No Direito norte americano, Willians e Meyers (2012) afirmam que a aplicação de *implied covenants* ganhou notoriedade em 1905 com a memorável decisão proferida em *Brewster v. Lanyon Zinc. Co.*, pelo juiz e futuro Ministro da Suprema Corte, Van Devanter. Em tal decisão ficou assentado o fundamento dos acordos implícitos, e foi estabelecido um padrão de atuação, o *reasonable and prudent standard*.

O renomado estudioso dos contratos de petróleo, Kuntz (1991), *apud* COLOSKY (1993), entende que as obrigações implícitas são:

a convenient means of describing what the courts consider to be customary and fair in a relation where one of two parties undertakes to explore, develop, and operate oil and gas bearing land of the other party for the mutual advantage of both parties. By enforcing the ‘covenants’ the courts are holding the parties to customary and reasonable incidents of their relation which are necessary to achieve the general objective contemplated by the parties. (COLOSKY, 1993, §15.02)

A perenidade dos *leases* utilizadas na indústria de petróleo e gás, segundo Conine (2001), pode ser atribuída ao critério do operador prudente e razoável, construído pelos tribunais para analisar a atuação do operador perante o contrato. Aduz o autor, que é sob esse prisma que diversas lides são resolvidas entre as partes do contrato.

De uma maneira geral, as soluções judiciais vêm sendo satisfatórias, de forma a não estimular as partes a elaborar um novo modelo de contrato, com o intuito de afastar os efeitos da aplicação do *reasonable and prudent operator standard*. Trata-se de uma variante da aplicação do princípio da equidade, *fairness standard* (CONINE, 2001). Para Colosky (1993), esse padrão consegue ao mesmo tempo criar flexibilidade e estabilidade ao contrato.

Apesar de apresentar inúmeros desdobramentos, Lowe *et al.* (2008) sustentam que todas as obrigações implícitas podem ser inseridas em um único grande grupo: *the implied covenant to operate diligently and properly*. Sustentam que a categoria engloba desde o dever de proteger contra a migração dos hidrocarbonetos para as terras vizinhas, como se verá adiante, até a obrigação de exercer a unitização de boa-fé, ou ainda, impõe limitações ao uso da superfície⁴⁴.

Segundo Willians e Meyers (2012), a já citada decisão proferida em *Brewster v. Lanyon Zinc. Co.* é o precedente mais citado nas decisões em matéria de petróleo e gás natural, sendo atualmente aplicável na grande maioria dos tribunais americanos. O caso versa sobre a obrigação de perfurar novos poços, ausente determinação expressa no contrato. Transcrevemos trechos da decisão:

Whatever implied in a contract is as effectual as what is expressed. [...] There could not well have been an express stipulation as to the number of wells to be drilled, as to when, other than the first, should be drilled, or as to the rate at which the production therefrom should proceed, because there matter would depend in large measure upon future conditions, which could not be anticipated with certainty [...]. The subject was, therefore rationally left to the implication, necessarily arising in the absence of express stipulation that the further prosecution of the work should be along such lines as would be reasonably calculated to effectuate the controlling intention of the parties as manifested in the lease, which was to make the extraction of oil and gas from the premises of mutual advantages and profit. (WILLIANS & MEYERS, 2012) (grifo nosso)

O desenvolvimento de um campo de petróleo, que inclui a perfuração de novos poços, é um campo fértil para a aplicação de *conceitos jurídicos indeterminados*. Sendo assim, verifica-se que o parâmetro de *reasonable and prudent operator* é largamente utilizado pelos tribunais. No mesmo sentido, Hall:

The reasonable prudent operator standard has evolved into the standard by which all actions taken by the lessee in the production and operation of the wells on the leasehold are judged.” To whom does this refer? The reasonable and prudent operator is a “hypothetical oil operator who does what he ought

⁴⁴ No direito norte-americano, o detentor dos direitos minerais tem também o direito de usar a terra, a superfície, na proporção necessária ao desenvolvimento das atividades de exploração e produção.

to do not what he ought not to do with respect to operations on the leasehold.” While such a standard lacks precision, case law defines the reasonable and prudent operator through the imposition of several duties. With respect to the covenant to prevent drainage, the reasonably prudent operator in Texas will perform duties such as “(1) drilling replacement wells, (2) re-working existing wells, (3) drilling additional wells, (4) seeking field-wide regulatory action, (5) seeking Rule 37 exceptions from the Railroad Commission, (6) seeking voluntary unitization, and (7) seeking other available administrative relief.” (HALL, 2006, p. 179) (grifo nosso) (notas de rodapé omitidas)

A passagem acima ilustra uma gama de situações em que o critério do *operador prudente e razoável* é aplicado. Vale dizer que a lista é meramente ilustrativa, não tratando de forma exaustiva as hipóteses em que o critério poderá ser utilizado.

No que tange à fixação do conceito, deve-se ter em mente que o padrão de um operador prudente e razoável não se equipara à atuação do homem médio, mas de um homem de negócio, com conhecimento no ramo:

This standard of performance is higher than that imposed on an ordinary individual. The prudent operator standard requires that the lessee utilize the special knowledge and skills expected in the industry. Moreover, the standard ignores the circumstances and difficulties that are unique to the lessee and demands that the performance be evaluated in the context of the oil and gas lease in issue. It is irrelevant that the lessee is in financial trouble and cannot afford to drill additional wells or that the lessee has more attractive investment opportunities in its portfolio of leases.³⁹ If a reasonably prudent operator would have performed differently, the lessee has breached its obligations to the lessor. (CONINE, 2001, p. 33) (grifo nosso)

Todavia, o Professor Walker, (1933, *apud* COLOSKY, 1993), sustenta que não haverá responsabilidade por um mero erro de julgamento, devendo ficar constatada a ocorrência de negligência por parte do operador. Desta forma, será necessário comprovar a falta do devido cuidado perante o caso concreto.

Para Willians e Meyers (2012), a aplicação do conceito aberto do operador prudente e razoável deve-se à própria natureza da atividade de exploração e produção de petróleo e gás natural, que envolve riscos e incertezas. Em suas palavras:

In most instances, lessor and lessee cannot state specifically how future operations on the land are to be conducted. Too many unknown factors will affect the lessee's conduct: geology, reservoir mechanics, conservation regulations, economic conditions—all these and others will bear on the lessee's operations. Neither party wants to bind himself to express, specific contract terms at a time when the relevant facts are unknown. In contrast to other fields of business, the oil industry's basic procurement contract—the oil and gas lease—is not designed to stabilize expectations in every detail, as, for example, the life insurance contract attempts to do. The parties to an oil and gas lease leave open a number of important matters, because both are better served if events, rather than dim foresight, shape future conduct. (WILLIANS & MEYERS, 2012) (grifo nosso)

Os mesmos autores entendem que a relação entre as partes, dada a ausência de obrigações previamente delimitadas face às incertezas da atividade, deve ser norteadas pelo princípio da cooperação. Mais uma vez, não há uma norma prescritiva definindo o desfecho, mas um princípio, cuja aplicação no caso concreto terá como última instância o Judiciário. Nesse contexto, sustentam que não haverá conflito entre a equidade e os termos do contrato, já que este não possui obrigações prescritivas.

In such a case, reliance on cooperation to achieve the fundamental objectives of the agreement is more than justified; it is unavoidable. And because this is the situation of the parties to an oil and gas lease, the implication of promises therein does not require a court to choose between conflicting goals—the goal of stability in the written word and the goal of achieving equity even at the expense of the writing. Since the conduct of operations has not been prescribed by a writing, stability depends upon judicial application of the principle of cooperation—not only in stereotyped litigation governed by *stare decisis* but in novel disputes as well. (WILLIAMS & MEYERS, 2012)

Hall (2006) também ressalta que, nos contratos para exploração e produção de petróleo e gás natural, o critério do operador prudente e razoável poderá ainda ser utilizado na defesa dos direitos não só do contratante, mas também do contratado, aquele que detém os direitos de exploração, sendo um ponto de equilíbrio entre as partes.

No mesmo sentido, Conine (2001) afirma que tal critério vem estimulando o operador a atender as expectativas do concedente, ao mesmo passo que protege o operador de demandas desproporcionais por parte do deste.

A aplicação do conceito de *reasonable and prudent operator*, todavia, não é isento de críticas. “Given the flexible nature of the prudent operator standard, it is not surprising that courts have implied a distinct obligation requiring due diligence and reasonable care in leasehold operations.” (COLOSKY, 1993, §15.03).

Hall (2006) explica a análise da decisão de perfurar um poço sob o prisma do critério do operador prudente e razoável. De um lado, o operador deverá proteger o proprietário quanto à perda do óleo pela exploração em propriedades vizinhas, *drainage*. Por outro, deverá, agindo como um operador prudente e razoável, decidir quanto a economicidade da perfuração de um poço. Sendo assim, deverá sopesar os riscos envolvidos na operação e o retorno esperado, comparando, ainda, com a taxa de retorno de outros investimentos. E aduz:

In *Speculation, Prudent Operation, and the Economics of Oil and Gas Law*, the author, discussing the expectation of profit, said, the determination of whether there is a reasonable expectation of deriving a profit from investing

in a proposed operation is based on the usual formulation employed in investment theory. If revenues resulting from the operation are reasonably expected to exceed costs and provide an acceptable return or profit, there is reason to expect that the prudent operator would elect to conduct the operations unless another factor dictates otherwise. [...]

There are a variety of factors which could affect the profitability of a proposed operation.

