

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

ANDRÉ DE CAMARGO SALLES TOMAZINI

**A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
PREVISTOS NA LEI DA AGÊNCIA NACIONAL DO
PETRÓLEO**

**Florianópolis
Julho de 2009**

ANDRÉ DE CAMARGO SALLES TOMAZINI

**A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE
CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
PREVISTOS NA LEI DA AGÊNCIA NACIONAL DO
PETRÓLEO**

**Monografia submetida à banca
examinadora da Universidade Federal
de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, com objetivo de aprovação
em disciplina de Trabalho de
Conclusão de Curso de Graduação em
Direito para obtenção de título de
Bacharel em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Ricardo
Soares Stersi dos Santos.**

**Florianópolis
Julho de 2009**



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada **A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PREVISTOS NA LEI DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO** elaborada pelo acadêmico **André de Camargo Salles Tomazini** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **9,0** (nove), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 7 / 7 / 2009.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof.^a Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Universidade Federal de Santa Catarina

Ademar Pozzatti Júnior
Mestrando do curso de pós-graduação em direito da
Universidade Federal de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Estas palavras marcam minha despedida deste curso de Direito desta tradicional Universidade Federal que jaz nesta bela ilha como aluno de graduação. Nesta jornada de cinco anos em que conhecemos pessoas incríveis, no bom e no mau sentido, nos surpreendemos com cada (re) descoberta, com expectativas que algumas vezes se realizam, outras que acabam se tornando grandes frustrações.

Sem dúvida foi um período maravilhoso pelo qual devo agradecer em primeiríssimo lugar meus pais Alzira e Antônio e ao meu amor Antônia Eliane por serem meus pilares de todas as formas possíveis tolerando algo que sei bem ser um gênio irascível.

Não menos importantes foram meus amigos e colegas de curso Ericksen, Ademar, Adriano e Marcus, assim como meus amigos de minha terra natal, por inúmeras aventuras e desventuras.

Também agradeço a todos os professores que, mesmo com toda a limitação humana e, permitam-me uma crítica, por vezes certo descaso com a graduação ao favorecer desproporcionalmente atividades particulares, atividades de pesquisa ou o curso de pós-graduação, sempre demonstraram, inexoravelmente, uma paixão e respeito profundo pelo Direito brasileiro e pelo ensino deste.

Por último gostaria de agradecer às pessoas justas e injustas desse mundo que me motivam a ser um profissional jurídico melhor e me ensinam que ainda há um enorme caminho de reflexão jurídica e extra-jurídica para atingirmos quaisquer de nossos objetivos.

“Se, alguma vez, na noite da história, a sociedade, através dos indivíduos, cedeu o seu poder a terceiros, ao Estado ou poder organizado, almejando maior proteção pela força desse estado, isto não quer dizer que a sociedade não possa rever essa concessão, podendo mesmo rever ou retomar o seu poder”

José Alcebiades de Oliveira Júnior

RESUMO

Esta monografia tem por finalidade a possibilidade de utilização da arbitragem nos conflitos advindos da interpretação e cumprimento dos contratos administrativos de concessão de petróleo e gás natural, celebrados entre a Agência Nacional do Petróleo e outras empresas, por meio de licitação, nos moldes previstos pela Lei nº 9.478/97. Para tanto, o primeiro capítulo concentra-se na exposição dos métodos de resolução de conflito efetivados por meio da autotutela ou dos meios autocompositivos ou heterocompositivos, assim como se desenvolve sucintamente a necessidade da Arbitragem não ser vista de modo antagônico ao poder judiciário, mas como uma útil forma de resolução de conflitos.

No segundo capítulo se estudará os princípios que a Administração pública deve seguir ao elaborar os contratos, assim como as principais modalidades destes; as concessões e as Parcerias Público-Privadas.

No último capítulo os temas apresentados são unificados, apresentando inicialmente um retrospecto do comércio mundial do petróleo e da história político-legislativa do óleo no Brasil, com maior atenção aos períodos de Governo de Getúlio Vargas, pois foi quem instituiu o monopólio da União em relação à propriedade e comércio dos recursos petrolíferos do território brasileiro, assim como a criação do Conselho Nacional do Petróleo e, posteriormente, da Petrobrás. A partir daí expõem-se os fatos mais relevantes que culminaram na criação da Agência Nacional do Petróleo, assim como a importância da arbitragem para o setor. Por fim, se estudará a natureza jurídica dos contratos de concessão de exploração de petróleo e gás natural, observando as menções que a Lei da ANP faz à Arbitragem, concluindo que a redação dos artigos deveria ser mais clara, pois pode levar a interpretações equivocadas de seus dispositivos. Portanto, respeitados os pré-requisitos e diferenciações em relação aos demais contratos administrativos, a arbitragem se mostra plenamente válida nesse gênero de contratos.

Palavras chaves: Arbitragem, Contratos Administrativos, Administração Pública, Lei nº 9.478/97, Agência Nacional do Petróleo.

SUMÁRIO

Introdução	p. 08
1 As formas de resolução de conflito e a arbitragem	p. 11
1.1 A autotutela.....	p. 13
1.2 As formas autocompositivas.....	p. 14
1.2.1 A negociação.....	p. 15
1.2.2 A mediação.....	p. 16
1.2.3 A conciliação	p. 17
1.3 As formas heterocompositivas de resolução de conflitos.....	p. 19
1.3.1 Forma Judicial.....	p. 19
1.3.2 Arbitragem.....	p. 20
2 Aspectos relevantes dos contratos da Administração Pública	p. 26
2.1 Princípios aplicáveis a Administração Pública e aos contratos administrativos.....	p. 30
2.2 Espécies de Contratos Administrativos.....	p. 36
2.2.1 Contratos de concessão.....	p. 37
2.2.1.1 Concessão de serviços públicos.....	p. 38
2.2.1.2 Concessão administrativa.....	p. 39
2.2.1.3 Concessão de obras públicas.....	p. 39
2.2.1.4 Parcerias Público Privadas (PPPs).....	p. 40
3 A possibilidade de utilização da Arbitragem nos conflitos decorrentes dos contratos administrativos submetidos a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997	p. 42
3.1 O Petróleo no Brasil e no mundo.....	p. 42
3.1.1 O período pré-Getúlio Vargas.....	p. 44
3.1.2 O período Vargas e a Petrobrás.....	p. 47
3.1.3 O Contexto contemporâneo e a criação da ANP.....	p. 52
3.1.4 A importância da arbitragem para o a indústria petrolífera.....	p. 55
3.2 Os contratos administrativos de concessão de exploração de petróleo e gás natural.....	p. 58

3.2.1 O monopólio da União sobre a produção e comercialização de hidrocarbó- netos e seus derivados.....	p. 59
3.2.2 A natureza jurídica dos contratos administrativos de concessão de exploração de petróleo e gás natural.....	p. 62
3.3 Arbitragem e a Lei nº 9.478/97.....	p. 64
3.3.1 Aspectos controvertidos da utilização da Arbitragem nos moldes previstos pela Lei nº 9.478/97.....	p. 65
3.3.1.1 O art. 20 da Lei nº 9.478/97.....	p. 65
3.3.1.2 Art. 27, parágrafo único.....	p. 67
3.3.1.3 Art. 43, inciso X.....	p. 69
3.3.2 Cuidados a serem observados na utilização da Arbitragem em contratos de concessão de exploração de petróleo e gás natural.....	p. 70
Conclusão.....	p.72
Referências Bibliográficas.....	p.74

INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por objetivo a análise da possibilidade de escolha da arbitragem como meio de resolução dos conflitos advindos dos contratos celebrados pela Administração Pública, com ênfase na delimitação da natureza jurídica dos contratos de concessão de exploração de petróleo e gás natural, assim como às menções que Lei nº 9.478/97 faz à Arbitragem. Este tema foi selecionado porque cada vez mais a arbitragem vem assumindo um papel essencial nas resoluções de conflitos, principalmente por sua celeridade e pelo fato de suas decisões possuírem carga normativa, de forma a serem reconhecidas como títulos judiciais ante o Poder Judiciário. A discussão torna-se ainda mais relevante com o expressivo aumento das reservas petrolíferas brasileiras que podem tornar o país um significativo exportador do combustível fóssil, o que exigirá formas rápidas e seguras de resolução de conflitos decorrentes dos contratos de exploração dessas reservas.

Como objetivo principal, visa-se demonstrar que a arbitragem não apenas pode, como deve, ser utilizada para solucionar os conflitos decorrentes de contratos administrativos petrolíferos, não sendo violado o princípio do interesse público, desde que salvaguardados um mínimo controle jurisdicional sobre as decisões arbitrais e outras disposições legais que vinculam os atos da Administração pública. Além disso, têm-se como objetivos secundários: a) analisar historicamente e dialeticamente os contratos administrativos petrolíferos, relacionando-os com o princípio do interesse público e sua relação com a arbitragem e o direito em si; b) expor os principais contratos administrativos, assim como a arbitragem e o princípio do interesse público; c) Expor sucintamente a conjuntura internacional do petróleo e as novas possibilidades e dificuldades surgidas com a divulgação da descoberta de um vasto campo petrolífero no País e, d) interrelacionar os dados gerais acerca do tema “Arbitragens em contratos administrativos” com as previsões legais da Lei 9.478 de 7 de agosto de 1997.

Para o eficiente desenvolvimento do tema, escolhe-se como método de abordagem o hipotético-dedutivo. A técnica de pesquisa empregada foi a bibliográfica.

Outra fonte imprescindível também foi a Internet, na qual se obteve muita informação essencial ao desenvolvimento do terceiro capítulo, principalmente dos sites da Petrobrás e da Agência Nacional do Petróleo.

O desenvolvimento da monografia se demonstrou mais complexo do que o inicialmente previsto, pois o tema levou a ramos do direito com vastíssima produção doutrinária como; a) o histórico da arbitragem no Brasil e em outros países; b) os tratados internacionais acerca do tema; c) a capacidade contratual do Estado e de seus órgãos administrativos assim como a necessidade de delimitação dos principais princípios administrativos; d) a distinção entre bens privados, públicos disponíveis ou públicos indisponíveis; e) a relevância para direito econômico que o comércio petrolífero possui; f) o impacto que a incidência da arbitragem nas relações político-econômicas pode significar e da relação entre a arbitragem e o poder judiciário estatal, etc. Assim sendo, a estrutura da monografia obrigou a concentração em alguns aspectos da questão em detrimento de outros.

Considera-se essencial ao bom desenvolvimento da pesquisa, a exposição de rápidas noções envolvendo a teoria dos conflitos e os principais meios de resolução de conflitos com ênfase na Arbitragem, tratados no primeiro capítulo. Ao segundo capítulo é reservado à exposição dos princípios administrativos, por sua relevância para os contratos administrativos, assim como aos principais tipos destes. A seguir, sucintamente são expostos os principais tipos de contratos administrativos.

O terceiro capítulo concentra-se na aplicação das noções desenvolvidas nos capítulos anteriores por meio do estudo dos contratos administrativos de concessão de exploração de petróleo e de gás natural, estudando efetivamente a previsão da arbitragem pela lei da Agência Nacional do Petróleo (ANP). Contudo julga-se necessário prefaciar o capítulo com um rápido histórico da indústria petrolífera no mundo e no Brasil, com o intuito de conduzir à relativização atual do monopólio e ao contexto de criação da ANP.

Dessa maneira, teve-se que suprimir, conscientemente, um estudo mais aprofundado da arbitragem no âmbito internacional, assim como os aspectos econômicos e sociais da indústria petrolífera para se concentrar no estudo legal do tema. Também não se pôde, como desejado inicialmente, se aprofundar na questão sobre a capacidade volitiva do Estado em contratar assim como em elementos de sua criação. Outra vertente da discussão que se lamenta não ter sido possível maior aprofundamento se refere ao estudo dos tratados e jurisprudências internacionais sobre a arbitragem.

Ainda assim espera-se que a presente monografia seja útil para trazer, senão alguma luz sobre o tema, ao menos elementos de informação importantes aos interessados na

possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos administrativos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural.

1 As formas de resolução de conflitos e a arbitragem

Pelo menos duas correntes filosóficas principais debatem acerca da natureza humana. A primeira delas, toma o ser humano como um ser egoísta que busca, no âmbito das relações sociais, atingir um objetivo primordial que é não ser dominado por ninguém e, se possível, munir-se de ferramentas de poder que lhe permita dominar os que o cercam. Para Maquiavel (1983, p. 70) a maior parte dos homens é constituída de “[...] ingratos, volúveis, simuladores, covardes e ambiciosos de dinheiro [...]”.

Hobbes (1974, p. 79) já reconhecia que o homem, no estado de natureza, é violento e busca no poder a forma de sobreviver num ambiente inseguro. Afirmava que a necessidade de submissão dos outros era uma tentativa de, por antecipação, impedir o surgimento de alguém que pudesse ameaçar o seu domínio. Informa que sem a presença do Estado, para impor o respeito, não existe prazer algum da companhia entre os homens já que esta só traria a insegurança.

Nessa linha de pensamento a cooperação entre as pessoas só ocorre de forma transitória, ou seja, quando as necessidades primordiais do grupo os obrigam a estabelecer relações sociais colaborativas.

Para a segunda corrente de pensamento, o homem tem plenas condições de ser tomado como bom. Kant (2004, p. 105-109), por exemplo, reconhece essa capacidade de evolução por meio da razão, que permite o controle dos impulsos, e da moral. Nessa perspectiva o homem, nas suas relações sociais busca o estabelecimento de vínculos com os demais do grupo. Esses vínculos são tornados mais estreitos por meio de relações sociais colaborativas.

Em qualquer das duas correntes se reconhece a existência de relações colaborativas entre os indivíduos e de relações conflituosas (quando a colaboração não pode ser alcançada) no âmbito das relações sociais.

Conforme Entelman (2003, p. 46), as relações sociais são comportamentos recíprocos e interdependentes entre os indivíduos em que o comportamento de um deles é orientado, compreendido e escolhido a partir do comportamento anteriormente adotado pelos demais.

Ao longo da vida o indivíduo vivencia diversas experiências de relações sociais. Algumas serão breves e transitórias. Outras tendem a ser longas e profundas (amizade, vínculo familiar, relações amorosas).

As relações sociais podem ser colaborativas ou conflituosas. Serão conflituosas sempre que os objetivos do indivíduo (ou grupo) forem interpretados como sendo incompatíveis com os objetivos de outro (indivíduo ou grupo). Quando os objetivos são reconhecidos como comuns e não excludentes, estar-se-á diante de uma relação colaborativa.

Também é importante destacar que nas relações sociais constrói-se aquilo que se toma por realidade. A própria relação social é um produto da realidade construída por cada indivíduo. Explica-se. As relações sociais são criadas por meio da comunicação humana pois é preciso comunicar-se para interagir com os demais indivíduos do grupo. Pela comunicação também se cria a realidade. Logo a comunicação que permite o estabelecimento das relações sociais faz com que essas sejam uma manifestação daquilo que cada um designa como sendo a sua própria verdade.

Mulholland (2003, p. 23-26) ensina que a realidade é a percepção de cada um sobre fatos (experiências) que são identificados por meio da linguagem. Dessa forma a linguagem destaca alguns fenômenos e despreza outros. Os que foram destacados compõem a idéia de cada um sobre a realidade enquanto os que foram desprezados estão fora do mundo (da verdade) de cada um.