What constitutes a reasonable profit naturally turns on what is a reasonable return on the investment in a new well. Williams and Meyers posit that “[t]he return should exceed what the money could earn in high grade bonds or other secure investments.” While “[a]llmost every well involves some degree of risk; . . . the return must be high enough to justify this risk.” Although the loss of minerals deprives both the lessor and lessee of benefit, sometimes “the reserves at stake may be too small to justify the investment required to drill the well.” Thus, the evaluation of a reasonable return rests largely upon the measure of the level of risk. Determination of the level of risk requires inquiry into whether other reasonable and prudent operators would or have found a similar level of risk acceptable. (HALL, 2006, p. 179) (grifo nosso) (notas de rodapé omitidas)

Merece destaque os fatores a serem ponderados citados por Hall (2006), com fundamento em *Brewster v. Lanyon Zinc Co.*: (i) quantidade de óleo possível de ser produzida, considerando os resultados dos esforços exploratórios e a produção prévia; (ii) o mercado local, a demanda e os meios de escoamento da produção até os consumidores; (iii) a extensão e os resultados da produção nas áreas adjacentes, se houver; (iv) as características do reservatório, como a possibilidade de produção de grande área do reservatório por um único poço; (v) os costumes do setor. O autor ressalta, ainda, que o rol não é taxativo.

Para determinar a violação desta obrigação, em *Slaaten v. Amerada Hess Corp.*⁴⁵, o tribunal de North Dakota também estabeleceu algumas circunstâncias que deveriam ser consideradas na análise do padrão do operador prudente e razoável, elencando, além daquelas citadas em *Brewster*: (i) os custos de perfuração e operação; (ii) custos de transporte e estocagem; (iii) o preço dominante; (iv) a propensão de outro operador em executar a operação, (v) a postura do atual operador em relação ao desenvolvimento do campo; (vi) o tempo decorrido desde a última perfuração (LOWE *et. al.*, 2008).

Lowe *et al.* (2008) entendem que a averiguação da violação do dever de desenvolver o campo de petróleo pode ser resumida em dois elementos: (i) prova de que a continuidade no desenvolvimento do campo seria provavelmente lucrativa; e (ii) prova de que o operador agiu de forma imprudente ao deixar de desenvolver o campo.

⁴⁵ *Slaaten v. Amerada Hess Corp.*, 459 N.W.2d 765 (1990).

Embora um de forma mais concisa, e outro de forma mais extensa, os dois entendimentos acima esposados demonstram a impossibilidade de antever taxativamente a forma de cumprimento de uma obrigação, no caso, de desenvolvimento do campo. Socorrem-se as partes, então, dessa obrigação de baixa densidade normativa – desenvolver o campo – que deverá, como os demais *conceitos jurídicos indeterminados*, ser preenchida diante do caso concreto, analisando-se as circunstâncias específicas envolvidas.

O tema ressurge nas lições de Anderson e outros (ANDERSON, *et al.*, 2004), já no contexto da manutenção da vigência do contrato. Nos contratos de petróleo e gás nos EUA, a vigência do contrato está condicionada à existência de produção *in paying quantities*. Para a determinação do cumprimento desta obrigação, alguns estados, como o Kansas, adotam critérios objetivos, ao passo que outros, socorrem-se do conceito de *reasonable and prudent operator*.

Seguindo esta última linha, transcrevemos trecho de *Henry v. Clay*, no qual o Tribunal de Oklahoma afastou o critério de “lucratividade marginal”⁴⁶ adotado em *Garcia v. King* e entendeu por aplicar o critério subjetivo (ANDERSON, *et al.*, 2004):

We further held that the standard by which the judgment and good faith of the lessee is measured is whether the lease is producing, or by the exercise of reasonable skill and diligence could be made to produce, sufficient oil and gas to justify a reasonable and prudent operator in continuing the operation thereof. (ANDERSON, *et al.*, 2004) (grifo nosso)

Vê-se, portanto, o privilégio conferido à aplicação de um conceito jurídico indeterminado, em detrimento de um critério fixo e objetivo. Anderson (*at. al.*, 2004) também entende ser esta a melhor solução. Afirma que no caso de campos marginais deve-se considerar, sob as circunstâncias relevantes do caso, se um operador prudente e razoável continuaria – não com o caráter especulativo, mas com a finalidade de auferir lucro – a produzir o poço na maneira em que vem sendo operado.

Em supracitado caso *Henry v. Clay* se tratava de um campo marginal, para qual a aferição desta condição é mais complexa. Para melhor contextualizar, vale dizer que nos EUA, pelo menos três quartos dos poços produzem até 10 barris/dia, contudo, estes campos representam cerca de 15% da produção nacional daquele país (ANDERSON, *at. al.*, 2004).

Quando se trata de unitização forçada, *forced pooling*⁴⁷ ou *compulsory unitization*, que deve ser requerida e aprovada pelas agências reguladoras estaduais,

⁴⁶ “If a well pays a profit, even small, over operating expenses, it produces in paying quantities, though it may never repay its costs, and the enterprise as a whole may prove unprofitable.”

caberá às agências analisar o caso concreto para decidir pela unitização, ou não⁴⁸. Nesse contexto, as agências também poderão se socorrer de *conceitos jurídicos abertos*.

A Suprema Corte do Kansas já decidiu que a *State Corporation Commission of Kansas* deve aplicar o conceito do operador prudente e razoável às unitizações feitas perante a agência a fim de garantir os direitos correlatos. Além disso, este Tribunal decidiu que o órgão regulador tem competência não só para instituir a unitização, mas também para emendá-la ou rescindí-la.

Já Zamith e Santos (2007) fazem referência às *melhores práticas* como parâmetro para o estabelecimento de localização e espaçamento mínimo entre poços pela *Railroad Commission*, órgão regulador da exploração de petróleo e gás natural no Texas.

No que tange ao relacionamento do operador com as agências reguladoras, Colosky (1993) entende que também se aplica o conceito de operador prudente e razoável. Desta forma, para cumprir com este padrão de atuação, o operador deverá obter as autorizações necessárias ao exercício da atividade e buscar as medidas protetoras dos interesses de ambas as partes. Por fim, o operador não poderá faltar com a verdade. Entretanto, para o autor, não há obrigação de recorrer das decisões desfavoráveis.

Outro campo de aplicação do conceito de *reasonable and prudent operator* é no denominado *Joint Operating Agreement* ou *JOA*. Os JOAs são instrumentos básicos utilizados na indústria do petróleo para concretizar a “união de recursos, a partilha de despesas e a minimização dos riscos em um empreendimento” (RIBEIRO, 2014, pg. 255).

Vale dizer que o JOA é um dos instrumentos que podem ser utilizados para regular as obrigações entre as partes na unitização voluntária. Neste caso, eventuais divergências entre as partes não serão decididas pela agência reguladora, mas pelo Poder Judiciário (KING, 2013).

Nesse tipo de contrato, é determinado um operador para conduzir as atividades de exploração e produção. Em regra, o operador não será responsável pelas perdas ocorridas em razão da operação normal da atividade, concorrendo os consorciados em perdas e ganhos (SMITH *et al.*, 2010). Todavia, nas hipóteses em que o operador não

⁴⁷ “Compulsory unitization statutes rest on the premise of public interest in oil and gas conservation and prevention of waste. Generally, unitization statutes require the interests seeking unitization to provide for allocation of production, cost and for the protection of correlatives rights.” (FOSTER, 194, p. 194).

⁴⁸ Nem todos os Estados americanos têm legislação que regule o *forced pooling*.

tenha agido de forma diligente e razoável – isto é, não alcançar o padrão de *reasonable and prudent operator* – poderá ser responsabilizado. (KUNTZ, 2012).

Todavia, a matéria não está livre de divergência. O Professor Conine (2001) dedicou um artigo inteiro à questão da aplicação do *prudent operator standard* ao *Joint Operating Agreement*. A responsabilidade do operador é, de fato, tema bastante controvertido, já que em geral esses contratos contém cláusula que eximem o operador das perdas incorridas, com exceção daquelas decorrentes de culpa grave (*gross negligence*) ou dolo (*wilful misconduct*) (RIBEIRO, 2014).

Assim, para Conine (2001), um *JOA* deve ser interpretado de acordo com as normas tradicionais de interpretação dos contratos, e não como um *relational contract*, tal qual os contratos de petróleo e gás natural.

Outra grande diferença apontada pelo autor diz respeito ao tipo de interesse das partes em cada um dos contratos, enquanto no *lease*, o arrendatário tem um interesse livre de custo, apenas usufruindo royalties, no caso do *JOA* todas as partes incorrem em custos (CONINE, 2001).

Cumpra mencionar que no caso dos *leases*, tanto contratante quanto contratado têm interesse na produção dos hidrocarbonetos. Contudo, em muitos casos, haverá divergências quanto ao tempo e ao método de produção, já que o concessionário desejará sempre o maior e mais rápido retorno do contrato, na forma de *royalties* (COLOSKY, 1993).

Assim, Conine (2001) sustenta que, diversamente dos *leases*, os *JOAs* são contratos complexos e amplamente discutidos entre as partes, cuja alocação de riscos é questão essencial do acordo. Desta forma, a aplicação de um critério geral contraria a vontade das partes. Aduz ainda, que neste tipo de contrato, é necessário perquirir onde há omissão, e onde as partes deliberadamente se omitiram.

O jurista reconhece ainda que os quatro precedentes judiciais sobre a questão igualam o padrão de *reasonable and prudent operator* ao *in a good and workmanlike*. Inicialmente, ressalta que dois deles devem ser desconsiderados, vez que tratam de unitizações compulsórias. Critica a solução dada aos dois outros, afirmando que deixam de perquirir a verdadeira intenção das partes antes de adotar uma solução padrão para o caso (CONINE, 2001).

Por fim, ressalta que, de fato, no que tange ao grau de diligência a ser adotado, os dois padrões se equiparam: o operador deve agir como uma pessoa razoável que atua na indústria agiria nas mesmas circunstâncias. Contudo, ambos não impõem as mesmas

obrigações para o contrato, não sendo possível dizer que o mesmo grau de diligência faria surgir as mesmas obrigações implícitas.

Posteriormente, em *Shell Rocky Mountain Prod., LLC v. Ultra Resources, Inc.*, o Tribunal foi chamado a decidir sobre uma questão envolvendo a cláusula de exclusão da responsabilidade em um *Joint Operating Agreement*. A Corte então analisou a lição do Professor Conine, que foi trazida pelas duas partes, em defesa de posições opostas.

Nesse caso, o contrato de cooperação firmado entre as partes, previa que o operador deveria agir *in a good and workmanlike*, mas seria responsabilizado apenas quando caracterizada *gross negligence* e *wilful misconduct*.

Desta forma, a corte reconheceu que, segundo as lições do Professor Conine, a responsabilidade ficaria limitada a *gross negligence* e *wilful misconduct*. Para ele, portanto, ao substituir o padrão do operador prudente e razoável por uma atuação *in a good and workmanlike*, as partes estariam deliberadamente afastando o critério do operador prudente e razoável.

A corte conclui, contudo, que as cláusulas de alocação de risco só se aplicam às obrigações expressas do contrato, e não aos deveres implícitos, sem decidir a questão. Asseverou, ainda, que o cumprimento do próprio contrato no que tange às obrigações administrativas entre as partes, como a prestação de contas que estavam em análise, não estaria sujeita à cláusula de excludente da responsabilidade, afeta apenas às atividades operacionais.

O modelo de *JOA* da *AIPN, Association of International Petroleum Negotiators*, impõe o seguinte padrão de comportamento ao operador: “in a diligent, safe and efficient manner in accordance with good and prudent industry practices and field conservation principles as are generally followed by the international petroleum industry under similar circumstances.” (SMITH *et al.*, 2010, p. 544).

Apesar de também definir de forma aberta esse padrão de atuação, os modelos de contrato da *AIPN*, por serem objeto de direito privado, e, portanto, regido pela vontade das partes, fornecem também opções de cláusulas que limitam a responsabilidade dos operadores (SMITH *et al.*, 2010).

Smith *et al.* (2010) pontuaram que, no caso dos *JOAs*, a *AIPN* estava revendo o modelo de contrato para, dentre outras coisas, definir o que seria o padrão de atuação prudente e razoável a ser aplicado aos não operadores. Contudo, os autores não forneceram maiores detalhes.

Colosky (1993) sustenta que é no campo das normas de conservação dos hidrocarbonetos que a continuidade da aplicação do conceito do operador prudente e razoável gera controvérsias. Segundo o autor, o conceito foi desenvolvido de forma a garantir o equilíbrio entre as partes contratuais, tendo os royalties do concessionário como um forte vetor.

Sendo assim, em uma indústria em que a conservação da energia dos reservatórios é vital para a melhor recuperação do campo e, portanto, o melhor retorno do investimento, haveria incompatibilidade entre o rápido retorno do concessionário e as *melhores práticas* da indústria.

Colosky (1993), por fim, conclui que o critério de *reasonable and prudent operator* deve ser aplicado também no âmbito da preservação ambiental. Para chegar a essa conclusão, ressalta as legislações norte-americanas que estabelecem responsabilidade solidária pelos danos ambientais, entre aquele que exerce a atividade e o detentor da terra.

Outro conceito também comum na indústria internacional de petróleo e gás natural, inclusive nos Estados Unidos da América, e como visto amplamente adotado no Brasil, é o de *melhores práticas da indústria*. O Grupo de Resposta Global da Indústria de Produção em Petróleo e Gás – após o acidente de Macondo⁴⁹, ocorrido no Golfo do México e de Montana, ocorrido na Austrália – se reuniu para formular recomendações sobre a melhoria na prevenção de incidentes de poço. Dentre as suas recomendações finais, fez constar a “rigorosa aderência aos padrões e boas práticas.” (OGP, 2013).

5.3 Análise dos conceitos jurídicos indeterminados na indústria do petróleo e do gás natural

Como visto, os *conceitos jurídicos indeterminados* são amplamente utilizados na indústria do petróleo e gás natural no Brasil e nos EUA. Sua adoção extrapola a esfera legal e alcança não só os contratos, como também as normas infra-legais.

⁴⁹ “[O] acidente com a plataforma da British Petroleum - BP no Golfo do México, em abril de 2010 com o derramamento de aproximadamente 4,9 milhões de barris de petróleo espalhando-se por 87 dias e afetando a costa de quatro estados americanos, promoveu uma reavaliação global pela indústria petrolífera, a respeito da segurança das operações e da proteção do meio ambiente, notadamente porque o desgaste da fauna e flora com o derramamento de óleo senão irreversível pode demorar décadas para se recompor.” (Lima, 2013).

Pode-se atribuir este fenômeno às características da indústria do petróleo e do gás natural, que se destaca pela alta especialização técnica e rápido avanço tecnológico. (THOMAS, 2004). Outrossim, a complexidade das relações jurídicas entre as partes – sejam elas de direito privado, como nos EUA, ou entre um país soberano e os operadores, como ocorre no Brasil – acentuam a utilidade do recurso aos *conceitos abertos*.

Com fundamento nas lições de Di Pietro (2007a), os *conceitos jurídicos indeterminados* podem ser definidos como termos que possuem grande margem de indefinição e se caracterizam pela mutabilidade. Assim, só podem ser constatados em determinado tempo e lugar.

Estruturalmente, os *conceitos jurídicos indeterminados* são formados, de um lado, por um núcleo conceitual, isto é, uma zona de certeza positiva ou negativa. De outro lado, tem-se o halo conceitual, uma zona de incerteza ou cinzenta (ENGISCH, 1964).

A doutrina pouco se dedicou a determinar a natureza jurídica dos *conceitos jurídicos indeterminados*. Aqueles que se preocuparam em inseri-los em uma categoria, classificaram-nos como uma cláusula geral. Assim, são fruto de uma técnica legislativa, que se utiliza de termos cujo significado é intencionalmente vago (COSTA, 1998, *apud* ANDRADE, 2013).

Kelsen (1998) também já admitia que a indeterminação de uma norma pode ser intencional por parte do órgão que a estabeleceu, bem como “pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada” (KELSEN, 1998, p. 389).

Neste ponto, e seguindo esta linha, é necessário destacar que os *conceitos fluidos* podem conduzir à ambiguidade, mas nem toda ambiguidade é decorrente da adoção dos *conceitos jurídicos abertos*. Na indústria do petróleo e do gás natural, verifica-se a adoção deliberada de diversos termos capazes de conferir flexibilidade e uma solução satisfatória diante de situações não previstas expressamente pela norma.

Se há uma notória impossibilidade de o legislador prever todas as situações que poderão ocorrer no mundo dos fatos, essa premissa é ainda mais verdadeira quando aplicada à indústria do petróleo e do gás natural. O grau de imprevisibilidade neste setor é elevado devido aos riscos tecnológicos, geológicos, financeiros e geopolíticos (BRET-ROUZAUT; FAVENNEC; SANTOS, 2011).

Nesse contexto, nos Estados Unidos, ganhou destaque a obrigação de atuar como um *reasonable and prudent operator*. A expressão foi cunhada pelos tribunais, passando a ter força de lei, *case law*. Já no Brasil, para contornar essas incertezas, a lei do petróleo adotou a expressão *melhores práticas da indústria do petróleo*, termo também reproduzido nos contratos firmados pela ANP.

A adoção desses dois conceitos foi desenvolvida nos dois primeiros tópicos deste capítulo.

5.3.1 Reasonable and Prudent Operator X Melhores Práticas

Em apertada síntese, o conceito de *reasonable and prudent operator* foi criado para suprir lacunas contratuais, instituindo *implied covenants*. Conine (2001) atribui o sucesso dos modelos contratuais utilizados nos EUA a essas obrigações implícitas.

Naquele país, há incontáveis contratos firmados entre particulares e empresas de petróleo para a exploração e produção de petróleo e gás natural. A adoção de contratos concisos, com poucas cláusulas e com baixo nível de detalhamento (LOWE *et al.*, 2008), redundam na redução dos custos de transação do setor (ZAMITH; SANTOS, 2007).

A grande maioria dos contratos são firmados quando ainda há pouco conhecimento geológico da área, assim, a relevância do custo de transação para o empreendimento se sobrepõe. Ademais, os riscos inerentes e incertezas relacionadas à atividade, somados ao fato de que em um dos polos do contrato figura o proprietário dos direitos minerais – com conhecimento da indústria infinitamente inferior ao do operador – tornam-se impeditivos para, naquele momento, estabelecerem-se obrigações claras e precisas.

Desta forma, as partes, ao invés de tecerem considerações detalhadas quanto às obrigações do operador – algumas que poderão nem vir a existir – deixam a atividade sob a guarda de um conceito jurídico indeterminado, qual seja, o operador prudente e razoável. Lowe *et al.* (2008) reúnem todas as obrigações decorrentes deste conceito em apenas uma categoria: *the implied covenant to operate diligently and properly*.

No Brasil, dentre outros conceitos de baixa densidade normativa contidos na Lei do Petróleo, merece destaque a expressão *melhores práticas da indústria internacional do petróleo*. Este conceito foi também inserido nos Contratos de Concessão e de Partilha da Produção firmados pela ANP.

No direito brasileiro, Aragão (2002) e Mendes (2011) se dedicaram a analisar as *melhores práticas* e destacou a sua importância e utilidade. Esses autores relacionaram as qualidades de flexibilidade e mutabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados às características da indústria do petróleo e do gás natural.

Contudo, Aragão (2002) e Mendes (2011) ao tratarem do conceito de melhores práticas não fazem referência à aplicação destes conceitos à casos concretos decididos pelo órgão regulador. Da mesma forma, não fazem referência ao tratamento dado nos

Estados Unidos ao termo *reasonable and prudent operator*. Além disso, Mendes (2011) entende que o conceito de *melhores práticas* tem inspiração europeia.

Todavia, vislumbramos uma inspiração no Direito norte americano para a adoção do conceito de *melhores práticas* na indústria do petróleo no Brasil. Em primeiro lugar, nesta seara é inegável a influência das empresas norte americanas no mercado mundial, bem como de profissionais, inclusive advogados, formados nos EUA e atuantes em todo o mundo.