É por isso que Watzlawick (1986, p. 07) vai deixar bem claro que o que se designa como verdade (realidade) nada mais é do que o produto da comunicação humana e que, assim, não existe uma verdade absoluta e sim, inúmeras versões de realidade, condizentes com as experiências comunicacionais de cada indivíduo ou grupo social.

Esse desenvolvimento permite aferir alguns aspectos que são relevantes ao se analisar o conflito e os seus métodos de resolução: a) os conflitos nascem das relações sociais, ou seja, correspondem a situações possíveis nas relações sociais; b) os conflitos são decorrências possíveis do processo comunicacional. São criados no processo comunicacional e serão resolvidos por meio da comunicação humana; c) os conflitos são verdades (realidades) criadas por cada indivíduo ou grupo. Para resolvê-lo adequadamente é preciso utilizar-se de um processo comunicacional que auxilie na transformação das realidades dos litigantes, permitindo que se convençam da existência de uma realidade diversa.

No tópico seguinte se indicarão alguns procedimentos que podem ser utilizados para a Administração e a resolução dos conflitos.

1.1 A autotutela.

Para analisar a eficácia e as possibilidades de incidência da arbitragem nos contratos públicos do setor petrolífero se mostra obrigatório uma exposição, sucinta, das formas mais tradicionais de resolução de conflito, indicadas pela doutrina, tais como a autotutela, as formas autocompositivas e as heterocompositivas pois indicam os meios pelos quais os conflitos surgidos nas relações não apenas pessoais mas também no correr dos contratos administrativos.

A autotutela é sem dúvida um dos meios originais de resolução de conflitos pois envolve a solução da disputa pela atuação das próprias partes litigantes, sem intervenção de terceiros. É marcadamente uma das formas mais violentas de resolução de conflitos já que consiste na imposição literal da vontade de uma das partes litigantes sobre a outra por imposição moral (*vis relativa*) ou física (*vis relativa*) (Azevedo, v. 02, 2003, p. 152), com pouca ou nenhuma participação de forças exógenas como o Estado, para coordenar a ação e eventualmente impedir que o processo de resolução seja demasiadamente danoso às partes.

Atualmente é visto pelo ordenamento jurídico de forma negativa, pois, um dos instrumentos basilares da estruturação do Estado é que este reserva para si o monopólio da utilização da força coercitiva para obrigar os indivíduos a fazer ou deixar de fazer algo (Santos, 2004, p. 15).

A autotutela é vedada indiretamente em várias previsões normativas e até mesmo expressamente, por meio da tipificação do crime presente no art. 345 do Código Penal sob o título Exercício Arbitrário das Próprias Razões para o ato de “Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite”.

Contudo, excepcionalmente, a autotutela é permitida em situações em que, para salvaguardar bens tidos como fundamentais como a integridade física e a propriedade, a pessoa prejudicada pode reagir violentamente, como nos casos de estado de necessidade e a legítima defesa presentes no diploma penal e nos casos civis de penhor legal¹ e desforço imediato² (Azevedo, 2003, p. 152).

¹ Art. 1.469 do Código Civil Brasileiro.

² Art. 1.210, § 1º do Código Civil Brasileiro.

Para que a autotutela seja tomada como forma legítima de resolução de conflito, o agente deve atuar com a convicção de que está defendendo ou utilizando um direito, bem como a utilização da violência deve estar autorizada pela ordem jurídica. Existe uma limitação ao uso da autotutela, na ordem jurídica, segundo Rocha, uma vez que este método realiza um sacrifício do valor justiça da decisão ante a preponderância do uso da força (Rocha, 1999, p. 31). A utilização de formas violentas de resolução de conflitos, como a autotutela, não contribui significativamente para a realização da pacificação efetiva do meio social já que prepondera a idéia de justiça para o mais forte.

1.2 As formas autocompositivas de resolução de conflitos.

Nos métodos autocompositivos de resolução de conflitos há uma participação volitiva das partes no resultado da disputa. As partes resolvem o conflito por meio de um acordo livre em que as vontades manifestadas pelos interessados colocam fim ao conflito.

Para Garcez:

A humanidade, assim, vem experimentando, através dos séculos, o desenvolvimento das fórmulas de autodefesa e da vingança, entremeando, evolutivamente, essa atividade instintiva com a prática da via reflexiva da autocomposição. (GARCEZ, 2007, p.04.)

Nas formas autocompositivas o elemento central é a vontade das partes e o seu poder de decidir pacificamente o conflito. Cabe a elas, sempre, o poder de colocar fim ao conflito por meio do acordo (transação) ou por meio de manifestação unilateral (submissão, desistência ou renúncia). Difere da autotutela em razão da inexistência da presença da força e da violência na resolução do conflito.

Para Rocha (1999, p. 31), na autocomposição a decisão que coloca fim ao conflito é decorrente do consenso das partes e da persuasão, o que tornaria mais elevada a sua eficácia em comparação com a autotutela e as formas heterocompositivas.

Uma vantagem relevante das formas autocompositivas é o controle que as partes possuem sobre o resultado do conflito. Se nas formas heterocompositivas o poder de decidir o conflito é delegado a um terceiro que impõe uma decisão as partes, nas formas autocompositivas somente haverá resolução do conflito se as partes assim desejarem.

São exemplos clássicos de métodos autocompositivos: a negociação, a mediação e a conciliação. Entretanto existem outros como: ombudsman; *rent a judge*; *mini-trial*; *fact finding*; etc. O presente capítulo irá ater-se a apresentar algumas considerações sobre os métodos autocompositivos mais tradicionais.

1.2.1 A Negociação.

Segundo Highton e Álvarez (1998, p. 119), a negociação define-se como um processo de resolução de conflitos voluntário entre as partes em que estas buscam, diretamente, chegar a um acordo mutuamente aceitável que coloque fim à disputa.

Para Caivano, Gobbi e Padilla (1997, p. 149) a negociação se caracteriza: a) pela interdependência entre os atores do conflito; b) pela possibilidade de escolher o meio de resolução do conflito; c) pela postura de não-confrontação entre as partes; d) pela busca de um resultado (acordo) mutuamente satisfatório.

É importante destacar que na negociação as partes podem estar representadas por negociadores. Estes, entretanto, negociam com base nos interesses dos seus clientes, não intervindo no conflito na condição de terceiro desinteressado e imparcial, como ocorre na conciliação ou na mediação.

Ressalta-se, também, que na negociação a participação das partes no processo e num eventual acordo que coloque fim ao conflito depende de manifestação expressa de vontade dos agentes do conflito.

A ordem jurídica não impõe qualquer obrigatoriedade às partes de participarem do processo de negociação ou muito menos de chegarem a um acordo no seu final. É somente a vontade livre das partes que pode criar o procedimento de negociação e os seus resultados possíveis como o acordo (total ou parcial) ou a ausência de acordo entre as partes. Talvez nesse ponto resulte a maior vantagem da negociação. Somente quando haja vontade dos agentes do conflito é que o procedimento pode ser instaurado e esse procedimento é desenvolvido e moldado para atender as necessidades destes mesmos agentes.

Também é importante destacar que o procedimento de negociação não possui características formais como os procedimentos judiciais, administrativos ou arbitrais por exemplo. O procedimento de negociação é determinado pelas partes e tem como aspectos centrais: a confidencialidade; a informalidade; o consenso; a autonomia, etc.

Conforme Fisher, Ury e Patton (2005, p. 58-74) na negociação a resolução do conflito passa pela identificação dos interesses (necessidades, desejos) dos litigantes e pela necessidade de harmonizá-los por meio do acordo, deixando-se de lado as posições.

Dessa maneira as pessoas negociam sobre suas necessidades fundamentais, diferenciando a resolução do problema da incompatibilidade entre as pessoas. Só é possível resolver adequadamente o conflito quando as partes conseguem separar as pessoas do problema e concentrar os esforços na sua resolução, preservando-se as pessoas.

1.2.2 A Mediação.

É o meio de resolução de conflitos pelo qual uma terceira pessoa, o mediador, atua de maneira a aproximar dois ou mais litigantes para que estes possam manter um grau mínimo de comunicação que lhes permita negociar uma forma de colocar fim as suas pendências.

A mediação é por vezes tomada como uma negociação intermediada por um terceiro, já que o mediador atua no sentido de facilitar o processo comunicacional entre as partes, utilizando-se de ferramentas que visam restabelecer e manter a comunicação ao longo do desenvolvimento do procedimento de mediação. Todas as ferramentas utilizadas pelo mediador para facilitar o processo de comunicação entre os litigantes são ferramentas comunicacionais como: paráfrases; perguntas abertas, fechadas e reflexivas; agente da realidade, etc.

Para Álvarez (2003, p. 126-128) existem vários modelos de mediação, tomando-se cada modelo como um conjunto complexo de condutas interativas que operam dentro de um quadro social determinado. A referida autora define a mediação como um procedimento flexível e não obrigatório de resolver diferenças em que o mediador, atuando como um terceiro neutro, facilita a negociação das partes, ajudando-as a chegar a um acordo (Álvarez, 2003, p. 135).

O mediador é instituído pela vontade das partes, atuando como um facilitador do processo comunicacional e não têm por função a proposição de meios para solucionar o conflito que lhe é apresentado. Não há, na ordem jurídica brasileira, a mediação forçada.

Para Santos (2004, p. 16) é essencial que o mediador mantenha uma equidistância entre as partes e evite demonstrar qualquer juízo de valor quanto ao conflito, caracterizando uma conduta de imparcialidade e de neutralidade perante as partes.

1.2.3 A Conciliação.

A distinção terminológica entre negociação, conciliação e mediação está longe de ser pacífica como bem demonstra Costa (In: AZEVEDO, v. 3, 2004, p. 161-201), destaca que tradicionalmente a doutrina tenta classificar os conceitos a partir da distinção entre dois critérios; o modo de atuação do terceiro imparcial e o tipo de conflito envolvido.

Tradicionalmente, entende-se a mediação como uma forma em que o mediador interfere indiretamente na resolução de conflitos, sem oferecer propostas de acordo enquanto o conciliador, por outro lado, participa de maneira mais marcante, oferecendo alternativas para a resolução de conflito.

Calmon indica que, no Brasil, a idéia de conciliação se encontra vinculada a uma negociação intermediada por um juiz ou por pessoa vinculada à estrutura judiciária e que ocorreria no âmbito de uma disputa já trazida ao Poder Judiciário (Calmon, 2007, p. 142-144). Existe, entretanto, a conciliação extrajudicial e a conciliação judicial (ou endoprocessual), sendo que somente a última ocorre como uma etapa do processo judicial já instaurado.

Não é incomum, no transcorrer de uma negociação intermediada por um terceiro imparcial e neutro, que as noções e as atribuições de um mediador e de um conciliador se integrem em uma única pessoa, tornando a distinção entre essas idéias pouco útil ou até mesmo impossível.

Ferreira Netto (2008, p. 7-8) apresenta uma tabela distintiva entre os institutos da mediação e da conciliação:

Conciliação Prévia	Mediação
Características Básicas.	Características Básicas.
Princípio da igualdade entre as partes.	Princípio da igualdade entre as partes.
Celeridade.	Celeridade.
Pressupõe negociação.	Pressupõe negociação.

Não há previsibilidade da decisão.	Há previsibilidade da decisão.
Aplicável em direitos patrimoniais disponíveis.	Aplicável em direitos patrimoniais disponíveis, bem como em outras áreas do direito.
Meio de composição em que uma comissão paritária incentiva a conciliação entre as partes.	Meio de composição de interesses em que um terceiro procura fazer com que as partes encontrem uma solução para o conflito.
Não é previsto o sigilo.	Processo sigiloso.
No local da prestação de serviços em que for instituída a Comissão, é necessária sua tentativa para o empregado poder ingressar com uma ação reclamatória.	Não é obrigatória, mas sim voluntária e a qualquer momento, as partes que a instituíram, podem dela desistir.
Controle das partes auxiliadas pela Comissão.	Controle das partes e do mediador, que auxilia as partes.
Pode resultar infrutífera pois a Comissão não tem poder decisório, restando o Poder Judiciário.	Pode resultar infrutífera, uma vez que o mediador não tem poder decisório, restando ainda o poder judiciário.
Não responsabilização dos membros da comissão no que for decidido.	Não há responsabilidade do mediador no que for decidido.
O termo da conciliação constitui-se em título executivo extrajudicial.	O termo que o mediador lavra constitui-se como termo de acordo extrajudicial.
A lei concede o prazo de 10 (dez) dias para a tentativa de composição.	Não há tempo previsto para a composição, salvo quando estipulado pelas partes.
Os profissionais deverão possuir qualidades, tais como imparcialidade, competência, diligência e neutralidade.	Os profissionais deverão possuir qualidades tais como imparcialidade, competência, ser discreto, independente, possuir diligência e neutralidade.
Flexibilidade do procedimento, porém dado ao pouco tempo para a tentativa de solução do conflito, pouco se pode fazer quando de	Flexibilidade do procedimento é total, uma vez que as partes dirão do tempo e das provas.

uma demanda mais complexa.	
Onde existir Comissão de Conciliação Prévia instituída, torna-se obrigatória seu uso.	É totalmente voluntário, fundamentando-se no princípio da boa-fé.

1.3 As formas heterocompositivas de resolução de conflitos.

As formas heterocompositivas se caracterizam pelo fato que quem determina o desfecho do conflito é uma terceira parte, que profere uma decisão autônoma à vontade das partes, de forma que a sua decisão se torne vinculativa.

Atualmente é o método de resolução de conflitos mais utilizado, principalmente por meio da sua forma judicial.

Por vezes os seres humanos, mesmo quando conscientemente não são os detentores dos direitos disputados, se recusando a reconhecerem espontaneamente os direitos alheios pois, para tanto, teriam que abdicar de alguma vantagem. Assim sendo, torna-se imprescindível a existência de mecanismos que possibilitem a resolução de conflitos de forma que a vontade das partes seja substituída pela decisão, de caráter obrigatório, imposto por um terceiro escolhido pelos próprios litigantes ou apontado pela lei.

As formas de heterocomposição mais tradicionais são a judicial e a arbitragem.

1.3.1 Forma Judicial.

A forma judicial é exercida pela função Judiciária de um Estado e é, indubitavelmente, o método de resolução de conflitos mais utilizado hodiernamente. Ela se fundamenta no fato de que, na maioria dos países ocidentais, se reserva ao Estado o monopólio do uso da força (coerção). Tal fato retira, do cidadão, a possibilidade de obter, por meio da força o exercício de um direito do qual acredite ser detentor, com exceção das situações prevista no próprio ordenamento jurídico e já apontadas anteriormente em que se admite a utilização da autotutela.

Na forma judicial quem têm poder de resolver o conflito, por meio de uma decisão vinculativa e obrigatória para as partes é o juiz, isto é, uma pessoa investida pelo Estado com o poder-dever de decidir o resultado de lides.

Santos (2004, p. 23), aponta algumas características da forma judicial como: a indicação do julgador pelo Estado e o seu poder de decidir decorrente do ordenamento jurídico estatal; o poder de decidir de forma vinculativa; a obrigatoriedade da decisão, seja essa de mérito ou de extinção do processo judicial; processo e procedimento estabelecidos anteriormente ao litígio e especificados na ordem jurídica; autorização do uso da força para assegurar o cumprimento das decisões proferidas pelo juiz.

1.3.2 Arbitragem.

É um método de resolução de conflitos em que as partes, através de um acordo volitivo, concordam em levar o conflito para um terceiro julgar. Esse terceiro a quem as partes atribuem o poder de decidir o conflito, de forma vinculativa, também é escolhido diretamente por elas. Recebe a designação de árbitro. Cretella Júnior define a arbitragem como:

[...] sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida. (apud. SANTOS, 2004, p. 23-24)

Carmona por sua vez utiliza o seguinte conceito:

[...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da decisão judicial.