Ademais, ao definir as *melhores práticas* em seus contratos, a ANP faz referência a operador *prudente e razoável*. Tal expressão, se não é tradução literal de *reasonable and prudent operator*, certamente é uma tradução livre desse conceito.

Apesar disto, a partir do estudo das duas expressões, vislumbra-se pouca aplicabilidade direta dos julgados e decisões proferidas nos EUA para as relações jurídicas regidas sob as normas brasileiras.

Em primeiro lugar, a discussão sobre a violação do dever de agir como um operador prudente e razoável, na grande maioria dos casos norte americanos, tem por finalidade decidir quanto à extinção do contrato, que não tem termo pré-fixado, o que não tem muita relevância no Brasil.

A duração do contrato no Brasil é definida no instrumento firmado entre as partes. Ademais, há poucas ações do órgão regulador no sentido de obrigar os operadores a devolverem as áreas que não estão sendo exploradas⁵⁰.

Por outro lado, nos Estados Unidos a aplicação do conceito de *reasonable and prudent operator* é recorrentemente aplicado pelos tribunais⁵¹, enquanto no Brasil, os poucos casos encontrados se deram na esfera administrativa, em decisões da agência reguladoras ou pareceres de seu órgão consultivo.

O fator mais relevante parecer ser, contudo, a diferença quanto à natureza das relações jurídicas nos dois países: de direito privado no primeiro, e de direito público no segundo.

Em que pese a importância do ambiente regulatório dos países produtores de petróleo e seus reflexos na atração de investimentos, uma relação entre um governo

⁵⁰ A medida mais contundente no sentido de estimular a devolução de áreas sob concessão é o pagamento pela ocupação e retenção de área, que é previsto em valor mais elevado após a fase de exploração do contrato.

⁵¹ Um caso em que a agência será chamada a se manifestar será na hipótese de *forced pooling*, quando a agência reguladora será o órgão competente para dirimir divergências entre as partes.

soberano e um particular não há de ter o mesmo tratamento que uma relação entre privados⁵².

Desta forma, no âmbito das decisões da agência reguladora, verifica-se que, como órgão da Administração Pública, a ANP deverá em última instância garantir a prevalência do interesse público, o que não se vislumbra nas decisões norte americanas, já que os hidrocarbonetos são propriedade privada. Sendo assim, pouco se pode buscar de inspiração no sistema norte americano.

Ao analisar as decisões administrativas e judiciais a respeito do tema, verifica-se também que o papel desempenhado pelas *melhores práticas da indústria internacional do petróleo* no Brasil não pode ser comparado à relevância do conceito de *reasonable and prudent operator* nos EUA.

Pela análise das decisões judiciais e administrativas estudadas, constatou-se que a utilização do conceito de *melhores práticas* no Brasil ainda é tímida e em raros casos constitui a fundamentação central da decisão administrativa, funcionando mais como um argumento de apoio.

Apesar de administrar três modelos contratuais diversos, a Agência Nacional de Petróleo e Gás Natural, na história da indústria do petróleo mundial, ainda está dando seus primeiros passos, aos seus 15 anos de existência. Até a sua criação, havia apenas exploração direta pela União, por meio de sua empresa estatal, o que representava uma diretriz única na exploração e produção dos hidrocarbonetos.

Já nos Estados Unidos, a primeira exploração comercial ocorreu ainda no século XIX, na Pensilvânia, com a descoberta do Coronel Drake, que em 1859 perfurou um poço que atingiu apenas 21 metros (THOMAS, 2004). Ainda em 1905 foi proferida a decisão em *Brewster v. Lanyon Zinc. Co.*, que cunhou o conceito de *reasonable and prudent operator*.

Sendo assim, mais de um século se passou até que a doutrina e a jurisprudência norte-americanas dessem forma e corpo a este conceito jurídico aberto e pudessem aplicá-lo nas mais diversas searas.

Talvez esta seja a maior contribuição do modelo norte americano aos juristas nacionais: a compreensão de que diante de uma indústria complexa como a de óleo e gás, a tentativa de definir normas estanques e bem delineadas pode ser inútil ou de pouca valia. Desta forma, forçoso reconhecer que a norma irá ganhar corpo e

⁵² Para minimizar essa assimetria, os contratos no setor do petróleo usualmente apresentam cláusulas de arbitragem internacional.

concretude apenas diante do caso concreto. Ademais, à medida que os precedentes forem se formando, o grau de incerteza tenderá a reduzir.

5.4 Proposta de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados no Brasil

O pouco recurso aos *conceitos jurídicos indeterminados* no Brasil não decorre de limitação do instrumento regulatório. Os *conceitos jurídicos indeterminados* que permeiam o arcabouço regulatório da indústria de petróleo e gás natural no Brasil são instrumentos extremamente relevantes que conferem poderes necessários para a Administração Pública desempenhar seu papel institucional.

Inicialmente, deve-se repisar a máxima jurídica segundo a qual não há palavras inúteis na lei. Sendo assim, não se pode negar vigência a um termo inserido pelo legislador no ordenamento de regência do setor. Vale dizer que a Lei do Petróleo menciona as boas práticas em duas passagens, quando se tratou da competência da ANP, e ao elencar as cláusulas obrigatórias do Contrato de Concessão.

Reconhecida a obrigatoriedade e a força normativa das *melhores práticas*, cabe ao regulador dar efetividade a esta terminologia. Essa efetividade pode se manifestar no exercício dos três poderes conferidos às agências, “quase-legislativo”, “quase-executivo” e “quase-judiciário”.

As consequências da adoção dos *conceitos fluidos* nas leis aplicáveis ao setor no poder “quase-legislativo” fogem ao escopo principal deste trabalho, na medida em que se objetivou estudar a aplicação direta desses conceitos aos casos concretos. Há inúmeros trabalhos na literatura nacional buscando explicar e justificar o poder normativo das agências.

Cumpra apenas consignar que a agência pode e deve exercer seu poder normativo no sentido de regular o setor, diminuindo o grau de abstração das normas legais gerais, e dando mais concretude aos *termos abertos* e princípios da legislação. Isto, todavia, não constitui pressuposto para a aplicação direta dos *conceitos fluidos*.

A questão surge, então, quando da aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* no exercício do poder “quase-judiciário”.

Seguindo a tese defendida por Friesrich Müller (1996, *apud* GRAU, 2005) – para quem as normas não estão contidas na lei, mas ao revés, se formam a partir da aplicação do texto da lei à situação fática, em um processo de concretização –

advogamos que os *conceitos jurídicos indeterminados* contidos no texto da lei farão surgir as normas diante do caso concreto.

Para a compreensão do tema, não é necessário perquirir se esse processo de concretização da norma é ato vinculado ou discricionário. Mas faz-se mister responder: os *conceitos jurídicos indeterminados* na indústria do petróleo no Brasil e nos Estados Unidos conduzem à discricionariedade administrativa?

A discricionariedade administrativa deve aqui ser interpretada em seu sentido clássico, como a faculdade criada pela lei de escolher entre mais de uma solução juridicamente válida diante do ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2007a).

Compreendendo os *conceitos fluidos* como uma técnica legislativa, no modelo regulatório adotado nos dois países, é imperioso reconhecer a intenção do legislador em conferir poder de escolha – poder discricionário – ao operador do direito. É sempre aconselhável lembrar que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Neste sentido, Freitas (2013):

Logo, o ato administrativo, com o selo da discricionariedade legítima, será aquele praticado com a justa apreciação de consequências diretas e indiretas (externalidades). Será legítimo se – e somente se - guardar vinculação com as regras legais (atribuidoras da liberdade de escolha, sem exorbitância) e, simultaneamente, com o sistema inteiro (conformador da liberdade como poder atribuído ao agente para promover deliberadamente a universalização da qualidade de vida, em consonância com as prioridades constitucionais). (FREITAS, 2013, p. 417).

Na legislação aplicável à indústria do petróleo e do gás natural nacional, pode-se dizer que não há termo mais amplo que as *melhores práticas*. A sua aplicação depende do que a doutrina convencionou chamar de “densificação”, isto é, um processo de definição do sentido da norma diante do caso concreto.

Por outro lado, não se pode negar que, ao adotar a observância das *melhores práticas* como cláusula obrigatória dos Contratos de Concessão a serem firmados pela ANP e, ao mesmo tempo, conferir poder fiscalizatório de seu cumprimento à agência, o legislador pretendeu dotar o órgão administrativo de discricionariedade.

Assim, ao conferir à ANP atribuição para fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo e do gás natural e incluir a *melhores práticas* como cláusula obrigatória nos contratos de concessão (BRASIL, 1997), o legislador incumbiu também o órgão regulador de definir os parâmetros e os meios para a observância deste objetivo. Afinal, ao atribuir uma competência a um órgão público, deve-se também conceder-lhe poder e ferramental suficientes para fazer cumprir o seu mister.

No mesmo sentido foi o Parecer da Procuradoria Geral Federal da ANP, ao ser instada a se manifestar quanto à aplicação do conceito das *melhores práticas*, reconhecendo a atuação discricionária, e, portanto, razoável e motivada, para estabelecer a solução mais adequada diante do caso concreto (AGU, 2011).

A afirmativa de que a solução dada deve ser razoável e motivada traz intrinsecamente algumas obrigações. A primeira dela é o dever de enfrentar os argumentos trazidos pelos interessados, corolário do dever de motivar. Desta forma, reconhece-se que a decisão do regulador não passará ao largo dos administrados, mas será formada também sob a influência destes.

Embora se referindo aos atos normativos, e não à atuação das agências perante casos concretos, Binenbojm (2006) também reconhece essa necessidade de analisar os argumentos trazidos pelas partes. Assim afirma que o Poder Judiciário deverá averiguar “se a competência regulatória dos agentes foi exercida dentro de seus limites, se houve apreciação de todas as variáveis relevantes ao caso e se a agência orientou-se para a solução mais adequada” (BINENBOJM, 2006).

Neste sentido, as garantias do devido processo legal devem ser observadas, tanto no seu aspecto formal – garantia do contraditório e da ampla defesa – como em seu aspecto material. Desta forma, a mencionada discricionariedade só poderá existir naquela área denominada cinzenta, ou seja, no halo conceitual.

A posição ora defendida segue a mesma linha da doutrina norte americana desenvolvida em *Chevron*, segundo a qual, quando a um órgão é dado administrar os interesses tutelados em uma norma, caberá a este órgão a interpretação desta norma. Interpretação aqui deve ser entendida como definição de sentido, de significado, uma vez que o direito norte americano desconhece a figura do ato discricionário tal qual desenvolvido na doutrina brasileira.

Desta forma, deve-se reconhecer a competência da agência reguladora para interpretar discricionariamente os *conceitos jurídicos indeterminados* na indústria do petróleo e do gás natural. Afinal, não faz sentido criar uma estrutura técnico-especializada, e conferir a um terceiro órgão a definição do direito diante do caso concreto.

Vale repisar que a criação das agências reguladoras visou instituir um modelo regulatório por meio de órgãos altamente especializados e de grande conhecimento técnico, capazes de implementar políticas públicas em um ambiente regulatório saudável e estável.

Ao se defender em sentido oposto, isto é, que os *conceitos jurídicos indeterminados* não são capazes de gerar discricionariedade, estar-se-ia dizendo que, a par deste órgão especializado, caberia ao Poder Judiciário definir – sem qualquer limite – quanto à aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados*.

Na doutrina internacional, encontra-se amparo nas lições de Engisch (1964), para quem a natureza de uma instituição tem o condão de conceder discricionariedade aos órgãos da Administração para decidir guiados pelo seu dever funcional. Ao se reconhecer um poder discricionário nas decisões da ANP, limita-se, por conseguinte, a esfera de revisão pelo Poder Judiciário.

Encontra-se respaldo, ainda, no pensamento de Otto Bachof, para quem apenas alguns *conceitos jurídicos indeterminados* seriam sindicáveis pelo Judiciário. Haveria, assim, uma “margem livre de apreciação” que afastaria a atuação do Judiciário sempre que da lei se depreendesse a intenção do legislador em conferir a tutela daquele interesse à Administração (DI PIETRO, 2007a).

Ainda na Alemanha, país de Bachof, passou-se a reconhecer os *conceitos jurídicos indeterminados* como um instrumento legislativo capaz de conferir discricionariedade à Administração Pública, a par dos mecanismos expressos (DI PIETRO, 2007a).

No Brasil, vige o princípio da inafastabilidade, segundo o qual, não se afastará da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão à direito (BRASIL, 1988). Contudo, seguindo linha ora sustentada, a revisão judicial dos atos administrativos da agência reguladora deve ser feita à luz dos critérios de revisão dos atos discricionários, isto é, limitado à verificação da legalidade e da razoabilidade da decisão. Portanto, não deve o Judiciário se imiscuir no mérito administrativo.

Embora teça severas críticas à livre atuação do Poder Executivo e reforce a necessidade de *accountability*⁵³, Binenbojm (2008) reconhece que as agências reguladoras encontram legitimidade em outros fundamentos, dentre eles a competência técnica de seus órgãos. Ressalva, assim, alguma margem para a atuação das agências reguladoras cuja revisão pelo Poder Judiciário deve ser mais restrita. Em suas palavras:

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da

⁵³ O autor insere no conceito de *accountability*, controle, prestação de contas e responsividade.

espessura do controle. [...]

Em uma palavra: a luta contra as arbitrariedades e imunidades do poder não se pode deixar converter em uma indesejável judicialização administrativa, meramente substitutiva da Administração, que não leva em conta a importante dimensão de especialização técnico-funcional do princípio da separação de poderes, nem tampouco os influxos do princípio democrático sobre a atuação do Poder Executivo. (BINENBOMJ, 2008, pg. 17 e 18).

E conclui: assim, “talvez seja possível preservar um desejável espaço de autonomia das agências em setores onde predomine a necessidade de gestão profissional, de estabilidade em longo prazo” (BINENBOMJ, 2008, pg. 42).

Há, ainda, nas lições de Di Pietro (2001, *apud* ROZAS, 2006) respaldo desse entendimento, a medida que reconhece que *quando os conceitos fluidos* gerarem discricionariedade, as alternativas válidas identificadas pelo ato de exegese integrarão o mérito do ato. Sendo assim, ficaria afastado o controle judicial.

Por linhas transversas, estar-se-ia reconhecendo a aplicabilidade do princípio de deferência criado pelos tribunais americanos. Explicamos: a teoria do controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário, que impede o controle do mérito administrativo, tem o mesmo efeito prático da deferência de *Chevron*, ao reconhecer a impossibilidade de revisão pelo Judiciário da discricionariedade do ato.

Por fim, deve-se, na mesma linha, reconhecer que, quando estiver interpretando as próprias normas, a decisão da agência deve receber ainda maior respeito por parte do Poder Judiciário. É que, neste caso, a ANP constitui o intérprete autêntico.

A interpretação autêntica é aquela feita por aquele que tem poder para criar a norma (GRAU, 2005). A interpretação autêntica cria uma norma de caráter geral. “Denomina-se autêntica a interpretação, quando emanada do próprio poder que fez o ato cujo sentido e alcance ela declara.” (CARDOSO, 2006)

A finalidade da interpretação autêntica é esclarecer o sentido da norma interpretada. Desta forma, dá-se a oportunidade ao órgão que editou o ato normativo de esclarecer o seu sentido. Haveria melhor intérprete de uma obra que seu próprio criador?

Por outro lado, no cumprimento do seu dever de transparência, no momento de edição de atos normativos⁵⁴, a agência publica as suas motivações e análises que, assim como os entendimentos adotados em casos semelhantes, poderão ser confrontados com a

⁵⁴ No que tange à emissão de atos normativos algumas agências já vem realizando a Análise de Impacto Regulatório (BRASIL, 2014). No mesmo sentido, recentemente a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, OCDE, lançou diretrizes a serem seguidas na edição de normas, para avaliar o impacto que podem causar no âmbito econômico (OCDE, 2014).

interpretação dada perante o Poder Judiciário. Os tribunais norte-americanos também fazem semelhante verificação, ao perquirirem a *consistency* da decisão.

Como anteriormente ressaltado, não se trata de um engessamento nas posições adotadas pelas agências, mas sim de resguardar a segurança jurídica, exigindo, assim, que uma motivação diante de decisões divergentes com os seus precedentes administrativos, explicitando, inclusive uma mudança nas políticas públicas.

É imperioso analisar a posição defendida pela Professora Di Pietro. Segundo a autora (2007b, p. 2):

[São] dados fundamentais para definir a discricionariedade: a) envolve a possibilidade de opção entre duas ou mais alternativas; b) essas alternativas decorrem da lei; c) por isso, qualquer uma das alternativas que a autoridade escolha é juridicamente válida; d) a escolha se faz diante do caso concreto, com base em critérios de mérito.

Mais adiante, embora a autora reconheça que as alternativas decorrem da lei, sustenta que *não* há discricionariedade propriamente dita na discricionariedade técnica, “porque o conceito utilizado é de natureza técnica e vai ser definido com base em critérios técnicos extraídos da ciência. Daí a importância da especialização própria das agências reguladoras” (DI PIETRO, 2007b, p.15).

Sendo assim, a autora reconhece o Judiciário, amparado por seus peritos, “especialistas”, como a melhor instância para dar a última palavra quanto à observância de conceitos como perigo público iminente e valor histórico. (DI PIETRO, 2007b).

Deve-se afastar este entendimento, já retira do legislador a faculdade de atribuir discricionariedade por meio da adoção dos *conceitos jurídicos indeterminados*, na medida em que afirma não haver discricionariedade quando este puder ser definido com base em “conhecimentos científicos”.

Ademais, na prática, há uma grande margem de subjetivismo na determinação se dado conceito é ou não científico. Qual ciência definirá perigo público eminente? Posto de outra forma: o critério sugerido permite ao juiz sempre que entender que a decisão deve ser revista, reconhecer o caráter “científico” da questão e adentrar ao mérito administrativo.

Além disso, em nenhum momento, a Professora explicita de forma fundamentada por que a decisão judicial, amparada em um laudo pericial, proferido por um único profissional, sem qualquer vínculo com a Administração Pública ou com o Poder Judiciário, deveria se sobrepor ao entendimento do órgão que a lei reconhece como especializado.

Em suma, entender não haver discricionariedade em matérias técnicas é negar a própria razão de ser das agências, a criação de um órgão técnico de implementação de políticas públicas. Assim, sustenta-se a existência de discricionariedade na interpretação dos *conceitos jurídicos indeterminados* quando estes estiverem diretamente ligados aos poderes e competências dos órgãos reguladores.

Desta forma, ainda que não se deva afastar do crivo do Poder Judiciário a análise do ato administrativo, não se pode admitir que este adentre no mérito administrativo, em especial na denominada zona cinzenta, sob o pretexto de que se trata não de discricionariedade, mas de interpretação dos conceitos indeterminados.

Sendo assim, o Judiciário deve agir de forma razoável, reconhecendo seu âmbito de atuação. A teoria ora defendida se aproxima da concepção proporcional de controle definida pelo Professor Juarez Freitas, para quem:

Numa posição de equilíbrio dinâmico, defende-se a concepção proporcional de controle, que não aceita o excesso de impulsos invasivos, tampouco cai no famigerado omissivismo inconstitucional, que confunde deferência com inércia desidiosa.

Noutros termos, o controle proporcional dos atos administrativos coíbe atos administrativos maculados por interesses secundários, sem se escudar em avaliações procedimentalistas de fachada, típicas dos defensores do *status quo*. (FREITAS, 2013, p. 420)

Finalmente, como dito, o conceito de *melhores práticas*, embora não constitua, em regra, fundamento para a tomada de decisão, vem sendo cada vez mais citado em decisões e pareceres na ANP. Portanto, será necessário o seu refinamento para que este possa sair de um papel secundário no Direito do Petróleo brasileiro, para ocupar um lugar central.