[...] Diz-se que a arbitragem é meio alternativo de resolução de controvérsia tomando-se como referência o processo estatal – meio heterocompositivo por certo mais empregado para dirimir conflitos. (CARMONA, 2004, p. 51-52)

Diferentemente da jurisdição estatal (forma judicial), na arbitragem as partes podem escolher, além do julgador, o direito aplicável ao processo e ao mérito do conflito. Decorre dessa possibilidade de escolha do procedimento o senso comum de que a arbitragem é, em regra, mais célere do que o procedimento judicial.

Netto (Netto, 2008, p. 15) classifica a arbitragem da seguinte forma: a) **arbitragem de direito ou de equidade**. Nessa modalidade, a decisão de mérito a ser proferida pelo árbitro pode se fundamentar em regra de direito, apontada pelas partes, ou podem autorizar o árbitro a afastar aplicação de regras jurídicas e fundamentar a sua decisão no senso de justiça da comunidade, aceita naquele momento histórico; b) **arbitragem institucional ou arbitragem “ad hoc”**. Na primeira hipótese, as partes recorrem a um organismo institucional que preste os serviços de arbitragem. Neste caso as partes se sujeitam às normas da instituição previamente estabelecidas, escolhendo a instituição e se submetendo as suas regras. Na segunda hipótese não há previsão alguma sobre o direito aplicável ao procedimento e ao mérito, apenas sobre o procedimento de escolha do árbitro. Caberá ao árbitro escolher, diante de um conflito apresentado pelas partes, as regras que serão aplicadas ao caso; c) **arbitragem singular e colegiada** – na primeira um único árbitro decide o conflito. Na segunda a decisão é tomada por órgão colegiado composto por dois ou mais árbitros.

A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, ao legislar sobre o tema da arbitragem, determinou certas particularidades a serem seguidas pelas partes que optem pela utilização da arbitragem:

- a) Deve-se assegurar os princípios do contraditório e da ampla defesa, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento;³
- b) As partes devem possuir capacidade contratual para promover a escolha da arbitragem como meio hábil para dirimir o conflito;⁴
- c) Somente pode ser objeto da arbitragem os direitos patrimoniais disponíveis;⁵
- d) A cláusula arbitral é autônoma em relação ao contrato principal, isto é, a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula arbitral;⁶
- e) Aplicam-se as mesmas causas de impedimento e de suspeição do árbitro que estão previstas no ordenamento jurídico aos juízes togados;⁷

Além dessas características, outras devem ser apontadas tais como: a arbitrabilidade subjetiva e objetiva e os instrumentos de escolha da arbitragem, ou seja, os aspectos relevantes da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.

³ Parágrafo 2º do art. 20 da Lei nº 9.307/96.

⁴ Artigo 1º da Lei nº 9.307/96.

⁵ Artigo 1º da Lei 9.307/96.

⁶ Artigo 8º da Lei nº 9.307/96.

⁷ Artigo 14 da Lei nº 9.307/96.

Na arbitrabilidade subjetiva se analisa quem pode se sujeitar à arbitragem. O ordenamento é claro em determinar no art. 1º da Lei nº 9.307/96 que todos capazes de contratar podem se submeter à arbitragem. Assim, deve-se analisar, essencialmente, a capacidade civil e jurídica das partes litigantes e se a vontade, no momento da anuência com a instituição da arbitragem, não se encontrava viciada, como nos casos de coação por meio de violência física ou psíquica ou nos casos de debilidade decorrentes de questões médicas. Segundo Eduardo Grebler a arbitrabilidade subjetiva assim pode ser definida:

Arbitrabilidade subjetiva indica a capacidade jurídica da pessoa para celebrar convenção arbitral. No caso da pessoa natural deve ter alcançado a maioridade civil e estar imune a qualquer restrição de direito que lhe reduza o pleno exercício da vontade. No caso da pessoa jurídica, sua plena capacidade resulta da inexistência de limitações para comprometer-se e, ulteriormente, submeter-se à decisão de julgadores não integrantes do Poder Judiciário. (GREBLER, 2004, p. 61)

Quanto aos instrumentos de escolha da arbitragem como meio de resolução de conflitos têm-se tal escolha através da cláusula compromissória (cláusula arbitral) ou do compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é o acordo contratual em que as partes antes da ocorrência de qualquer litígio, concordam, caso venha a surgir algum, em submeter a um árbitro a sua resolução.

Como já indicado anteriormente, a cláusula arbitral é autônoma ao restante do contrato, isto é, mesmo que por determinado motivo o contrato seja reconhecido como nulo ou anulável, a cláusula produzirá o seu efeito jurídico principal que é o de atribuição de competência ao árbitro.

A cláusula compromissória distingue-se do compromisso arbitral. Enquanto a cláusula arbitral – ou compromissória - é o instituto pelo qual as partes anuem em resolver conflitos futuros e incertos por meio da arbitragem, o compromisso arbitral pressupõe a existência de um conflito já existente. Dessa forma o compromisso arbitral é o instrumento de atribuição de competência ao árbitro para decidir um conflito já surgido. Representa a escolha da utilização da arbitragem para resolver um conflito já posto e não hipotético como nos casos da cláusula compromissória.

No que tange a arbitrabilidade objetiva, faz referência as matérias que podem ser submetidas ao julgamento por meio de árbitros. Também tal questão está prevista no art. 1º da Lei nº 9.307, fixando-se nos direitos patrimoniais disponíveis. Santos (2004, p.

59) os definem como sendo “os direitos [...] que o ordenamento jurídico assegura que sejam exercidos livremente pelos seus titulares. São direitos cujos titulares podem alienar, transacionar ou renunciar, ou seja, livremente dispor”.

É nessa seara que se têm os maiores questionamentos de utilização da arbitragem pelo Estado (seja celebrando cláusula compromissória ou compromisso arbitral, seja se submetendo a decisão do árbitro independentemente de figurar no processo arbitral no pólo ativo ou passivo), visto que grande parte dos direitos exercidos pelo Estado são tomados como direitos indisponíveis, tornando indisponíveis os objetivos por esses tutelados.

Pode-se, entretanto, considerar como bens ou direitos disponíveis do Estado todos aqueles que possam ser expressos pecuniariamente e que não sejam considerados indisponíveis por dispositivo do ordenamento jurídico.

A discussão entre natureza pública e privada⁸ dos bens, materiais ou imateriais, nos Estados democráticos tornou-se comum, pois a distinção entre público e privado invoca noções que servem tanto à estabilidade do Estado como ao equilíbrio visado pela separação deste em três funções distintas e autônomas, a fim de se assegurar que o Estado funcione efetivamente em prol de seus cidadãos, preservando patrimônios de grande valia à coletividade. Além do mais, segundo Bobbio:

[...] a relevância conceitual e classificatória, senão axiológica, da dicotomia público/privado, revela-se no fato de que ela compreende, ou nela convergem, outras dicotomias tradicionais e recorrentes nas ciências sociais, que a completam e podem até mesmo substituí-la, tais como: lei/contrato, desigualdade/igualdade, justiça distributiva/justiça comutativa. (BOBBIO, 1999, p. 15)

Como em tudo que se inter-relaciona, com o aprofundamento da análise e da complexidade das situações fáticas, observa-se que tanto na separação das funções do Estado como na classificação entre bens públicos e privados existe uma zona de penumbra, tendo inúmeros casos no ordenamento brasileiro em que as funções se misturam como, por exemplo, na competência do Senado Federal em julgar o presidente da República em casos de crimes de responsabilidade (função judicial) ou na figura do mandado de injunção em que se busca provocar uma conduta legiferante por meio do Poder Judiciário.

O mesmo ocorre com a noção de bens públicos e privados ou, melhor direcionando o tema, bens de natureza patrimonial disponível ou indisponível. Um exemplo

⁸ Que será essencial ao se discutir a arbitrabilidade objetiva, isto é, o que pode ou não ser objeto da arbitragem.

desse fato, que interliga as noções de bens públicos e privados, ocorre nos tombamentos de edifícios históricos nos quais, a fim de se preservar um determinado local ou área, se promove o tombamento de uma área maior sob o argumento de que a medida irá beneficiar a comunidade e as gerações futuras. Nesses casos, ainda se tratam de bens privados, mas encontram-se, porém, sujeitos a enormes limitações de construção ou de modificação em benefício da coletividade, tendo certos direitos patrimoniais limitados.

Contudo, muitas vezes, esta tentativa de preservação se mostra extremamente danosa à localidade, minando o desenvolvimento sócio-econômico da região ao bloquear a mudança da fachada dos prédios tombados dentre outras limitações. De acordo com Meira (Meira, 1984, p. 285), “a divisão dicotômica em direito público e privado, de remotas origens romanas, se desfigura ante a trepidação do século em que o interesse individual, o social e o estatal se entrelaçam de tal forma, que nem sempre é fácil estabelecer suas fronteiras e suas prioridades”.

No caso em voga nesse trabalho percebe-se essa zona de penumbra quando a legislação do Brasil claramente visa enquadrar as reservas petrolíferas no sentido lato como bens indisponíveis da União enquanto se esforça para facilitar o acesso de capitais estrangeiros a essas reservas com o intuito de fomentar a pesquisa e a produção desses bens com base nos princípios econômicos da livre-concorrência para melhor servir a população, auferindo assim, caráter comercial ao produto dessas reservas. Dessa forma, para se justificar a relativização do monopólio, amparado em fundamentos de estratégias geopolíticas e econômicas, juntamente com a necessidade de circulação e conseqüente consumo do petróleo, se faz uma interpretação forçosa da natureza jurídica do petróleo: as reservas como um todo são exploráveis e finitas mas, ainda assim, inalienáveis, características de bens indisponíveis, contudo seu conteúdo é plenamente comerciável, cabendo assim as regras referentes aos patrimônios disponíveis.

Porém, antes de se analisar a possibilidade utilização da arbitragem quando o Estado é uma das partes, deve-se questionar sobre quais objetos pode o Estado contratar e analisar a possibilidade da incidência de cláusula arbitral nos Contratos Administrativos. Também se tem que levar em consideração a enorme pressão econômica mundial que leva à vedação do Estado de exercer atividade com fins econômicos de pessoa privada e, em contraponto, o monopólio que o Estado possui sobre a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, sobre a refinação do petróleo nacional

ou estrangeiro assim como sobre a exportação e importação dos produtos e derivados básicos resultantes destes, além do monopólio sobre o transporte marítimo e por meio de dutos desses produtos, desde que nacionais, assim como monopólio no setor de pesquisa e desenvolvimento sobre o tema (Constituição Federal, art. 177 e incisos) e o papel que a arbitragem exerce no contexto de potencial exportador que aos poucos se solidifica. Todos esses temas serão identificados e apreciados nos próximos capítulos.

2 Aspectos relevantes dos contratos da Administração Pública

Os contratos administrativos são um dos principais meios pelo qual o Estado realiza suas funções e mantém seu funcionamento. Podem ser definidos da seguinte maneira:

[...] como todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública⁹ e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.¹⁰

Nas palavras de França, os contratos administrativos são:

As declarações convencionais emitidas pela Administração e terceiros, que introduzem normas jurídicas individuais destinadas à regulação de interesses contrapostos, sob um regime jurídico-administrativo (FRANÇA, 2006, p. 10).

Como será exposto mais adiante, convém esclarecer que em determinadas matérias reconhece-se a competência da Administração realizar contratos de caráter jurídico privado.

Di Pietro indica a dificuldade de se realizar uma definição para os contratos administrativos entendendo existir pelo menos três correntes com posicionamento distinto que:

- a) nega a existência dos contratos administrativos, pois alegam que estes não observam o princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória dos contratos;
- b) defende que todos os contratos celebrados pela Administração são administrativos, pois nesses contratos sempre haveria a interferência do regime jurídico administrativo, prevalecendo os princípios de direito público;

⁹ O trabalho se restringe a analisar a Administração Pública em sentido estrito que de acordo com DI PITRO (2008, p.53) compreende; “a) em sentido subjetivo: as pessoas jurídicas, órgão e agentes públicos que exercem a função administrativa; b) em sentido objetivo: a **atividade administrativa** exercida por aqueles entes.”, tendo como objetivos o fomento, a polícia administrativa e o serviço público. Sendo composta, em nível federal, pela Administração direta (os serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios) e indireta (que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas) – redação dada pelo Decreto Lei nº 200 de 25/02/1967 -. Apesar do decreto se referir explicitamente à Administração Federal, segundo a autora acima citada, “[...] não há dúvida de que contem conceitos, princípios, que, com algumas ressalvas feitas pela doutrina, se incorporam aos Estados e Municípios, que admitem aquelas mesmas entidades como integrantes da Administração Indireta” (DI PIETRO, 2008, p.57).

¹⁰ Art. 2º, § único, da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 (também conhecida como Lei das Licitações)

- c) aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato, com regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.¹¹

Di Pietro menciona outras correntes doutrinárias que estabelecem formas de diferenciar os contratos administrativos dos contratos privados. Pode-se adotar o critério **subjetivo** ou **orgânico**, entendendo que para se configurar um contrato administrativo, a Administração Pública deve utilizar-se do **poder de império**, senão o contrato será de caráter privado. Outra corrente define os contratos administrativos como sendo os que têm por objeto a organização e o funcionamento dos serviços públicos, sob pena de serem considerados contratos privados. Há ainda os que atribuem aos contratos administrativos o princípio da finalidade pública e, por fim, os que defendem que é o procedimento que distinguiria os contratos administrativos dos contratos privados (Di Pietro, 2008, p. 239).

A posição que se utilizará para o presente trabalho é a segunda, apontada no item b. Acredita-se que todo contrato efetuado pelo Estado, no fundo, tem por amparo um viés publicista, pois deverá estar sendo realizado em benefício da sociedade, mesmo que indiretamente. Além do mais, o termo contrato administrativo espelha uma linguagem por demais técnica e específica do universo jurídico que destoa do restante da realidade, a quem esta deveria servir já que, claramente, existem contratos com funções administrativas envolvendo entidades privadas, aos quais, porém, não cabe a denominação de contratos administrativos, apesar de o serem.

Não se acredita que um mesmo termo em vernáculo deva possuir sentidos diferentes na linguagem não-jurídica e na jurídica, por mais que se defenda que uma ciência necessite de termos técnicos para uma melhor sistematização. Assim sendo, têm-se que a melhor forma de denominar os contratos administrativos seja como **Contratos da Administração Pública** ou **Contratos Administrativos Públicos**, sendo regidos ora por regras de Direito Privado ora por regras de Direito Público, conforme a matéria discutida.

Ressalva-se, também, que nem sempre vão ser aplicadas as cláusulas exorbitantes previstas pela legislação em prol da Administração Pública, base da terceira categoria apontada no item c. Essas cláusulas exorbitantes, que para Di Pietro (2008, p. 243), “[...] não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra”, para outros constitui-se no

¹¹ Di Pietro, 2008, p. 237-238

fator determinante para a distinção entre contratos de direito privado e contratos administrativos.