Cabe mencionar que a aplicação mais efetiva do conceito de *melhores práticas* não dependerá exclusivamente de reguladores e tribunais, já que uma vez inserto nos contratos para exploração e produção de petróleo no país, poderá ser objeto de mediação e arbitragem. Desta forma, agentes privados poderão contribuir neste sentido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do texto, pôde-se vislumbrar a complexidade que envolve a indústria do petróleo e do gás natural. De um lado, ganham relevo as incertezas envolvidas na exploração e produção dos hidrocarbonetos, desde a constatação de uma descoberta economicamente viável, até os riscos da operação em si.

Do outro lado, põe-se a complexidade das relações jurídicas capazes de criar um título jurídico que legitime o exercício desta atividade. Neste ponto, o modelo brasileiro é amplamente estudado pelos operadores do direito nos cenários nacional e internacional.

Neste contexto, o presente trabalho propôs-se a analisar a aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* na indústria do petróleo e do gás natural demonstrando de que forma esses termos poli semânticos podem ser utilizados para regular relações jurídicas complexas e de baixa previsibilidade. O tema é abordado sob o prisma das agências reguladoras, bem como a atuação do Poder Judiciário em face dessas decisões, tendo como referência o Brasil e os EUA.

Assim, o primeiro capítulo trouxe um breve histórico dos modelos jurídicos utilizados para a indústria do petróleo e do gás natural no Brasil, englobando os principais modelos conhecidos mundialmente. Assim, foram abordadas a exploração direta por meio do regime de monopólio e dos os contratos de risco e os Contratos de Concessão.

No mesmo capítulo, encontram-se as linhas gerais do Regime Regulatório Misto, composto pelos Contratos de Concessão, pela Cessão Onerosa e pelo Regime de Partilha de Produção. Finalmente, ainda no primeiro capítulo, foram apresentadas as linhas gerais da contratação das atividades de exploração e produção de hidrocarbonetos nos Estados Unidos da América, cujo instrumento frequentemente utilizado é o *lease*. Verifica-se que ambos países possuem modelos robustos e amplamente estudados.

O capítulo seguinte desenvolve o modelo de regulação por meio de agências, surgido nos EUA, destacando semelhanças e diferenças daquele país com a forma em que foi adotado no Brasil. A independência das agências é a marca principal do modelo. As agências são dotadas de poderes “quase-executivo”, “quase-legislativo” e “quase-judiciário”. Os dois últimos foram detalhadamente abordados, pois são onde os *conceitos fluidos* se manifestam com mais relevância.

Cumpra destacar que o princípio da separação de poderes é comum ao sistema jurídico nos dois países. Todavia, o Brasil adota o sistema da *civil law*, ao passo que os EUA assumiu o modelo da *common law*. Neste último, as decisões judiciais formam precedentes que podem ser invocados pelas partes. Assim, a norma é formada diante do caso concreto, sem que necessariamente a norma preceda ao fato ou emane do poder legislativo.

Nesse cenário, o modelo regulatório por meio de agências reguladoras dotadas de poder normativo gerou menos resistência nos EUA. No Brasil, em que pese algumas vozes dissonantes, as agências reguladoras também se consolidaram como forma de intervenção do Estado na economia.

Verificou-se, ainda, que nos EUA, há uma tendência bem definida dos tribunais em darem deferência às decisões das agências, inclusive quanto à legitimidade de suas normas. No Brasil, ainda não é possível identificar uma linha de decisão em relação aos atos das agências reguladoras, tal qual se percebe nos EUA. Somente o amadurecimento do modelo e das decisões judiciais poderá definir uma tendência.

O quarto capítulo é dedicado aos *conceitos jurídicos indeterminados*. Os *conceitos fluidos* são aqueles que, embora providos de carga semântica, possuem um halo conceitual, uma área cinzenta que se localiza entre a faixa de certeza negativa e a faixa de certeza positiva. São termos cuja carga de indeterminação é maior, e que por consequência passa a conferir maior fluidez ao sistema.

O seu estudo foi abordado desde o seu surgimento, na Áustria, com a discussão da possibilidade de sua análise pelo Poder Judiciário quando emanado de órgãos administrativos especializados e, portanto, dentro de sua discricionariedade. A mesma divergência se refletiu na doutrina nacional.

A tendência atual dos Tribunais Superiores brasileiros é de reconhecer a possibilidade de revisão judicial da interpretação dada aos *conceitos jurídicos abertos* e dos elementos fáticos que fundamentaram a sua aplicação.

No último capítulo, os *conceitos jurídicos indeterminados* foram tratados sob a ótica da indústria de petróleo e gás natural. A área é propícia à aplicação dos *conceitos jurídicos indeterminados* em razão da complexidade natural, técnica e jurídica que agrega.

Nos EUA, o tema pode ser analisado à luz do critério de *reasonable and prudent operator*. Este conceito aberto é amplamente utilizado nas relações de petróleo e gás

natural. Há autores que atribuem a perenidade dos modelos de contratação naquele país à adoção desta expressão nos contratos.

Segundo a doutrina norte-americana, e alguns julgados daquele país, as incertezas envolvidas no momento da contratação são contornadas com uma expressão fluida – *reasonable and prudent operator* – que permite densificar as obrigações contratuais ao longo do contrato, inclusive para caracterizar o seu inadimplemento.

Já no Brasil, adotou-se o conceito *melhores práticas da indústria do petróleo*. A expressão foi inicialmente cunhada na Lei do Petróleo, e repetida em todos os contratos firmados entre a ANP e os concessionários. Estudiosos da indústria de petróleo e gás natural no Brasil, como Aragão, defendem a aplicação do conceito de *melhores práticas* na indústria, por conferir flexibilidade aos sistema. Já a Procuradoria-Geral Federal entende que a utilização da expressão é imprescindível à boa atuação do regulador.

Verificou-se um número crescente de pareceres jurídicos proferidos pela Procuradoria Federal especializada na ANP que citam a expressão *melhores práticas*. Todavia, em sua grande maioria, as manifestações apenas tangenciam o tema, ou fazem breve referência à clausula contratual que a regulamenta.

Das manifestações jurídicas do órgão de assessoramento jurídico da ANP, podem ser tiradas algumas conclusões. A expressão *melhores práticas* é recorrente no cenário internacional e vêm cada vez mais sendo invocada por operadores e pelo próprio órgão regulador.

Além disso, a sua definição diante do caso concreto é poder-dever da ANP e não faculdade do administrado. Ademais, a PRG asseverou que as boas práticas não podem servir para afastar a incidência de uma norma contratual expressa em que não haja margem para interpretação. Tendo por base esse entendimento, é perfeitamente sustentável que o conceito também não terá o condão de modificar o texto expresso de dispositivos legais ou regulamentos.

Por fim, ainda das manifestações da Procuradoria Federal se depreende que a adoção de um conceito jurídico indeterminado objetiva conferir flexibilidade ao sistema, permitindo tecer soluções diante do caso concreto. E o entendimento vai além, a conclusão é dotada de coercibilidade e permite a aplicação de sanção.

Embora na definição de *melhores práticas* encontradas nos contratos firmados pela ANP se refira a “operadores prudentes e diligentes” não se vislumbrou nos casos estudados do Direito norte-americano parâmetros que pudessem servir de subsídios para a aplicação do conceito das *melhores práticas* no Brasil.

É possível que a diferença da natureza dos títulos que legitimam a atividade exploratória nos dois países, propriedade estatal no Brasil e propriedade privada nos EUA, seja um dos motivos para esta pouca serventia.

Do ponto de vista da atuação do Poder Judiciário, deve-se destacar que o objeto da impugnação será uma decisão da agência reguladora, na maioria das vezes tomada pelo seu órgão de cúpula. Ora, é pouco provável que o magistrado tenha expertise para decidir a causa, e, ainda que o tenha, menos provável ainda que supere o somatório de conhecimentos empregado em uma decisão técnica da agência.

É inegável que o Judiciário pode se socorrer de auxiliares técnicos. Mas haverá legitimidade em transferir a decisão técnica do órgão especializado a um perito nomeado pelo juiz e pago pelas partes? Os tribunais não podem ser insensíveis a esta questão.

Nesse sentido, no que tange às decisões das agências reguladoras, os tribunais deveriam analisar com cautela a possibilidade de adotar um entendimento semelhante àquele defendido por Otto Bachof, por Engisch, ou a solução dada pelas cortes norte-americanas.

Em que pese a tendência dos tribunais nacionais de cada vez mais reduzir a esfera de atuação da Administração não sujeita à chancela do Judiciário, deve-se atentar para o fato de que as matérias administradas pelas agências, em especial aquelas do setor de energia, são complexas e demandam elevada especialização no assunto.

Por outro lado, o acolhimento de uma doutrina tal qual ora defendida dependeria de uma maior aceitação das agências como instituição regulatória, bem com dos poderes a elas conferidos.

Uma restrição encontrada durante a pesquisa se refere às decisões das agências norte americanas. Não foi possível pesquisar diretamente os julgados e entendimentos, tal qual foi feito no Brasil. Desta forma, a posição das agências foi inferida das decisões que foram levadas aos tribunais americanos.

A dificuldade decorreu não só em razão da existências de diversas agências reguladoras nos Estados norte americanos, mas também em função da inexistência de mecanismo de consulta a julgados nos sítios na internet das agências do Texas e de Oklahoma, as duas grandes referências em petróleo e gás natural nos EUA.

Por fim, a evolução do tema na esfera administrativa, bem como o enfrentamento da questão pelo Poder Judiciário certamente levantarão outras questões que demandarão uma nova análise do tema. Outro tema que também merece ser

analisado com mais profundidade em trabalhos em trabalhos futuros diz respeito à possibilidade de aplicação de sanções com base nas *melhores práticas* da indústria e o poder de revisão do Judiciário desta decisão, ou ainda, qual o tratamento deve ser dado a esses termos quando submetidos à uma decisão arbitral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Frederico do Valle. Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 674, 10 maio 2005 . Disponível em:

<<http://jus.com.br/artigos/6674>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Procuradoria Geral Federal. Procuradoria Federal – ANP. Nota **262/2011/PRG**, 2011.

____. Nota nº **561/2012/PF-ANP/PGF/AGU**, 2012.

____. Parecer nº **137/2013/PF-ANP/PGF/AGU**, 2013a.

____. Parecer nº **553/2013/PF-ANP/PGF/AGU**, 2013b.

____. Parecer n.º **629 /2013/PF-ANP/PGF/AGU**, 2013c.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Segunda Rodada de Licitações de Áreas Inativas da ANP garante 24 milhões em investimentos**, 2006. Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/?pg=6756&m=inativas&t1=&t2=inativas&t3=&t4=&ar=0&ps=11&cachebust=1369939003612>>. Acesso em: 05 jun. 2013.

____. **Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis 2007**, 2007. Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/?pg=8242>>. Acesso em: 10 mar 2013.

____. **Contrato de Concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural**, 2008. Disponível em:

<http://www.brazil-rounds.gov.br/round10/arquivos/editais/EDITAL_R10_%2030Out08.doc>. Acesso em: 16 mai. 2013.

____. **Exame e Avaliação de Dez Descobertas e Prospectos Seleccionadas no Play do Pré-sal em Águas Profundas na Bacia de Santos, Brasil**, 2010a.

<<http://www.anp.gov.br/?dw=39137>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

____. **A Rodada Zero**, 2011a. Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/?id=2649>>. Acesso em: 4 jun. 2011.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS .

Rodada Zero, 2011b. Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/?dw=19443>>. Acesso em: 4 jun. 2011.

_____. **O Regime Regulatório Misto**, 2012a. Disponível em

<<http://www.anp.gov.br/?pg=57842>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

_____. **Regime de Concessão**, 2012b. Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/?pg=60292>>. Acesso em: 4 jun. 2013.

_____. **Relação de Concessionários**, 2012c. Disponível em:

<http://www.brasil-rounds.gov.br/portugues/lista_de_concessionarios.asp>. Acesso em: 8 ago. 2013.

_____. **O Regime Regulatório Misto. Concessão e Partilha**, 2013a. Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/?id=2656#coordenadas-poligono-pre-sal>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. **Rodadas anteriores**, 2013b. Disponível em:

<http://www.brasil-rounds.gov.br/resultado_rodadas/RESUMO_round0.asp>. Acesso em: 5 jun. 2013.

_____. **Resumo das Rodadas Realizadas**, 2013c. Disponível em:

<http://www.brasil-rounds.gov.br/portugues/resumo_geral.asp>. Acesso em: 4 jun. 2013.

_____. **Resolução de Diretoria ANP nº 593/2012 - Devolução das Taxas de Participação e das Garantias de Oferta referentes à Oitava Rodada de Licitações**, 2013d. Disponível em:

<http://www.brasil-rounds.gov.br/portugues/devolucao_taxa.asp> Acesso em: 4 jun. 2013.

_____. **11ª Rodada tem arrecadação recorde**, 2013e. Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/?pg=65961&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&cachebust=1369776445075>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

_____. **Petrobras, Shell, Total, CNPC E CNOOC vencem a 1ª Rodada do pré-sal**. 2013f.

Disponível em:

<<http://www.anp.gov.br/?pg=68476&m=&t1=&t2=&t3=&t4=&ar=&ps=&cachebust=1386025512475>>. Acesso em: 02 dez. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS .
Formulário de comentários e sugestões consulta pública nº 01/2013, 2013g.
Disponível em:
<<http://www.anp.gov.br/?dw=64579>>. Acesso em: 11 de jun. 2013.

____. **Edital e contrato de Partilha de Produção**, 2013h.
<http://www.brasil-rounds.gov.br/round_p1/portugues_p1/edital.asp>. Acesso em: 02 dez. 2013.

____. **Edital e Contrato de Concessão**, 2013i.
<http://www.brasil-rounds.gov.br/round_p1/portugues_p1/edital.asp>. Acesso em: 02 dez. 2013.

____. **Dados estatísticos mensais**, 2014a. Disponível em:
<<http://www.anp.gov.br/?id=548>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

____. **Consolidação das Participações Governamentais e de Terceiros no ano de 2013**, 2014b. Disponível em: Disponível em:
<<http://www.anp.gov.br/?id=522>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

ANDERSON, Owen L., DZIENKOWSKI John S., LOWE John S., PERONI Robert J., PIERCE, David E.; SMITH, Ernest E. **Hemingway Oil and Gas Law and Taxation**, St. Paul, Minnesota, USA, Thomson/West, 2004.

ANDRADE, Sabrina Dourado França. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados- desafios do poder judiciário em face do moderno processo civil brasileiro, 2013. Disponível em:
<http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1560.html> Acesso em: 1 ago. 2013.

ARAGÃO. Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição para a teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abril-maio, 2002. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/dialogo-juridico-13-abril-maio-2002-alexandre-santos-aragao.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2013.

____. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. As agências reguladoras independentes e a democracia no Brasil.3 **Revista Eletrônica do Direito Administrativo e Econômico**. 1, 2005. Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2013.

_____. A constitucionalização do direito administrativo no brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 06 dez 2014.

BRAGA, Luciana Palmeira; CAMPOS, Thiago Neves. A Comparative Study Of Bid Models Adopted By Brazil, Peru, Colombia And Uruguay To Granting Petroleum Exploration And Production Rights, 5 **Journal of World Energy Law & Business** 94, 99; 1-19, 2012.

BRAGA, Luciana; SZKLO, Alexandre. A convivência de três espécies de contrato de petróleo internacional na área do pré-sal e as implicações para o processo de individualização da produção. In **Rio Oil & Gas Expo and Conference, 2012**, Rio de Janeiro. Disponível em:
<<http://www.ibp.org.br/main.asp?team=%7Bd3595f92-dae4-46c5-8561-639617c6efd9%7D>>. Acesso em 31 de mai. 2013.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº. 2004 de 03 de outubro de 1953**. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2004.htm>. Acesso em: 31 mai. 2013.

_____. Presidência da República. **Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989**. Institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataformas continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências. (Art. 21, XIX da CF). Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7990.htm>. Acesso em: 31 mai. 2013.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm#art189>. Acesso em: 31 de mai. 2013.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 de mai. 2013.

BRASIL . Presidência da República. **Emenda constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm>. Acesso em: 31 de mai. 2013.

_____. Presidência da República. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 31 de mai. 2013.

_____. Presidência da República. **Decreto nº 2.705, de 3 de agosto de 1998**. Define critérios para cálculo e cobrança das participações governamentais de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, aplicáveis às atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2705.htm>. Acesso em: 31 de mai. 2013.

_____. Presidência da República. **Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010**. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências, 2010a.
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Lei/L12276.htm>. Acesso em: 31 de mai. 2013.

_____. Presidência da República. **Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010**. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências, 2010b. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm>. Acesso em: 31 de mai. 2013.

_____. Presidência da República. **Lei nº 12.304, de 2 De Agosto de 2010**. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e dá

outras providências, 2010c. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2010/Lei/L12304.htm>. Acesso em: 31 de mai. 2013.

BRASIL . Presidência da República. **Novas Reservas**, 2013a. Disponível em:

<<http://www.brasil.gov.br/sobre/economia/energia/pre-sal/novas-reservas>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

_____. Presidência da República. Conselho Nacional de Política Energética. Resolução no. 3, de 25 de junho de 2013b. **Diário Oficial da União**. CNPE Diário Oficial da União. Brasília, 7 de ago. de 2013. Seção 1, p. 1. Disponível em:

<http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/resolucao_12_rodada/resolucao_12_rodada_de_licitacao.pdf>

Acesso em: 02 dez. 2013.

_____. Presidência da República. **Portal do Brasil**, 2013c. Disponível em:

<<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/agencias-reguladoras>> Acesso em: 25 jul. 2013.

_____. Presidência da República. **Análise de Impacto Regulatório – AIR**, 2014.

<http://www.regulacao.gov.br/atividades-de-capacitacao/analise-do-impacto-regulatorio-air>

BRET-ROUZAUT, Nadine (coord); FAVENNEC, Jean-Pierre (coord); SANTOS, Edmilson Moutinho dos (coord). **Petróleo & Gás Natural como produzir e a que custo**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

CARDOSO, Lais Vieira. O conceito de norma meramente interpretativa face à Lei Complementar 118/05. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 33, set 2006. Disponível em:

<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1266>.

Acesso em: fev. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

_____. **Processo Administrativo Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

CASELLI, Bruno Conde. **Redesenho Institucional e Arranjos Contratuais: uma análise da regulação e da indústria de petróleo e gás natural no upstream brasileiro**.

Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento) – Programa de Pós Graduação em Políticas Públicas, Estratégia e Desenvolvimento do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

COIMBRA, Lelo. **Boletim Informativo**, 2013. Disponível em: <<http://www.lelocoimbra.com.br/boletins-eletronicos/46/>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

COLOSKY, James. **The implied covenant for diligent and prudent operations in an environmental era**. Denver, Colorado, 1993.

CONINE, Gary B. The prudent operator standard: applications beyond the oil, **Natural Resources Journal**, 2001.

COSTA, Ana Paula A. **Quantificação do Impacto de Incertezas e Análise de Risco no Desenvolvimento de Campos de Petróleo**. Tese (Doutorado em Ciências e Engenharia de Petróleo). Programa de Pós Graduação Interdisciplinar de Ciências e Engenharia de Petróleo. Campinas, 2003.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2007a.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador, n. 9, fev/mar/abr – 2007b. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>> Acesso em: 25 jan. 2014.