Como expõe Moreira:

As prerrogativas do Poder Público são peculiaridades presentes, sejam elas explícitas ou implícitas, em todo o contrato travado com a Administração. Em geral, são chamadas de cláusulas exorbitantes, e decorrem de lei ou de princípios próprios ao Direito Público, que regem a atividade administrativa. São chamadas de cláusulas exorbitantes justamente porque se constituem em privilégios que não são admitidos nas relações de direito privado. Tais privilégios, se existentes num contrato de direito privado, são tidos, no plano jurídico, como nulos ou de nenhum efeito jurídico. (Moreira, artigo da internet)

Dentre as cláusulas exorbitantes pode-se destacar a exigência de fiador e as possibilidades de alteração e rescisão unilateral pela Administração., como prevê o inciso II do art. 58 da Lei de Licitações: “o regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de [...] rescindi-los unilateralmente nos casos do inciso I do art. 79 desta lei.”.

O inciso I do art. 79 limita as possibilidades de rescisão unilateral da Administração aos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do art. 78 da Lei nº 8.666/93:

- I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;
- II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;
- III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;
- IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;
- V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;
- VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;
- VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;
- VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;
- IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;
- X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;
- XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;
- XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

[...]

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato. (Art. 78 da Lei nº 8.666/93)

Nota-se que se trata de rol exaustivo sobre as possibilidades de rescisão unilateral dos contratos pela Administração, existindo outras previsões legais na mesma lei para as rescisões consensuais e judiciais. A alteração unilateral está prevista genericamente no art. 58 da mesma lei e de forma mais específica no art. 65, I que a autoriza nas seguintes situações:

1. quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
2. quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos nos parágrafos do mesmo dispositivo. (DI PIETRO, 2008, p.254)

Para tanto deve haver adequada motivação por parte da Administração Pública, a natureza do objeto não pode ser modificada e deve ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes e ainda, com relação ao limite quantitativo, pode este ser majorado ou diminuído em, no máximo, 25% do valor inicial nos casos de obras serviços ou compras ou em até 50% nos casos de reformas de edifícios ou de equipamentos. Havendo alteração consensual esses limites podem ser expandidos.

Porém, segundo Moreira (artigo da internet), não obstante tais ajustes conferirem à Administração posição jurídica privilegiada, não lhe retira a natureza de contrato consensual, ou seja, o contrato administrativo não configura relação em que subsistem vantagens apenas ao Poder Público. Se ocorresse dessa forma não haveria interessados em firmar ajustes com os órgãos administrativos.

Nas palavras de Ramos, se permite analisar os contratos administrativos de várias maneiras, entre elas com o enfoque nos objetivos e finalidade da Administração ao contratar:

De plano, podemos constatar uma divisão a ser feita na atividade negocial do Estado, instrumentalizada por contratos administrativos, a par da conhecida divisão, feita em sede jurisprudencial, dos atos de Estado *ius imperi* ou *ius gestionis*, que fundamentam as decisões do Supremo Tribunal Federal no que tange a vários julgamentos de questões trabalhistas envolvendo Consulados ou Embaixadas, que em princípio gozam da imunidade de jurisdição, e brasileiros nestas empregados. Com efeito, há que se separar nos contratos administrativos aqueles que são realizados em virtude do preenchimento da finalidade perene da Administração Pública, qual seja, o atendimento do *interesse público*, daqueles outros que a Administração celebra sem perseguir de maneira direta sua finalidade, sendo que estes

últimos existem sempre de forma instrumental e subsidiária. Assim é que a própria Lei 8.666/93, que disciplina as contratações administrativas, distingue a atividade administrativa negocial em:

a) Contratos de direito privado da Administração, regidos pelo direito privado quanto ao conteúdo e efeitos, e apenas quanto a eles, visto a remissão que o art. 62, § 3º faz aos arts. 55 a 58 e 61 da Lei 8.666/93, sendo que o mencionado dispositivo faz menção expressa aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado, além dos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público;

b) Contratos administrativos regidos quanto ao conteúdo e efeitos pelo direito público, embora supletivamente incidam os princípios da teoria geral dos contratos e as normas de direito privado, de acordo com o art. 54 da Lei. (RAMOS, 2003)

Os contratos administrativos, portanto, podem, dependendo de seu objeto, possuir natureza jurídica de direito público ou de direito privado. Por mais que a Administração Pública e os atos praticados por ela sejam indissociáveis da noção de interesse público, esta, eventualmente, pratica atos que não se justifica que sejam regidos por regras diferentes das existentes no direito privado. Ainda assim, todos os seus atos devem estar de acordo com os princípios do Direito Administrativo.

Carvalho Filho (1999, p. 638), aponta como características dos contratos administrativos: a) relação contratual, que se subdivide em: i) formalismo; ii) comutatividade; iii) *intuitu personae*; iv) bilateralidade; b) posição preponderante da Administração; c) sujeito administrativo e o objeto.

Di Pietro (2008, p. 247), indica outras características, tais como: a) presença da A.P como poder público; b) finalidade pública; c) obediência à forma prescrita em lei; d) procedimento legal; e) natureza de contrato de adesão; f) natureza *intuitu personae*; g) mutabilidade.

2.1 Princípios aplicáveis a Administração Pública e aos contratos administrativos.

A Administração Pública, se tratando de organismo estatal destinado a garantir a sustentabilidade e efetividade dos fundamentos do poder público, rege-se por uma série de princípios que têm por escopo, além de possibilitar seu funcionamento, evitar que

durante o desempenho de suas funções, não extrapole seus poderes causando mais danos que benefícios à sociedade.

Entende-se por princípios certos valores morais ou regras que, em determinada área, pelo uso e estudo recorrentes na prática e na doutrina, adquirem tamanha importância ao tema que passa a ser indissociável daqueles, servindo como paradigmas e passando, assim, a legitimar e sustentar o referido sistema. Apesar da força e relevância que a idéia deve possuir para poder ser elevado ao status de princípio, nada impede que, com o decorrer dos anos, com mudanças fáticas, doutrinárias e legislativas os princípios sejam aos poucos alterados, superados ou mesmo excluídos.

Note-se que, quanto mais relevantes os princípios mais estáveis e duradouros eles serão. Cretella Júnior (1992, p. 06) e Di Pietro (2008, p. 61) os classificam em quatro modalidades: a) princípios onivalentes (ou universais) – os princípios lógicos encontrados em toda construção científica elaborada pelo homem; b) princípios plurivalentes – os princípios comuns a um grupo de ciências semelhantes; c) princípios monovalentes – os princípios que atuam em somente uma ciência; d) princípios setoriais – os princípios de um setor de determinada ciência.

Para Meirelles, os princípios são padrões pelos quais “[...] deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público [...]” (Meirelles, 2009, p. 88).

Para tanto a Administração conta com uma série de privilégios e, ao mesmo tempo limitações explícitas ou implícitas, estabelecidas na legislação e que são expressas por meio dos seguintes princípios, conforme elenca Bandeira de Mello (2009, p. 95-136):

- a) **princípios explícitos** - princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, previstos no art. 32, *caput*, da Constituição Federal;
- b) **princípios implícitos** - Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da motivação, princípio da publicidade, princípio do devido processo legal e da ampla defesa, princípio do controle judicial dos atos administrativos, princípio da responsabilidade do Estado pelos atos administrativos, princípio da boa Administração, princípio da segurança jurídica.

Tomar-se-á, por primeiro, os princípios explícitos para, após, se abordar cada um dos princípios implícitos:

- O princípio da legalidade é o princípio constitucional que determina que a Administração Pública somente pode agir por meio de atos administrativos no sentido de “[...] conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados [...].” (Di Pietro, 2008, p. 63), por delegação expressa de lei. Segundo o art. 5º, II da Constituição Federal, somente em virtude de lei o cidadão será obrigado a fazer ou deixar de fazer determinada coisa. Porém, apesar de caber somente ao poder legislativo o poder de criar novas leis, ao poder judiciário recai a responsabilidade por uma produção jurídica subsidiária. Dessa forma é ao poder judiciário quem cabe, efetivamente, decidir pelo modo de aplicação da lei, interpretando-a caso a caso. À Administração Pública cabe a “emanação de atos de produção jurídica **complementares** e a aplicação concreta do ato de produção jurídico primário e abstrato contido em lei” (Di Pietro, 2008, p. 50). Isto quer dizer que, mesmo com a incidência deste princípio, a Administração detém grande poder discricionário com a finalidade de melhor cumprir com suas funções, assim manifesto também em relação à sua capacidade de contratação. O mesmo princípio é invocado ao se garantir a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para este rever decisões no âmbito administrativo (Constituição Federal, art. 5º, XXXV). Zancaner (1993, p. 17-18), esclarece que há três concepções sobre como ocorrerá a subordinação do Estado a este princípio:

- a) **concepção restritiva**, que afirma que a finalidade da Administração é a realização do interesse público, e não o cumprimento da lei, e para atingir sua finalidade, só não poderia infringir a lei, igualando-se, nessa situação, a atuação estatal a do particular;
- b) **concepção ampliativa** que, ao contrário da concepção restritiva, prevê que a Administração Pública só pode atuar como e no que a lei permitir e;
- c) **concepção eclética** que diz que a Administração não atua de forma homogênea. Em alguns casos está completamente submetida à lei, em outros há margens para uma atuação mais livre do administrador em decorrência do poder discricionário.

- O **princípio da supremacia do interesse público** justifica e confere grande poder à Administração Pública. Por meio desse princípio se diferencia os atos da Administração dos atos de uma pessoa de direito privado, ao irradiar sobre ela e sobre as leis concernentes ao setor administrativos, prerrogativas e poderes que, se vistos apenas a partir de uma ótica privada, facilmente poderiam ser considerados como sendo abusivos, mas que se justificam essencialmente sobre o princípio do interesse público da Administração. Esses poderes-

deveres são concedidos ou delegados sob a justificativa que a Administração representa não apenas os interesses de umas poucas pessoas que a integram e sim, atuam em prol do cumprimento da vontade e das necessidades de toda uma coletividade. Dessa forma, portanto, “o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social” (Mello, 2009, p. 96). A aplicação do referido princípio estabelece que a Administração deve atuar numa posição de neutralidade em relação às pessoas privadas. Conforme o art. 5º, caput, da Constituição Federal, a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem discriminação nem favoritismo, constituindo um desdobramento do princípio da igualdade. Segundo Meirelles, “o princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade” decorrendo deste o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois a Administração não é titular dos direitos e sim o Estado em geral, inclusive sua população. (Meirelles, 2009, p. 105).

- O **princípio da impessoalidade** é o que retira a responsabilidade do agente da Administração pelos atos praticados por este no exercício legal de suas funções, desde que livre de vícios legais. Este princípio visa à sustentação da eficácia da Administração assim como a fundamentação de seus atos pois, caso não existisse, e se a responsabilização pelos atos administrativos fosse personalizada, ao invés de institucionalizada, teria-se uma demora excessiva para a atuação do agente administrativo, pois este ficaria temeroso das conseqüências fáticas advindas da execução dos atos administrativos. Como endossa Bandeira de Mello:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (Mello, 2009, p.114).

- Pelo **princípio da eficiência**, os agentes da Administração devem sempre atuar visando uma maior efetividade das ações dos órgãos administrativos, atentando-se para as relações custo-benefício de determinadas concessões públicas e para os benefícios e prejuízos de certos decretos administrativos. Contudo, para se tornar mais eficiente, a Administração não pode praticar atos fora de sua competência. Como explica Di Pietro (2008, p. 80), “[...] a eficiência é o princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.”. Para Meirelles (2009, p.98), o princípio

da eficiência “é o mais moderno princípio da função administrativa, já que não se contenta em ser desempenhado apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e seus membros”. Quanto aos limites do princípio da eficiência Rocha França afirma que:

Há respeito à eficiência quando a ação administrativa atinge materialmente os seus fins lícitos e, por vias lícitas. Quando o administrativo se sente amparado e satisfeito na resolução dos problemas que ininterruptamente leva à Administração. O princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda a ação administrativa deve ser orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones do regime jurídico-administrativo [...]. Somente há o respeito e a observância do princípio da eficiência administrativa quando o administrador respeita o ordenamento jurídico, mesmo diante de finalidade legal efetivamente atingida. (França, 2006, p. 168)

- O **princípio da motivação** determina que todos os atos e decisões da Administração devem ser motivados, isto é, deve ser explicada publicamente a razão das suas existências e de seus conteúdos, todas as vezes que os atos: a) neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; b) imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; c) decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; d) dispensem ou declarem a inexigibilidade de procedimento licitatório; e) decidam recursos administrativos; f) decorram de exame de ofício; g) deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; h) impliquem na anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.¹² Tal princípio é essencial para garantir que não haja abuso de poder por parte dos agentes administrativos., limitando a possibilidade de decisões administrativas que possam vir a criar ou limitar direitos. De acordo com Mello (2009, p. 112), a motivação deve ocorrer de forma prévia ou durante a execução dos atos administrativos. Dessa forma, segundo Meirelles, “a motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda” (MEIRELLES, 2009, p. 103).

- Por meio do **princípio da publicidade** se busca assegurar a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública. No entanto, certas informações, que por suas características, não possuem relevante interesse à coletividade como, por exemplo, as informações de apuração de ilícito administrativo que, se tornadas públicas, podem causar constrangimento ao agente investigado administrativamente, devem ser mantidas em sigilo, sendo garantido, porém, o acesso dos interessados a elas. Caso haja resistência por parte da

¹² Art. 50 da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

Administração Pública em fornecer determinados dados, a Constituição Federal prevê a possibilidade de acesso as informações por meios dos mandados de segurança ou, em casos mais restritos, do habeas data.

Além dos princípios acima elencados é possível localizar, na legislação, na jurisprudência ou na doutrina, outros princípios aos quais a Administração se sujeita, tais como:

- a) **Presunção de legalidade ou da veracidade** – princípio que determina que os atos e motivações da Administração sejam verdadeiros e amparados legalmente. Serve para fundamentar a auto-executividade dos atos e disposições administrativas;
- b) **Especialidade** – decorrente dos princípios da legalidade e da finalidade, determina que as funções dos órgãos da Administração devem ser bem delimitados na lei que as criou, a fim de garantirem somente a intervenção necessária na seara pública assim como a máxima eficiência do órgão;
- c) **Controle ou tutela** – princípio que determina que, apesar da autonomia das entidades da Administração indireta, estas se submetem à supervisão da Administração direta. A fim de garantir a eficiência daquelas entidades deve ser bem delimitado por lei;
- d) **Autotutela** – é o princípio que permite que a Administração atue coercitivamente para preservar sua autoridade e cumprir com seus objetivos, fiscalizando seus próprios atos. Está consagrado pelo Supremo Tribunal Federal nas súmulas nº 346 e nº 473 que determinam, respectivamente, que “a Administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos” e que “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”;
- e) **Hierarquia** – princípio que se refere à forma de organização da Administração Pública, determinando uma relação de cooperação e subordinação entre seus órgãos. Importante para a garantia do princípio da eficiência, assim como para a delimitação de competência nos atos e processos administrativos;
- f) **Continuidade do serviço público** – Determina que “[...] o serviço público, sendo a forma pelo qual o Estado desempenha funções essenciais à coletividade, não pode parar.” (Di Pietro, 2008, p. 69). A partir do referido princípio têm-se, por exemplo, a limitação do direito de greve no serviço público; a necessidade de mecanismos que

supram eventuais lacunas de servidores da Administração Pública (como a suplência); a delegação e a substituição; a impossibilidade de ente privado invocar o *REBUS SIC STANTIBUS* para interromper a relação contratual;

- g) **Moralidade administrativa** – um princípio que indica que os agentes administrativos devem exercer sua função de forma a não se desviarem dos propósitos da Administração. Princípio mais desenvolvido no âmbito da análise das questões de probidade e improbidade administrativa que auxilia a determinar se o modo de agir de determinado agente administrativo foi correto ou não. De acordo com Meirelles, “de certa forma, a moralidade se compara à boa-fé objetiva do Direito Privado e [...] denota estado de consciência ou convencimento de obrar em conformidade ao Direito” (Meirelles, 2009, p. 93);
- h) **Razoabilidade e proporcionalidade** – princípios que visam impor limites à discricionariedade administrativa e determinam que os atos administrativos têm que agir de forma a cumprir seus objetivos por meio de providências sensatas e que não extrapolem sua finalidade por meio de excessiva abrangência ou severidade, nem de forma inversa, sendo de pouca relevância e com alto custo de implantação;
- i) **Segurança Jurídica** - Princípio que institui que a Administração Pública, ao agir com a finalidade de cumprir com suas obrigações deve se atentar para não emitir atos normativos que atentem contra direitos adquiridos, prejudicando assim a segurança jurídica.

2.2 Espécies de Contratos Administrativos.

Meirelles conceitua contrato administrativo como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração” (Meirelles, 2009, p. 214).

Já Justen Filho prefere “definir contrato administrativo como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa” (Justen Filho, 2006, p. 284).

Mello por sua vez os define como sendo:

[...] um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo do objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas, sujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. (Mello, 2009, p. 614-615)

Sobre o regime jurídico dos contratos administrativos, Gama e Souza Junior (Gama; Souza Júnior, 2005, p. 18) indicam que os contratos administrativos podem ser: a) contratos de direito privado, praticados no exercício das atividades administrativas; b) contratos administrativos de delegação de competência ou; c) contratos administrativos propriamente ditos.

Ao utilizar a capacidade volitiva para melhor desempenhar suas funções ao contratar, a A.P deve observar todos os princípios acima mencionados, lembrando que, de acordo com Di Pietro, a Administração pode celebrar contratos de direito privado, “como a compra e venda, a doação e o comodato, regidos pelo código civil, parcialmente derogados por normas publicitas” e os contratos administrativos propriamente ditos divididos em tipicamente administrativos, “sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público” e os que têm equivalentes no direito privado, “mas são também regidos pelo direito público como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada” (Di Pietro, 2008, p. 242).

O presente trabalho irá se restringir a expor sucintamente as principais modalidades de contratos administrativos, com ênfase nos contratos de concessão de serviços públicos e em uma das suas sub-modalidades que são as Parcerias Público-Privadas.

Os contratos administrativos de concessão de exploração de petróleo e gás natural, regulado pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, por suas características peculiares que vão desde a questão constitucional da reserva do monopólio sobre a exploração e da comercialização do petróleo e do gás pela União, bem como pela hipótese de incidência da lei privada e da *Lex mercatoria* serão analisados em apartado no capítulo seguinte.

2.2.1 Contratos de concessão.

Podem-se destacar três correntes doutrinárias, que representam diferentes conceitos de contratos de concessão consoante Di Pietro (2008, p. 271):

- a) **corrente italiana**, cuja acepção de contratos administrativos de concessão é ampla abrangendo qualquer ato, unilateral ou bilateral, por meio do qual a Administração Pública concede direitos e poderes a um particular;
- b) **corrente francesa**, recepcionada pela doutrina e legislação brasileira, de caráter mais restrito que a italiana e que distingue os contratos de concessão em translativas (na qual haveria delegação ampla dos direitos e limites da Administração para o concessionário) ou constitutivas (quando há delegação parcial dos poderes da Administração ao concessionário), admitindo as modalidades de concessão de serviço público, de obras públicas patrocinadas, de concessões administrativas (concessões translativas) e de uso de bem público (concessões constitutivas);
- c) **corrente mais restritiva**, que considera como contratos de concessão apenas os casos em que ocorre a delegação para a prestação de serviços públicos.

Por ser a corrente predominante na doutrina nacional, este trabalho se filiará à segunda corrente, expondo a seguir algumas particularidades dos principais tipos de concessões previstos no ordenamento pátrio. Convém ressaltar que, formalmente, não há distinção entre os contratos de concessão. Entretanto, materialmente, cada contrato de concessão possui características distintas entre si, o que torna sua diferenciação útil ao se analisar a validade assim como as prerrogativas às quais a Administração terá direito. O ponto comum entre eles, “é a reserva que o concedente faz de alguns direitos, poderes e vantagens, como a rescisão unilateral do contrato, fiscalização, punição, etc.” (Di Pietro, 2008, p.273).

2.2.1.1 Concessão de serviços públicos.

É a modalidade de contrato administrativo¹³, pelo qual um particular se encarrega de montar e explorar um serviço público, por sua própria conta e risco, correndo os riscos normais do empreendimento, sendo garantida a inalterabilidade do objeto da concessão e sendo retribuído pelo pagamento de tarifas de utilização, a cobrar diretamente dos utentes. Também ocorre na modalidade de concessão patrocinada¹⁴, como forma de parceria público-privada, em “que se conjugam a tarifa paga pelos usuários a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado).” (Di Pietro, 2008, p.273).

¹³ Disciplinado pela Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.

¹⁴ Instituída pela Lei nº 11.079 de 2004.

Somente pode ser objeto do contrato de concessão de serviços público a atividade estatal especificamente prevista em lei. Nessa modalidade de contrato administrativo o Estado continua a ser o titular do serviço, o que lhe permite alterar ou rescindir o contrato por motivos de interesse público.

A concessão do serviço público deve ser realizada por meio de licitação na forma concorrencial¹⁵, existindo a possibilidade de ser dispensada em casos específicos previstos em lei. Por ser serviço público sua prestação é tida como indispensável, podendo vir a gerar responsabilidade objetiva ao concessionário.

2.2.1.2 Concessão administrativa.

É o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta a um sujeito de direito privado explorar a utilização econômica exclusiva de uma parcela do domínio público para fins de utilidade pública.¹⁶ Para Meirelles “é o ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentadas e contratuais” (Meirelles, 2009, p. 263).

Para Di Pietro, “Nessa modalidade a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao privado” (Di Pietro, 2008, p.273).

Mello define o contrato de concessão como:

Uma relações jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuário; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário. (Mello, 2009, p. 706)

2.2.1.3 Concessão de obras públicas.

¹⁵ Conforme o art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95.

¹⁶ Disciplinada pela Lei nº 11.079/04.

É o contrato administrativo pelo qual um particular se encarrega de executar e explorar uma obra pública, mediante retribuição a obter diretamente dos utentes, através do pagamento por estes de tarifas de utilização.¹⁷

2.2.1.4 Parcerias Público Privadas (PPPs).

Espécie de contrato administrativo, regido pela Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004, que define em seu art. 2º como sendo Parceria Público-Privada os contratos administrativos de concessão nas modalidades patrocinada ou administrativa.

Esse tipo de concessão surgiu da necessidade da Administração passar a gerir e a prestar serviços de maneira mais eficiente, utilizando não apenas a força laboral ou os equipamentos e instalações de empresas privadas, mas também realizando uma parceria que permitisse a transmissão de tecnologia e *know-how* entre as empresas privadas e o Estado, prevendo o compartilhamento de benefícios e riscos de determinada atividade.

A modalidade de PPPs patrocinada é a concessão dos serviços públicos ou obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95 com uma contraprestação adicional da Administração P além da tarifa cobrada pelos usuários¹⁸. Já as PPPs na modalidade administrativa somente ocorrem nos casos de contrato administrativos de prestação de serviços nos quais a A.P seja usuária direta ou indireta deste serviço.¹⁹

Dentre as exigências específicas para a celebração de um contrato de PPPs observam-se a exigência dos seguintes requisitos: a) o valor do contrato deve ser superior a vinte milhões de reais; b) o período de duração da parceria não pode ser inferior a cinco anos nem superior a 35 anos; c) o objetivo único deve ser o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e a instalação de equipamentos ou a execução de obras públicas.

Para sua celebração sempre deve haver licitação na modalidade de concorrência.

Segundo Barbosa:

Em linhas gerais, no projeto PPP, o setor privado fica responsável pelo financiamento total do serviço, incluindo as obras necessárias e só após a disponibilização desse serviço é que começa a receber a remuneração, seja diretamente através dos recursos do Poder Público somente ou combinada

¹⁷ Disciplinada pela Lei nº 8.987/95 e pela Lei nº 11.079/04.

¹⁸ Parágrafo 1º. do art. 2º. da Lei nº 11.079.

¹⁹ Parágrafo 2º. do art. 2º. da Lei nº 11.079.

com cobrança de tarifa do usuário, como acontece com a forma tradicional da remuneração das concessões. A amortização do investimento, como se vê, somente se inicia quando o serviço ou a utilidade já está disponível, conforme os objetivos traçados no projeto inicial. (Barbosa, 2005)

Assim sendo, os projetos de PPPs surgem como importante instrumento da Administração para garantir bens importantes aos cidadãos ao incentivar o fomento de atividades que a Administração, por si só, não seria capaz de desempenhar satisfatoriamente e que vão desde falta de know-how até a existência de uma má Administração por funcionários públicos que, muitas vezes são despreparados ou acabam por se tornar desleixados para com o exercício de suas obrigações, devido à estabilidade que gozam, como decorrência da pouca eficiência dos procedimentos administrativos disciplinares de muitos órgãos públicos, que contribuem com que muitas iniciativas da Administração se tornem excessivamente morosas e/ou pouco viáveis comercialmente. Reconhece-se que a Administração privada também não está livre desses empecilhos, mas a pressão decorrente da livre concorrência do mercado faz com que uma empresa privada seja menos compassiva com os seus funcionários despreparados do que a iniciativa pública.

Segundo Gama e Souza Júnior (2005, p. 09), embora a participação estatal na PPP mitigue os riscos do investidor privado, permanecem riscos políticos, econômicos, operacionais, regulatórios e jurídicos.

É importante destacar que existem outras modalidades de contratos administrativos não trazidos ao presente trabalho, que fez uma opção por aqueles que servem para estabelecer critérios comparativos com a temática que se abordará no próximo capítulo.

Apenas a título de exemplo, pode-se identificar, ainda, contratos administrativos de Administração contratada; de fornecimento; de gestão; de convênio; de consórcio; de terceirização; de prestação de serviço; de empreitada de obras públicas; de exploração de jogos de fortuna e azar; etc.

3 A possibilidade de utilização da Arbitragem nos conflitos decorrentes dos contratos administrativos submetidos a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997

3.1 O Petróleo no Brasil e no mundo.

Não há dúvidas de que no transcorrer do último século poucos bens adquiriram tamanha importância como o petróleo, ou óleo de pedra (do latim, *petrum* + óleo) que, já desde o fim do século XIX era tido como recurso energético de grande valia, o que fazia com que os Estados mais poderosos, nessa época em plena era do Colonialismo Europeu, demonstrassem grande interesse nos locais com reservas desse óleo, gerando grande impacto geopolítico nas relações internacionais. Nesse item, com o intuito melhor se expor o contexto da criação da Agência Nacional do Petróleo, assim como suas funções e a importância da arbitragem para esse setor da economia, será apresentado um breve esboço do contexto histórico do petróleo e como este refletiu geopoliticamente no Brasil, com ênfase inicial no estudo do monopólio e da participação da Petrobrás. Para tanto, nessa introdução serão apresentados dados importantes sobre o petróleo e sua comercialização.

O óleo existe em grande variedade de tipos, porém, comercialmente, dois são as mais utilizadas: o leve (com maior proporção de gasolina) e o pesado (com maior proporção de querosene e óleos combustíveis). Atualmente, o petróleo leve tem maior cotação no mercado mundial, por causa do elevado consumo de gasolina.

No Brasil a definição de petróleo é dada pelo inciso I do art. 6º da Lei nº 9.478/97 que o designa como “todo e qualquer hidrocarboneto líquido em seu estado natural, a exemplo do óleo cru e condensado”. Sobre suas origens pode se citar a existência de duas correntes científicas: a que atribui sua formação a fontes inorgânicas e a que defende que o petróleo deriva de fontes orgânicas como indicam as palavras de Carlos Leite Ribeiro:

São controvertidas as teorias sobre a origem do petróleo. Entre as principais figuram a da origem estritamente inorgânica, defendida por Dmitri I. Mendeleiev, Marcellin Berthelot e Henri Moissan, e a teoria orgânica, que postula a participação animal e vegetal.

De acordo com a primeira, o petróleo teria se formado a partir de carburetos (de alumínio, cálcio e outros elementos) que decompostos por ação da água

(hidrólise), deram origem a hidrocarbonetos com metanos, alcenos, etc., os quais, sob pressão, teriam sofrido polimerização (união de moléculas idênticas para formar uma nova molécula mais pesada) e condensação a fim de dar origem ao petróleo. Contra essa concepção mais antiga, levanta-se teoria orgânica, segundo a qual a presença no petróleo de compostos nitrogenados, clorofilados, de hormônios, etc..., pressupõe a participação de matéria orgânica de origem animal e vegetal. Em sua grande maioria os pesquisadores modernos tendem a reconhecer como válida apenas a teoria orgânica, na qual destacam o papel representado pelos microorganismos animais e vegetais que sob a ação de bactérias, formariam uma pasta orgânica no fundo dos mares. Misturada à argila e à areia, essa pasta constituiria os sedimentos marinhos que, cobertos por novas e sucessivas camadas de lama e areia, se transformariam em rochas consolidadas, nas quais o gás e o petróleo seriam gerados e acumulados. (RIBEIRO, artigo da Internet)

Existem vários relatos da utilização do petróleo por inúmeros povos da antiguidade que o utilizavam como fonte de iluminação ou para fins bélicos, dado sua alta inflamabilidade e características explosivas, contudo, dada as limitações tecnológicas e o próprio contexto histórico cuja economia não era tão dependente do petróleo e de seus derivados quanto à contemporaneidade, a produção era limitada a áreas em que sua extração era simples com reservas na própria superfície ou a poucos metros de profundidade. De acordo com relatos de Marco Pólo, o petróleo de Baku, no Azerbaijão, já era produzido em escala comercial, para os padrões da época, em 1271. Dados arqueológicos demonstram que foi utilizado há quase seis mil anos (MARQUES, 1999).

Pelas palavras de Bucheb (2006, p. 20), atualmente a indústria petrolífera divide suas atividades em dois tipos de classificação:

- a) as atividades do chamado *Upstream* ou E&P (Exploração e Produção), que envolvem a exploração, o desenvolvimento e a produção de petróleo e é marcado “pelos altos riscos envolvidos em suas operações, pelos elevados recursos financeiros envolvidos e pelo grande tempo de retorno dos investimentos realizados” (BUCHEB, 2006, p. 20) e;
- b) as atividades do *Downstream* que envolve o restante das operações da indústria petrolífera como refino, transporte, exportação e importação de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados.

Atualmente, o interesse nas atividades do *Downstream*, se encontra muito reduzido, se analisado em comparação com o *Upstream*, principalmente por causa da vulnerabilidade que as refinarias têm em face dos produtores como ficou claro na década de 70 com as crises políticas dos países árabes. A queda do preço do petróleo na década de 80 e a

estabilização deste na década de 90 renovaram o interesse no setor, mas sempre com a presença da sombra da possibilidade de novas crises (BUENO, 2003, p. 01).