ENERST & YOUNG TERCO. **Doing Business in Brazil, 2011**. Disponível em: <[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Doing_business_in_Brazil_2011/\\$FILE/Doing%20Business%20in%20Brazil%202011.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Doing_business_in_Brazil_2011/$FILE/Doing%20Business%20in%20Brazil%202011.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2013.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gukberkian, 1964.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Administrative Procedure Act**. 5 U.S.C.A, 1946.

_____. **Executive Order 12.866**, 1993. Disponível em: <<http://www.archives.gov/federal-register/executive-orders/pdf/12866.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2013.

____. Regulatory Impact Analysis: A Primer. 2013. Disponível em:
<http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/foreg/regpol/circular-a-4_regulatory-impact-analysis-a-primer.pdf> Acesso em: 29 jul. 2013.

FOSTER, Richard A. Oil and gas: the corporation commission's role in evaluating the prudence of operations in statutory unitization. **Washburn Law Journal**, 1984.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa: O Controle de Prioridades Constitucionais. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 3 - p. 416-434 , set-dez. 2013.

FUNK, William F.; SHAPIRO, Sidney A.; WEAVER, Russell L. **Administrative Procedure and Practice**. Thomson Reuters, 2010.

GEISEL reúne Ministros e fala à Nação. **O Estado de São Paulo**, São Paulo , 9 out. 1975. Disponível em:
<<http://memoria.petrobras.com.br/acervo/contratos-de-risco-para-explorar-petroleo1#.UH2YO2-aVvo>>. Acesso em 31 de mai. 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a aplicação/interpretação aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUTMAN, José. **Tributação e outras obrigações na indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

HALL, Jared. Both eyes open or one eye closed: does the reasonable and prudent operator standard handicap mineral lessees in the prevention of drainage? **Texas Tech Administrative Law Journal**, 2006.

KELSEN. Hans. Tradução João Baptista Machado. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KING, Erick. **Course Materials**, 2012. Disponível em:
<<http://jay.law.ou.edu/faculty/eking/OilGasPractice/>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

KUNTZ, Eugene O.. **Law of Oil and Gas**. Matthew Bender & Comapny, Inc., 2012.

LIMA, Clarissa Freitas Rodrigues de. **A função regulamentar e fiscalizatória da ANP na proteção ao meio ambiente.** Disponível em: <http://www3.informazione.com.br/cms/export/sites/default/sialealves/pt/artigos/pdfs/A_FUNCAO_REGULAMENTAR_E_FISCALIZATORIA.pdf>. Acesso em: 30 jan 2014.

LIMA, Gustavo Augusto Freitas de. Agências reguladoras nos EUA e considerações sobre o direito comparado. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3290, 4 jul. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22159>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

LOWE, John S.; ANDERSON, Owen L.; SMITH, Ernest E.; PIERCE, David E.. **Cases and Materials on Oil and Gas Law.** St. Paul, MN, USA: West, 2008.

LUCCHESI, Celso Fernando. Petróleo. **Estudos Avançados**, v.12, n. 17, p.28-9, 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v12n33/v12n33a03.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2013.

LUCIAN, Juliana Balbinot. A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 334, 6 jun. 2004 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5299>>. Acesso em: 1 ago. 2013.

MACALINN, Gerald Paul; ROSEN, Dan, STERN John P. **An introduction to American Law.** Carolina Academic Press, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos e seu regime jurídico.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Leonardo Cardoso de Melo Teixeira. **O princípio da melhores práticas da indústria do petróleo.** Monografia. (Especialização em Direito Ambiental). Programa de Especialização de Direito Ambiental da Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k216611.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2013.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários a Lei do Petróleo.** São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** São Paulo: Dialética, 1999.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **OECD Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance**. OECD Publishing, 2014. Disponível em:

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264209657-en>. Acesso em: 20 jan. 2015.

OGP. International Association of Oil and Gas Producers. Grupo de Resposta Global da Indústria de Produção de Petróleo e Gás. **Recomendações internacionais relativas à prevenção de incidentes, intervenção e resposta a vazamentos de óleo em poços de petróleo**, 2013. Disponível em:

<www.ogp.org.uk/index.php/download_file/view/58/378/>. Acesso em: 03 fev. 2014.

OLIVEIRA, Emmanuel Fontenele. Conceitos indeterminados. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 558, 2005. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/6194>>. Acesso em: 13 out. 2014.

PARAHYBA, Andrea Joffily. Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa no estado democrático de direito. In XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **CONPEDI**, 2010. Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2F150.162.138.7%2Fdocuments%2Fdownload%2F321%3Bjsessionid%3D93E8769785400F7BFBF82DC4270E7A3A&ei=zaXhUtDaFfHgsASznoLIBA&usg=AFQjCNGYcTjlOk9xddaCkqnFh_TsZRsa_w&sig2=laaekVk1KUNFiCO4zu_PTg> Acesso em: 23 jan. 2014.

PARENTE, Virginia, et al. **Energia: o desafio das agências reguladoras**, 2007. Disponível em:

<<http://www.iee.usp.br/biblioteca/producao/2007/Monografias/paremteenergia.pdf>>.

Acesso em: 05 jan. 2013.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa à luz da Teoria da Adequabilidade normativa. **Revista CEJ**, V. 11 n. 36 jan./mar. 2007. Disponível em:

<<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/743>>. Acesso em: 25 jan. 2014.

PETROBRAS. **Governança. Capital Social**, 2013. Disponível em:

<<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/governanca/capital-social/>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O limite do poder discricionário das autoridades administrativas. **RDA** v. 6, 1946. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/adrianosoareshdacosta/afonso-rodrigues-queir-a-teoria-do-desvio-de-poder-em-direito-administrativo-rda-vol-6-1946>> Acesso em: 22 jan. 2013.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. **A gramática política das agências reguladoras: comparação entre Brasil e EUA**. Tese (Doutorado) Centro de Pesquisa e Pós-graduação sobre as Américas, Universidade de Brasília. Brasília, 2007.

_____. Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.

RENDA, Andrea. **Impact assessment in the EU** : the state of the art and the art of the state centre for european policy studies. Bruxelas, 2006. Disponível em: <http://aei.pitt.edu/32591/1/30_Impact_Assessment_in_the_EU.pdf> Acesso em: 25 jul. 2013.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações. *In* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Novos rumos do direito do petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 11-123.

_____. **Direito do Petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8715>>. Acesso em :30 mai. 2013.

SERRA, Rodrigo Valente. **Distribuição das rendas petrolíferas no Brasil**: uma sistematização crítica das alternativas em debate nas casas legislativas nacionais, 2013. Disponível em: <http://www.uff.br/macaehimpacto/OFICINAMACAE/pdf/13_RodrigoSerra.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2013.

SMITH, Ernest E., *et al.* **International petroleum transactions**. Rocky Mountain Law Foundation, 2010.

SOUSA, Francisco José Rocha de. **A cessão onerosa de áreas do pré-sal e a capitalização da Petrobrás**. Brasília: Consultoria Legislativa. Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6006/cessao_onerosa_souza.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 mar. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4492 - Ação direta de inconstitucionalidade**, 2012. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3985062>>
Acesso em: 02 dez. 2013.

THOMAS, José Eduardo (org.). **Fundamentos de Engenharia de Petróleo**. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.

TIBÚRCIO, Dalton Robert. Interpretação dos atos normativos das agências reguladoras. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em:
<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9878>.
Acesso em: jan 2014.

WILLIAMS, Howard R. MEYERS, Charles J. **Williams & Meyers, Oil and Gas Law**, 2012.

ZACOUR, Claudia; PEREIRA, Tatiana Zuma; CRISTOFARO, Angela Lima Rocha; FRANCISCO, Felipe Ferreira. Petrobras And The New Regulatory Framework For The Activities Of Exploration And Production Of Oil And Natural Gas In The Brazilian Pre-Salt, in **5 Journal of World Energy Law & Business** 125, 2012.

ZAMITH, Regina; SANTOS, Edmilson Moutinho dos. **Atividades Onshore no Brasil**. São Paulo: Annablume; Fapesp, 2007.

Lista de Julgados

Air Transport Association of America v. Department of Transportation. 900 F.2d 369 (1990).

Brewster v. Lanyon Zinc Co., 140 F. 801, 8th Cir. (1905).

Chevron, U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 104 S.Ct. 2778, 81 L.Ed.2d. 694 (1984).

Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe, 401 U.S. 402, 91 S.Ct. 814 (1971).

Clifton v. Kootz, 160 Tex. 82, 325 S.W.2d 684 (1959).

Consolidated Edison Company of New York v. National Labor Relations Board, 305 U.S. at 229, 59 S.Ct (1938).

Food and Drug Administration v. Brown & Williamson Tobacco Corporation, 529 U.S. 120, 120 S.Ct 1291, 146 L..Ed.2d 121 (2000).

Massachusetts v. EPA., 549 U.S. 497, 127 S.Ct. 1438 (2007).

Motor Vehicle Mfrs. Ass'n of United States, Inc. v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 463 U.S. 29, 103 S. Ct. 2056, 77 L.Ed.2d. 443 (1983).

National Labor Relation Board v. Bell Aerospace Company Division of Exton Inc., 416 U.S. 267, 94 S.Ct. 1757, 40 L.Ed.2d 134 (1974).

Petroleum Refiners Assoc. v. Federal Trade Commission. 482 F.2d. 672 (1973).

Security and Exchange Commission v. Chenery Corporation, 332 U.S. 194, 67 S.Ct. 1575, 91 L.Ed. 1995 (1947).

Shell Rocky Mountain Prod., LLC v. Ultra Resources, Inc. 415 F.3d 1158 (10th, Cir . Wyo. (2005).

Slaaten v. Amerada Hess Corp., 459 N.W.2d 765 (ND 1990).

Skidmore v. Swift & Co., 323 U.S. 134, 65 S.Ct 161, 89 L.Ed. 124 (1944).

United Steelworkers v. Marshall, 647 F.2d 1189,1221 (1980).

Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 435 U.S. 519, 98 S.Ct. 1197 (1978).