Para se ter uma noção da situação contemporânea do petróleo, a fim de se estimar sua importância, convém mencionar dados oficiais da Agência Nacional do Petróleo divulgados em seu Anuário Estatístico sobre as reservas petrolíferas conhecidas:

As reservas provadas mundiais de petróleo atingiram a marca de 1,2 trilhão de barris no ano de 2007, permanecendo no mesmo patamar em que se encontravam no ano de 2006. As reservas provadas do Oriente Médio, região que concentra a maior parte das reservas de petróleo do mundo (61%), com volume equivalente a 755,3 bilhões de barris, praticamente não tiveram alteração em relação a 2006. As reservas da América do Norte foram as que apresentaram a maior queda relativa, assim mesmo muito pequena (1%), em decorrência da redução de 5,2% das reservas do México. É importante ressaltar que as reservas mexicanas caíram continuamente ao longo dos últimos 10 anos. (Agência Nacional do Petróleo, 2008, p. 23)

De acordo com dados de 2003 da Petrobrás, a maior parte das reservas conhecidas do Brasil estão localizadas no Rio de Janeiro em jazidas submersas:

[...] no Brasil, cerca de 85% das reservas estão localizadas na bacia de Campos, no estado do Rio de Janeiro. As bacias sedimentares brasileiras são de três tipos:

Interiores: muito extensas e pouco espessas (profundas). Apresentam, hoje, baixa produção de petróleo. Exemplos: Solimões, Amazonas, Paraná e Parnaíba.

Rift: estreitas, alongadas, profundas e apresentam produção média de petróleo. Exemplos: Tucano, Recôncavo, Alagoas e Marajó.

Marginais: de extensão e profundidades variáveis. São grandes produtoras de petróleo. Exemplos: Campos, Santos, Sergipe e Espírito Santo. (PETROBRÁS, disponível In: <http://www2.petrobras.com.br/espaco-conhecer/sobrepetroleo/Origemperspectivas_Reservas.asp>. Acesso em: 10 de maio de 2009)

Demonstrados estes dados básicos sobre o petróleo, a seguir expor-se-á um rápido histórico da evolução político-brasileira sobre o tema.

3.1.1 O período pré-Getúlio Vargas.

Segundo dados do CEPA – Centro de Ensino e Pesquisa Aplicada -, a moderna indústria petrolífera tem seu início na metade do século XIX quando, em 1850, James Young descobriu na Escócia que o petróleo podia ser extraído do carvão e xisto betuminoso, desenvolvendo assim processos de refinação pioneiros que foram muito importantes para o refino em escala industrial do produto. Segundo Marques (MARQUES,

1999), sobre a evolução da produção do óleo, “em agosto de 1859 o americano Edwin Laurentine Drake, perfurou o primeiro poço bem sucedido com potencial comercial na Pensilvânia. A produção anual de óleo cru nos Estados Unidos, de dois mil barris em 1859, aumentou para aproximadamente três milhões em 1863, e para dez milhões de barris em 1874.”.

Nas palavras do historiador Voltaire Schilling, em seu artigo *as crises do petróleo*, dois dados foram essenciais para que o petróleo assumisse posição tão relevante; A produção do primeiro veículo automotor por Henry Ford em 1896 que estimulou soberbamente o consumo de gasolina e óleo e a decisão tomada por Winston Churchill entre 1911 e 1914, quando Ministro da Marina inglesa, de substituir o carvão pelo óleo como energia para os navios da Royal Navy (SCHILLING, artigo da internet).

Até o final do século XIX, os Estados Unidos dominaram praticamente sozinhos o comércio mundial de petróleo, devido em grande parte à atuação do empresário John D. Rockefeller que criou a empresa Standard Oil Co. A supremacia americana só era ameaçada, nas últimas décadas do século XIX, pela produção de óleo nas jazidas do Cáucaso, exploradas pelo grupo Nobel, com capital russo e sueco. Em 1901 uma área de poucos quilômetros quadrados na península de Apsheron, junto ao mar Cáspio, produziu 11,7 milhões de toneladas, no mesmo ano em que os Estados Unidos registravam uma produção de 9,5 milhões de toneladas. O restante do mundo produziu, ao todo, 1,7 milhão de toneladas (MARQUES, 1999).

Paralelamente, a Royal Dutch Shell Group, de capital anglo-holandês e apoiada pelo governo britânico, se expandiu de forma acelerada nos auspícios do século XX, e passou a controlar a maior parte das reservas conhecidas do Oriente Médio. Mais tarde, a empresa passou a investir na Califórnia e no México, e entrou na Venezuela. Ao mesmo tempo, companhias européias realizaram intensas pesquisas em todo o Oriente Médio, e a comprovação de que região dispunha de cerca de setenta por cento das reservas mundiais provocou grandes impactos em todos os planos de exploração (MARQUES, 1999).

Por volta de 1890 o conglomerado de Rockefeller concentrava 30 corporações, às quais adquiriu por meio de práticas consideradas agressivas, ou mesmo desleais, como a venda de derivados de petróleo muito abaixo do custo de produção com o nítido interesse de prejudicar os rivais. Rockefeller saiu vitorioso da Guerra do Petróleo, mas seu nome ficou marcado junto à opinião pública como um dos *robber barons*, ou barões ladrões. A Standard Oil Co., por sua vez, tornou-se a empresa americana mais odiada no

mundo inteiro. Apontaram-na como o verdadeiro símbolo do Capitalismo Selvagem e, devido suas inescrupulosas incursões internacionais, exemplo vivo da arrogância imperialista norte-americana (MARQUES, 1999).

Contudo, o monopólio exercido por Rockefeller nos Estados Unidos da América, assim como a importância estratégica do petróleo e seus derivados, não passou despercebido pelo governo Estadunidense que agiu de forma incisiva como demonstram as palavras de Voltaire Schilling:

A Era Progressista que desapareceu na volúpia patrioteira da Primeira Guerra Mundial, deixou sua marca ao obrigar o grande truste petrolífero da Standard Oil Co, a separar-se em 39 outras empresas. Sentindo um clima favorável a uma ação governamental, o Presidente Theodor Roosevelt (1901-1909), resolvera chamar a si a luta contra o polvo petrolífero. Em 1906 ele entrou com um processo num tribunal federal acusando a empresa de John D. Rockefeller de desrespeitar a Lei antitruste Sherman, adotando práticas que empanavam a livre concorrência. A batalha jurídica da Administração Roosevelt contra Rockefeller se entendeu até 1911, quando a Suprema Corte Federal confirmou a sentença proferida em 1909: a Standard Oil Co. deveria de fato ser desmembrada. O grande polvo foi obrigado pela lei a desfazer-se dos seus tentáculos. (SCHILLING, Artigo da Internet)

A primeira guerra mundial pôs em evidência a importância estratégica do petróleo. Pela primeira vez foi usado o submarino com motor diesel, e o avião surgiu como nova arma. A transformação do petróleo em material de guerra e o uso generalizado de seus derivados na época em que a indústria automobilística começava a ganhar corpo fizeram com que o controle do suprimento se tornasse questão de interesse nacional. O governo americano passou a incentivar empresas do país a operarem no exterior.

Nas palavras de Carlos Leite Ribeiro, a partir de 1930, impulsionado pelo surgimento da indústria petroquímica e automobilística, houve um aumento considerável do interesse pelo petróleo:

[...] nessa época, o subproduto indesejável passou a ser a querosene, então pouco utilizado. Apenas com o advento dos aviões a jato, em 1939, esse combustível voltou a ser amplamente consumido. Dessa forma, a indústria de refino teve um impulso fenomenal, garantindo o abastecimento de milhares de veículos e o funcionamento dos parques industriais. A gasolina passou a ser o principal derivado do petróleo, enquanto ocorria uma ampliação do sistema de estradas, exigindo mais asfalto. Em 1938, 30% da energia consumida no mundo provinha do petróleo. (RIBEIRO, Artigo da Internet)

Enquanto o mundo sofria uma corrida vertiginosa em busca do óleo, a situação brasileira não era muito feliz, havendo pouquíssimo dados acerca do potencial petrolífero com algumas tentativas de perfuração mal sucedidas. De acordo com Marques

(2009), a primeira referência à pesquisa de petróleo no Brasil remonta ao final do século XIX. Entre 1892 e 1896, Eugênio Ferreira de Camargo instalou por conta própria, em Bofete, SP, uma sonda junto ao afloramento de uma rocha betuminosa. O furo atingiu mais de 400 metros, mas o poço encontrou apenas água sulfurosa. Outros dados relevantes nos são expostos pelo mesmo autor:

Somente na década de trinta pensou-se seriamente sobre a necessidade de se investir na pesquisa e exploração de reservas petrolíferas nacionais, e na de quarenta é que foram iniciadas de forma efetiva a sua exploração e produção. Até então, todo petróleo era importado, embora existissem exploradores nas regiões que apresentavam vestígios superficiais de minerais oleosos. Em 1933, a pesquisa passou a ser orientada pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, ligado ao Ministério da Agricultura. Os resultados começaram a aparecer, de fato, em 1939, quando foi descoberta a primeira jazida petrolífera brasileira, em Lobato, BA, no Recôncavo Baiano, perfurado pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, órgão do governo federal. O poço de Lobato produziu 2.089 barris de óleo em 1940. A partir daí, novas pesquisas e perfurações foram realizadas. Em 1941, o primeiro poço petrolífero brasileiro, também situado no Recôncavo Baiano, passa a produzir petróleo. (MARQUES, 1999)

Enquanto nos anos subseqüentes a busca por petróleo no mundo, assim como a dependência deste, aumentaria exponencialmente com inúmeros fatos importantes como a ocorrência das crises petrolíferas ocasionadas pela manifestação de força dos países exportadores de petróleo do Golfo Pérsico²⁰, o Brasil só viria a ter seu cenário petrolífero alterado relevantemente na década de 1930 o com o advento do Governo de Getúlio Vargas como ver no próximo sub-item.

3.1.2 O período Vargas e a Petrobrás.

Após décadas de inexpressiva produção petrolífera, conforme exposto no item 3.1, *supra*, e de domínio do capital estrangeiro sobre a exploração das reservas minerais brasileiras, com o advento do Estado Novo getulista (1937 – 1945), foram tomadas três medidas essenciais para a garantia da soberania nacional sobre estas fontes (CARVALHO, 1976, p. 22-23):

²⁰ Que, apesar de importantíssimos ao contexto da indústria petrolífera, assim como o longo período de influência colonialista dos países europeus sobre nações com grandes reservas do óleo e as conseqüências de seu subseqüente término após a segunda grande guerra que deixaram esses países em situação de grande instabilidade política e econômica, não serão aprofundados, em prol do melhor desenvolvimento deste capítulo, que visa concluir a monografia com a análise da previsão da Arbitragem pela lei nº 9.478/97.

- a) A exigência de nacionalidade brasileira para os acionistas das empresas de mineração, inserido na Constituição de 1937;
- b) a determinação pelo Decreto Lei nº 366, de 11 de abril de 1938 de que “todos os campos produtores a serem descobertos no território nacional passariam a pertencer ao governo federal” (CARVALHO, p. 22) e;
- c) a criação do Conselho Nacional do Petróleo (CNP) por meio do Decreto Lei nº 395, de 29 de abril de 1938, que também vedou a participação de estrangeiros na indústria de refinação de petróleo.

Medidas claramente de cunho preventivo, inspiradas em medidas semelhantes tomadas pelo México, já que, de acordo com Peter R. Odell:

[...] a ironia da iniciativa do governo brasileiro reside no fato de as companhias internacionais de petróleo não terem demonstrado até a criação do CNP interesse algum em explorar os recursos petrolíferos do país. O mercado brasileiro de combustíveis podia ser facilmente abastecido pelo óleo cru venezuelano e por derivados provenientes das refinarias de Aruba e Curaçao. (apud CARVALHO, 1976, p. 23)

Percebe-se então, através de mais dados expostos por Getúlio Carvalho, que, nos Estados Unidos houve um crescimento desenfreado da empresa Standard Oil Co. de Rockefeller, e de outras indústrias que, assim como a expansão da percepção do caráter paramilitar do domínio das reservas energéticas também serviu de motivador dessas medidas como demonstram trechos do pensamento de Horta Barbosa, Diretor de Engenharia do Exército em 1936, citados pelo autor “Essa concepção paramilitar da indústria do petróleo, uma constante nos discursos e escritos de Horta Barbosa, somava-se à sua profunda aversão ao que via como ‘uma penetração constante da Standard Oil, Shell, Anglo-Mexican, [...] nos menores recantos da pátria’” (CARVALHO, p. 24).

Pode-se dizer que Horta Barbosa, que presidiu o CNP de 1938 a 1943, foi um dos arquitetos diretos das medidas protecionistas porque em 1938, já no cargo de subchefe do Estado Maior do Exército, apresentou a tese de se instituir o monopólio estatal sobre as atividades do *Upstream* petrolífero que deram origem aos mencionados decretos-leis a uma comissão especial do Conselho Federal do Comércio Exterior. Ressalta-se que a aprovação pela referida comissão, a aprovação de Getúlio Vargas e a publicação do decreto criador do CNP levou apenas algumas horas dada sua relevância político-econômica com o objetivo de se evitar maior pressão internacional (CARVALHO, p. 24-25).

O CNP era um órgão autônomo diretamente subordinado à Presidência da República que tinha como principais poderes-deveres a pesquisa de jazidas de petróleo e gás natural, o controle de transporte e importação do petróleo e seus derivados em território nacional e conceder autorização para a implantação de refinarias no Brasil.

O Conselho, composto por representantes do ministério militar com poder de veto sobre questões de segurança nacional, representantes dos ministérios da fazenda, agricultura, transporte e obras públicas e do trabalho e representantes dos setores privados da indústria e do comércio, teve uma existência inicial turbulenta, pois logo após sua criação, eclodiu a segunda guerra mundial que gerou um contexto de grande dificuldade de importação, não apenas da tecnologia necessária ao CNP, mas como de escassez de inúmeros outros produtos como os de matizes energéticas, o que tornou praticamente irrealizáveis suas metas (CARVALHO, p. 25-26).

Sobre a séria situação do Brasil em meados do século XX, não apenas no ramo petrolífero, mas na questão do desenvolvimento econômico em geral aponta-se as seguintes palavras de Arnaldo Wald:

No momento em que a Segunda Guerra Mundial terminou e quando cinco anos depois se iniciou a segunda metade do século passado, o Brasil se apresentava com mais de um século de atraso em relação a países industrializados. Tínhamos uma agricultura obsoleta, uma indústria insipiente, uma infra-estrutura totalmente ineficiente e uma ausência de verdadeira vivência democrática. A legislação da época era uma superposição de disposições que correspondiam a alguns projetos elaborados no meio e o fim do século XIX (os Códigos Civil e Comercial) e de normas da ditadura Vargas. Algumas exacerbando nacionalismo e até inspiradas no fascismo dos anos 1930. As concessões de serviço público que permitiram o desenvolvimento do país no período anterior (1850-1950) estavam desaparecendo, seja em virtude do término dos prazos, seja em virtude de encampações ou de acordos, por não haver mais interesse dos concessionários. (WALD, 2005, p. 14-15)

Com o término da guerra, a política liberal ganhou grande força, recrudescendo as discussões sobre os rumos que a estratégia energética do Brasil deveria ser tomada, marcadas pelo confronto ideológico entre Juarez Távora, com um discurso pró-monopólio, porém favorável a concessões ao capital estrangeiro para fomentar a pesquisa e desenvolvimento do setor e claro, por Horta Barbosa, irredutível em sua defesa da necessidade de monopólio do Estado não apenas sobre as atividades do *Upstream*, mas também sobre as do *Dowstream*.

Em meio a calorosas discussões entre membros do próprio governo e grande manifestação civil, em 1948, o presidente Gaspar Dutra enviou ao Congresso o plano SALTE

(Saúde, Alimentação, Transporte e Energia) que, basicamente, correspondia ao posicionamento de Horta Barbosa, contudo, não sendo tão rigoroso à limitação de participação de capital privado, com a liberação de financiamento pelo Banco do Brasil para que duas refinarias privadas comprassem equipamento estrangeiro (CARVALHO, p. 27 - 41).

Com o retorno de Vargas ao poder (1951 - 1953), a política petrolífera de seu primeiro governo foi retomada, porém, esta se viu obrigada a procurar novas opções diante dos resultados pouco animadores alcançados pelo CNP na década anterior como indica a relevante participação da importação de petróleo e seus derivados em relação ao total de importação da época que levaram à criação da Petrobrás:

A curto prazo, o objetivo mais importante da Petrobrás seria a redução dos gastos em moedas fortes com a importação de óleo cru e derivados. No último ano do Governo Dutra (1950), a razão entre o valor de importação de petróleo e o total das importações brasileiras alcançava pouco mais de 11 por cento. (CARVALHO, p. 48)

Em 1951 a produção brasileira de petróleo, localizada na Bahia, supria apenas 2,5 % da demanda nacional, o que indicava a urgente necessidade de investimento no setor. Para tanto Vargas ordenou que desenvolvessem um projeto de Lei para a criação da Petrobrás, empresa de economia mista a ser criada para a prática do monopólio das atividades da indústria petrolífera. O próprio Vargas foi surpreendido pela reação popular que sua proposta gerou, quando o monopólio instituído em seu governo anterior foi utilizado com enorme carga ideológica de forma contrária à participação de capital privado na empresa. Na mesma época, o Brasil se encontrava em um período político conturbadíssimo, com o presidente enfrentando grande oposição até mesmo de seu partido e, após várias emendas, a Lei nº 2.004 de 3 de outubro de 1953, criava oficialmente a empresa de capital misto, Petróleo Brasileiro S/A, mais conhecida como Petrobrás.

A Petrobrás foi criada nesse contexto histórico em que vigorava uma doutrina política altamente nacionalista no governo de Getúlio Vargas. Há quase um século o petróleo vinha se tornando um dos principais, senão principal, produto da economia mundial, se tornando ainda mais relevante com propagação da tecnologia dos motores à explosão movidos inicialmente apenas à gasolina, e logo após, também a óleo diesel.

Nesse cenário, por suas características geológicas, o Brasil apresentava poucos atrativos a investidores internacionais e não havia muitos recursos de investidores nacionais direcionados para o tema. Dessa forma, o governo brasileiro se viu praticamente

obrigado a criar e financiar uma empresa nacional para atuar na área, a fim de se tentar reduzir a dependência brasileira das importações de petróleo como indicam as palavras de Wladimir Coelho:

Consolidar a Petrobrás, nos primeiros anos da empresa, significou apontar a localização de áreas com potencial petrolífero além daquelas conhecidas no estado da Bahia. Estas áreas eram reconhecidas inclusive pelo governo que - pelo menos - desde o anteprojeto do "Estatuto do Petróleo" pretendia promover a sua exploração através da concessão. Consolidar a Petrobrás, nos primeiros anos da empresa, significou apontar a localização de áreas com potencial petrolífero além daquelas conhecidas no estado da Bahia. Estas áreas eram reconhecidas inclusive pelo governo que - pelo menos- desde o anteprojeto do "Estatuto do Petróleo" pretendia promover a sua exploração através da concessão. No mesmo ano de 1954, portanto de modo anterior aos estudos científicos de Walter Link, os técnicos da Petrobrás perfuram poços nas cidades de Nova Olinda, Autás Mirim e Mauês, no estado do Amazonas, concluindo pela existência de petróleo naquela região. (COELHO, 2008)

Assim, a partir de outubro de 1953, a Petrobrás, sob a fiscalização do CNP Que passou a desempenhar apenas função reguladora do setor, abdicando das atividades exploratórias em prol da Petrobras., passou a ser a única empresa do mercado a poder realizar as atividades do *Upstream* no território brasileiro. Na primeira década de funcionamento foram descobertos novos campos localizados principalmente no Recôncavo Baiano e na bacia de Sergipe/Alagoas. Já em 1955 foram descobertas reservas petrolíferas em Nova Olinda, no Amazonas, iniciando atividades de perfuração que se estenderam até a bacia do Acre, contudo, tais explorações não obtiveram bons resultados, gerando sua suspensão em 1967.

Segundos dados do CEPA, trazidos por Gil da Costa Marques, em 1978 surgiram resultados relevantes com a descoberta de gás natural em Juruá no alto Amazonas. Em contrapartida, a crise do petróleo de 1973 fez com que a Petrobrás se aventurasse em alguns projetos tidos como de alto risco ou mesmo antieconômicos, principalmente no ramo de prospecções subaquáticas. Essa decisão foi crucial para a história não apenas da empresa em si, mas para o Brasil em geral já que tal ação permitiu o descobrimento das reservas petrolíferas da Bacia de Santos no Rio de Janeiro, que duplicaram as brasileiras reservas conhecidas (MARQUES, 1999).

Nos anos seguintes, apesar de algumas crises administrativas envolvendo principalmente atos administrativos de dirigentes da Petrobrás que foram realizados sem a devida comunicação ao CNP e algumas substituições de caráter político dos dirigentes da Petrobrás, ela foi se solidificando não apenas no Brasil, mas também no cenário mundial como uma empresa de relevante atuação multinacional.

Como mencionado anteriormente, pode-se destacar como uma das principais decisões administrativas que ocorreram ao longo de sua história a iniciativa da empresa de se especializar na pesquisa e desenvolvimento de novas técnicas de localização e extração de petróleo em alto-mar, que atualmente faz com que a empresa tenha um diferencial importantíssimo em relação às suas concorrentes. Notadamente, as maiores reservas brasileiras são subaquáticas como as da Bacia de Campos e as grandes reservas descobertas no pré-sal na Bacia de Santos. Aliás, a exploração do petróleo que se encontra na camada do pré-sal envolve grandes dificuldades, dada sua profundidade e outros entraves geológicos. Dados de José Renato Salatiel demonstram a importância dessa descoberta:

Ao todo, os campos de pré-sal possuem 800 km de extensão e 200 km de largura, indo desde o litoral de Santa Catarina até o Espírito Santo. Segundo a Petrobrás, Tupi, que possui a maior reserva, deve ter entre 5 e 8 bilhões de barris de petróleo. O volume corresponde a quase metade das reservas brasileiras, de 14 bilhões de barris.

A plataforma na Bacia de Santos tem capacidade de produzir 14 mil barris de petróleo por dia e, no próximo ano, atingir 100 mil barris/dia, de acordo com a empresa. Para 2017, estima-se que o número chegue a 1 milhão, que é quando finalmente dará o retorno financeiro. A empresa anunciou investimentos de US\$ 28,9 bilhões (R\$ 62 bi) até 2013. (SALATIEL, 2009,)

3.1.3 O Contexto contemporâneo e a criação da ANP.

Como demonstrado no item anterior, mesmo com todas as dificuldades relativas ao setor, a Petrobrás teve um crescimento exponencial, decorrentes de uma expressiva Administração comercial, tornando-se uma das líderes do mercado com atividades multinacionais.

Observando que a Petrobrás havia alcançado essa qualidade de excelência, o governo optou pela abertura de novas brechas no antigo monopólio que passaria a admitir a concessão de contratos de exploração de petróleo e gás natural não apenas às empresas de capital privado, mas também às empresas de capital estrangeiro.

Tal decisão entra em concordância com os atos político-administrativos do então presidente Fernando Henrique Cardoso (1994-2002) que, dentre outras realizações dignas de nota no setor econômico se encontram a liberação do câmbio e a privatização da empresa mineradora Companhia Vale do Rio Doce, atualmente Vale.

Sobre as dificuldades de abertura do mercado monopolístico do petróleo cita-se as palavras de Sérgio Honorato dos Santos:

Dentre todas as reformas estruturais propostas pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, a abertura do mercado brasileiro de petróleo foi a mais difícil, pois extinguir o monopólio estatal significava vencer, significava nocautear uma barreira sentimentalista e ideológica, sobretudo dos adversários políticos que não via aquela ruptura com bons olhos, visto que, segundo noticiavam, a quebra do monopólio podia representar o início do fim da PETROBRÁS. (SANTOS, S.H., 2002, p. 19)

Diferentemente do que ocorreu no passado, quando a discussão sobre o monopólio petrolífero causou enorme manifestação popular como o movimento “O Petróleo é Nosso”, encabeçado pela UNE – União Nacional dos Estudantes -, dessa vez as manifestações ocorreram de maneira mais branda, causando muito mais repercussão a privatização da Vale do que a relativização do monopólio.

Junto dessas medidas de abertura ao capital privado e internacional passou a ser permitido que outras empresas além da Petrobrás se engajassem nas atividades do *upstream* e do *downstream*.

Para a viabilização dessa nova política econômica, dois anos depois, em 1997, foi criada uma agência reguladora, a Agência Nacional do Petróleo, com amplos poderes sobre o setor, incumbida da Administração das reservas brasileiras de petróleo, seja por meio de pesquisa própria ou em parceria com capital privado, elaboração e Administração de licitações para concessão de atividade de pesquisa e produção de petróleo ou pela fiscalização dessas atividades, assim como um novo órgão administrativo vinculado à presidência, o Conselho Nacional de Política Energética incumbindo de propor ao presidente políticas referente à:

- I - promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos do País, em conformidade com os princípios enumerados no capítulo anterior e com o disposto na legislação aplicável;
- II - assegurar, em função das características regionais, o suprimento de insumos energéticos às áreas mais remotas ou de difícil acesso do País, submetendo as medidas específicas ao Congresso Nacional, quando implicarem criação de subsídios;
- III - rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País, considerando as fontes convencionais e alternativas e as tecnologias disponíveis;
- [...]
- IV - estabelecer diretrizes para programas específicos, como os de uso do gás natural, do carvão, da energia termonuclear, dos biocombustíveis, da energia solar, da energia eólica e da energia proveniente de outras fontes alternativas; ([Redação dada pela Lei nº 11.097, de 2005](#))

V - estabelecer diretrizes para a importação e exportação, de maneira a atender às necessidades de consumo interno de petróleo e seus derivados, gás natural e condensado, e assegurar o adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e o cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata o art. 4º da [Lei nº 8.176, de 8 de fevereiro de 1991](#).

VI - sugerir a adoção de medidas necessárias para garantir o atendimento à demanda nacional de energia elétrica, considerando o planejamento de longo, médio e curto prazos, podendo indicar empreendimentos que devam ter prioridade de licitação e implantação, tendo em vista seu caráter estratégico e de interesse público, de forma que tais projetos venham assegurar a otimização do binômio modicidade tarifária e confiabilidade do Sistema Elétrico. [\(Incluído pela lei nº 10.848, de 2004\)](#)

[...]

VII - estabelecer diretrizes para o uso de gás natural como matéria-prima em processos produtivos industriais, mediante a regulamentação de condições e critérios específicos, que visem a sua utilização eficiente e compatível com os mercados interno e externos. [\(Incluído pela Lei nº 11.909, de 2009\)](#). (Art. 2º da Lei nº 9.478/97).

O novo plano político sobre os recursos petrolíferos estampam o art. 1º da Lei nº 9.478/97:

Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

I - preservar o interesse nacional;

II - promover o desenvolvimento, ampliar o mercado de trabalho e valorizar os recursos energéticos;

III - proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos;

IV - proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia;

V - garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, nos termos do § 2º do art. 177 da Constituição Federal;

VI - incrementar, em bases econômicas, a utilização do gás natural;

VII - identificar as soluções mais adequadas para o suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do País;

VIII - utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis;

IX - promover a livre concorrência;

X - atrair investimentos na produção de energia;

XI - ampliar a competitividade do País no mercado internacional.

XII - incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional.

(Art. 1º da Lei nº 9.478/97)

Com essa nova política, o governo brasileiro demonstra ter como objetivo principal incentivar o investimento do setor, concedendo também maior liberdade administrativa à Petrobras para que ela passe a concorrer de forma mais eficiente no concorrido mercado petrolífero. Passados doze anos desde a criação da ANP e da realização da rodada zero de concessões, que regularizou a situação dos campos explorados pela

Petrobrás, mantendo-os sob o controle da empresa sem a necessidade de nova concorrência licitatória. Apenas nas rodadas seguintes a Petrobrás concorreria sem nenhum benefício, em igualdade com outras empresas, o que marcou a oficialização das atividades de concessão anteriormente exercidas pela Petrobrás e, observados os dados econômicos divulgados pela própria empresa, conclui-se que a abertura do monopólio e abertura administrativa da empresa foi muito benéfica, senão ao mercado em geral, aos interesses da empresa (PETROBRÁS

3.1.4 A importância da arbitragem para a indústria petrolífera.

Observando os dados levantados nos capítulos anteriores percebe-se que há, teoricamente, poucos óbices reais à aplicação da arbitragem em lides envolvendo contratos administrativos, pois, ao exercer sua discricionariedade, a Administração Pública pode vir a considerar a Arbitragem como um método menos danoso de solução de conflitos do que a jurisdição estatal, sendo respaldado pelo princípio da eficiência, porém, ao se observar o assunto mais atentamente, encontra-se certos aspectos que ainda tornam essa questão complexa ao ordenamento jurídico²¹. Segundo dados expostos por Garcez e disponibilizados pelo CAESP, observa-se que de 1998 a 2004 houve expressivo aumento da utilização da Arbitragem, com a solução de 14.687 casos por meios arbitrais, sendo que 14.673 dessas sentenças foram proferidas baseadas em acordos. Deste total, 68% das sentenças foram na área arbitral, 18% na área do direito civil, 10% na área comercial, 3,5% em questões de direito do consumidor, 0,45% em envolvendo direito internacional e apenas **0,05% na área do direito público, ou seja, de 14.687 questões arbitrais, apenas sete casos foram sobre direito público** (GARCEZ, 2007, p. 08). Estes dados são indicativos das dificuldades que o tema ainda enfrenta.

A questão da arbitragem envolvendo contratos de concessão e exploração de petróleo e gás natural surge com fôlego renovado após a relativização do monopólio da União sobre a pesquisa, a lavra e o refino do petróleo previsto no art. 177, I, II e III da Constituição Federal com a inclusão, pela Emenda Constitucional nº 9 de 1995, do § 1º que introduziu no ordenamento a permissão para que a União possa “contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV, deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei”. Ainda por cima, com a descoberta de grandes reservas

²¹ Como a questão da necessidade ou não de prévia autorização legal, que, neste caso, já se encontra suprida pela lei do petróleo.

petrolíferas marítimas na região do subsolo do oceano Atlântico conhecida como pré-sal, com reservas de difícil acesso que foram divulgados em 2007 pela Petrobrás que, comprovando-se verdadeiras as estimativas de produtividade do campo, elevará o Brasil de 16º no ranking mundial de países produtores de petróleo para aproximadamente 8º ou 9º. (AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, 2008).

Como mencionado anteriormente, a arbitragem é vista como um método importante de resolução de conflitos, ainda mais na indústria petrolífera que depende de agilidade e sigilo para a solução de seus litígios. As operações nesse setor são de tamanho vulto que uma ação judicial, no padrão atual de morosidade, em casos de relativa importância facilmente inviabilizaria todo o funcionamento dessas empresas ou *joint ventures*.

Como exemplo da importância da arbitragem no ramo petrolífero se destaca as palavras Carmen Tibúrcio: “tudo o que se relatou sobre a evolução do direito arbitral em matéria de lei aplicável ao mérito e ao processo arbitral, válido hoje para todos os campos do comércio internacional, iniciou-se em casos envolvendo a indústria petrolífera” (TIBÚRCIO, 2006, p. 98).

Quanto à evolução do cenário brasileiro em relação ao aspectos tanto legislativo quanto ao prático e real em relação não apenas à arbitragem, mas em relação às concessões administrativas em geral, trazidas pela Lei nº 9.307/96 da Arbitragem e pelas leis 8.987/93 e 9.074 de 7 julho de 1995 que dispõem sobre as concessões, assim como pela evolução da prática, da doutrina e da jurisprudência, convém citar as empolgantes palavras de Arnaldo Wald:

O Presidente Juscelino Kubitschek costuma dizer que pretendia nos cinco anos do seu mandato fazer o Brasil progredir cinquenta anos. Talvez, parafraseando-o, possamos dizer que, tanto em relação às concessões quanto à arbitragem, em menos de dez anos, demos um salto, realizando uma evolução que, em outros países, necessitou de quase um século (WALD, 2005, p.17)

Com a abertura para a concorrência privada introduzida pela Emenda Constitucional nº 9 de 1995 e posteriormente com a promulgação da Lei nº 9.748/96, que prevê, mesmo que precariamente²², a arbitragem, fica a certeza de que a prática irá continuar se sobressaindo, como demonstram os dados de Garcez.

Ainda assim, cumpre-se realçar que o mercado internacional ainda vê a realidade da arbitragem brasileira com ressalvas, em essencial na vedação da utilização da

²² Como será estudado no item 3.3, *infra*.

arbitragem internacional pelo Estado nos casos de concessões regulados pelas Leis da Administração Pública e das Concessões como realçam as palavras de Cremades ao afirmar que o Brasil está “nacionalmente cego” (CREMADES, 2006, p. 56, tradução nossa) em relação ao tratamento a investidores estrangeiros ao impedir a arbitragem internacional. Ver-se-á no item 3.3, *infra*, que o autor não está de todo correto, já que a arbitragem internacional, em relação a certos tipos de contratos de concessão é permitida.

Se se analisar todos os atos da Administração, no sentido que, segundo o princípio da legalidade estrita, todos eles devem estar expressamente previstos em lei, sendo ilegais os atos que não os sejam, claramente percebe-se que o princípio teria sua função primordial de assegurar que a população não seja prejudicada por atos da Administração limitada se ocorresse a limitação excessiva da discricionariedade administrativa, sendo ainda mais prejudicial em ramos que exijam grande celeridade para a recepção de novas alternativas administrativas como nas situações que envolvem altos valores sujeitos às variações do mercado econômico como ocorre em grande parte dos contratos administrativos.

Para a utilização da Arbitragem pelos órgãos da Administração Pública estadual e municipal, considera-se bastar autorização genérica de Lei Federal²³, na inexistência de Lei Estadual ou municipal vedando ou autorizando expressamente a prática. Também deve-se respeitar os requisitos quanto à arbitrabilidade subjetiva, somente podendo ser realizada a arbitragem em questões envolvendo direitos disponíveis. Assim A.P, não apenas Federal, mas também Estadual e Municipal pode se utilizar da Arbitragem em lides envolvendo contratos administrativos, respeitando os pré-requisitos de validade expostos anteriormente, contudo, para evitar eventuais problemas quanto ao respeito ao princípio da legalidade, a maioria dos Estados com legislação própria sobre PPPs reproduz o conteúdo de forma similar ao mesmo idêntica ao disposto no art. 11, III, da Lei Federal nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004²⁴, como o Distrito Federal (art. 11, III da Lei nº 3.792 de 2 de fevereiro de 2006), a Bahia (art. 9º da Lei Estadual nº 9.290 de 27 de dezembro de 2004), Goiás (art. 15 da Lei Estadual nº 14.910 de 11 de agosto de 2004), Pernambuco (art. 9º, III da Lei Estadual nº 12.765 de 27 de janeiro de 2005), Piauí (art. 9º da Lei Estadual nº 5.494 de 19 de setembro de

²³ Nesse caso, o art. 1º da Lei nº 9.307/96 para os contratos administrativos em geral e o art. 11, III da Lei. nº 11.079/04 nos casos de PPPs.

²⁴ Que assim dispõe: “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: “[...] III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”.

2005), Rio Grande do Norte (art. 20 da Lei Complementar Estadual nº 307 de 11 de outubro de 2005), Rio Grande do Sul (art. 6º, III, alínea d) da Lei Estadual nº 12.234 de 13 de janeiro de 2005), Sergipe (art. 22, IV da Lei Estadual nº 6.299 de 19 de dezembro de 2007), Minas Gerais (art. 13 e §§ da Lei Estadual nº 14.868 de 16 de dezembro de 2003), São Paulo (art. 11 da Lei Estadual nº 11.688 de 19 de maio de 2004) e Santa Catarina (art. 10, III, alínea e) da Lei Estadual nº 12.930 de 04 de fevereiro de 2004).

3.2 Os Contratos Administrativos de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás natural.

Os contratos administrativos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural são o instrumento legal pelo qual a Agência Nacional do Petróleo está autorizada a desempenhar uma de suas principais funções, que é gerir da melhor forma possível os recursos petrolíferos da União de forma a garantir a oferta à população a preços acessíveis, assim como o investimento no setor. Para tanto a ANP possui um enorme rol de poderes-deveres delimitados nos vinte e oito incisos do art. 8º da Lei 9.478/97, que vão desde “implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo, gás natural e biocombustíveis, contida na política energética nacional, nos termos do Capítulo I desta Lei, com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo, gás natural e seus derivados, e de biocombustíveis, em todo o território nacional, e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos” (inciso I) , como “fiscalizar diretamente e de forma concorrente nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal as atividades integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato” (inciso VII) à “elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução” (inciso IV).

Como visto anteriormente, qualquer contrato que a ANP realizar, direta ou indiretamente, se trata de um contrato da Administração, contudo, irá se ater às relações jurídicas previstas no inciso VII.

Os contratos de concessão sob o poder da ANP são regulados pelas Seções V (Do contrato de concessão) e VI (Das Participações) do Capítulo V (Da exploração e Produção) da lei do Petróleo compostos dos artigos 43 a 52. As seguintes cláusulas são estipuladas com essenciais ou imprescindíveis:

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

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. (Lei nº 9.478/97).

Para este trabalho, indubitavelmente o dispositivo que demanda maior atenção se trata da redação do inciso X deste artigo, por mencionar diretamente a essencialidade de cláusulas referentes à arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural como será aprofundado no item 3.3.1.3.

3.2.1 O monopólio da União sobre a produção e comercialização de hidrocarbonetos e seus derivados.

Apesar do tema em voga já ter sido apresentado no item que tratou das inovações da legislação brasileira no setor petrolífero introduzidas no primeiro governo de Getúlio Vargas e de já ter sido exposto de forma geral o conceito e os efeitos do exercício do monopólio da União sobre a exploração e comércio desses bens, cumpre um maior

aprofundamento sobre a delimitação desse termo, utilizado majoritariamente no contexto comercial para designar, segundo Gasparini:

Em termos econômicos, monopólio é a abolição da concorrência. Em termos jurídicos, é a supressão de uma atividade do regime da livre iniciativa, imposta pelo Estado em benefício do interesse coletivo. Pelo que se depreende da nossa Lei Maior, é a exploração, pela União, de uma atividade monopolizada, como ocorre com as indicadas em seu art. 177. Não há, assim, monopólio privado (a exclusividade da atividade está nas mãos de particular), e, ademais, fora desse elenco não cabe falar em monopólio. (GASPARINI, 2009, p. 621)

Como mencionado no item 3.1.3 a abertura do mercado petrolífero brasileiro para o capital privado, além da cota de participação de entes privados na Petrobrás, exigiu certas mudanças legislativas que se materializam na forma do § único, do art. 177 da Constituição Federal, introduzido por meio da Emenda Constitucional nº 09/95.

Na verdade, se trata de um subterfúgio legislativo, pois enquanto o restante do artigo estabelece o monopólio da União, a redação do parágrafo único do art. 177 da Constituição Federal permite que esse monopólio seja exercido da maneira bem distante da definição exposta anteriormente através de contratos administrativo de concessão se assim atender aos interesses da União.

Segundo o professor Alexandre dos Santos Aragão:

Preliminarmente, há de se destacar que em nossa Constituição em alguns casos estabelece que alguns bens são monopolizados pelo Estado, no sentido de que apenas ele pode ser seu proprietário (ex. os recursos minerais em geral, cuja propriedade é da União, que, todavia, não monopoliza a sua exploração – art. 176), e em outros atribui com exclusividade ao Estado não apenas a propriedade do bem como a sua exploração (o caso do petróleo – art.176 c/c art. 177). (ARAGÃO, 2006, p.18)

Como ficou claro no capítulo anterior a Administração Pública, apesar de possuir vastas necessidades contratuais, deve se atentar ao cumprimento dos princípios norteadores da administração. Ocorre, contudo que os contratos de concessão de exploração de petróleo e gás natural se enquadram num modelo *sui generis* de contrato administrativos pois envolvem a disponibilização de bens da União cuja exploração consiste em monopólio. Isto é, os arts. 176 e 177 da Constituição Federal assim dispõem:

Art. 176. **As jazidas, em lavra ou não**, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e **pertencem à União**, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.
§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o *caput* deste artigo somente poderão ser utilizados

mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, **por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e Administração no País**, na forma de lei, que estabeleça as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

[...].

Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

§ 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.

[...]. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995) [...]. (Art. 177 da Constituição Federal, grifo nosso)

Da redação deste artigo pode-se inferir que:

- a) todas as reservas de petróleo, gás natural e demais hidrocarboneto solúveis, independentemente de sob qual propriedade se encontrem são propriedades da União;
- b) somente a União pode desenvolver atividades de pesquisa, lavra, exportação e importação, transporte marítimo e transporte terrestre por meio de dutos. Sendo, dessa forma, vedado o exercício dessas atividades sem uma relevante participação da União, seja como concessora do serviço, seja como parceira e;
- c) implicitamente se aufere grande relevância social ao petróleo e seus derivados, podendo ser este equiparável a um bem público de natureza indisponível em relação à propriedade da União sobre às jazidas e sobre seu monopólio exploratório;
- d) contudo, por meio da Emenda Constitucional nº 9 de 9 de novembro de 1995 que introduziu o §1 no art. 177 da Constituição Federal, se autorizou uma interpretação extensiva ao conceito de exercício de monopólio, passando a ser permitida a participação de entes privados nas concorrências envolvendo as atividades previstas no art. 177 da CF.

Para Aragão, o inciso I do artigo 177 possui muita relevância pois:

Essa fixação conceitual tem grande valia pela continuação do *caput* do art. 176 da Constituição Federal, que diz que estas coisas (jazidas), em sentido jurídico, “*pertencem à União*”. Ou seja, a jazida é objeto de direito de *propriedade* (direito real público em emprego estrito e técnico do vocábulo “propriedade”) do sujeito denominado União. O que se defere ao concessionário é o direito de propriedade do *produto da lavra*, a qual é onticamente uma atividade que não se identifica com a jazida, que, nos termos da lei é ‘reservatório ou depósito já identificado possível de ser posto em produção (art. 6º, XI da Lei nº 9.478/97). Trata-se de norma (art. 176, *caput, in fine*) atributiva de direito sobre produto percebido, análoga às normas que determinam direitos de propriedade sobre frutos percebidos. (ARAGÃO, 2006, p. 14)

Assim sendo, observa-se que, mesmo com a possibilidade de se auferir valor financeiro e de sua finitude, as reservas de hidrocarbonetos, em sentido lato, podem ser consideradas patrimônio indisponível da União, principalmente em virtude da importância político-econômica desse bem. Contudo, para se aceitar a comercialização do produto para que a população de fato possa usufruir dessas reservas, é necessário forçar uma interpretação no sentido de que o produto dessas jazidas seja considerado um bem disponível da União.

Sobre a eficácia dessa relativização do monopólio se mencionam dados levantados por Dias:

Nesses quase cinco anos de atuação da ANP, a quebra do monopólio atingiu o setor de exploração e produção (chamado de *upstream*) que “foi privatizado e não tem mais participação pública”, conta Saul Suslick do Centro de Estudos em Petróleo (Cepetro), da Unicamp. Na avaliação do pesquisador a condução da ANP nesse processo foi “muito boa”. Mas, por outro lado, ele ressalta que não houve muito sucesso no setor de refino, distribuição e transporte (*downstream*). Para ele, este setor permanece praticamente inalterado, uma vez que existem apenas duas refinarias privadas e a Petrobras continua responsável por cerca de 95% das atividades. (DIAS, 2002)

Torna-se difícil analisar se a decisão monopolista de fato prejudicou ou beneficiou o Brasil, haja visto que demorou cerca de 50 anos, desde a criação da Petrobrás, para que o país atingisse a autosuficiência de produção petrolífera em 2006, quase uma década após a relativização do monopólio.

3.2.2 A natureza Jurídica dos contratos administrativos de concessão de exploração de petróleo e gás natural.

Como delineado no item anterior, não restam dúvidas de que o petróleo em si se trata de um bem disponível, pois possui valor comercial e se trata de reservas finitas, contudo, por mais que se deseje incluir os contratos administrativos de concessão de exploração de petróleo e gás natural na categoria de contratos de concessão prevista da Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 8.987/95 ou mesmo na categoria de PPPs, ele possui algumas diferenças relevantes em relação a estes como a previsão expressa à questão da arbitragem internacional.

Contudo, ainda assim, mantém grande similaridade com os demais contratos de concessão em muitos aspectos, haja visto que ainda se tratam de contratos administrativos e que, constitucionalmente, a União não pode abrir mão de seu monopólio, sendo os contratos de concessão petrolífera, portanto, de fato, um acordo de parceria da empresa concessionária com a União como indicam as seguintes palavras de Arnaldo Wald utilizadas para justificar a importância das Parcerias Público-Privadas, mas que ilustram bem o caso em voga:

Assim, as PPPs incontestavelmente podem ser úteis no tocante de investimentos em portos e estradas, mas poderiam até abranger *joint venture* empresas de *venture capital*, em várias áreas desde as pesquisas para fins farmacêuticos até a mineração, permitindo assim a criação de novas fontes de riquezas que poderiam ser exploradas desde já, em vez de se aguardar um futuro remoto, quando o país tivesse recursos necessários à realização das obras (WALD, 2005, p. 27)

A Lei nº 9.478/97 determina estipulações próprias à esses contratos administrativos, que as concessões tradicionais ou mesmo as PPPs, não gozam. Como um desses diferenciais, antecipa-se assunto do próximo item e se revela que nesses contratos a arbitragem internacional é permitida ao contrário dos contratos estudados no segundo capítulo.

Afastando qualquer apego nacionalista sobre a indisponibilidade dos recursos petrolíferos, não restam dúvidas que, em se tratando do Brasil um país inserido no contexto econômico capitalista e da necessidade de se garantir o suprimento e sustentabilidade da exploração, seja por meios públicos ou privados, que acabam por garantir altíssimo caráter comercial ao petróleo e seus derivados, a pesquisa, lavra e produção do petróleo configuram bens disponíveis, sendo passíveis de arbitragem.

Já quanto à natureza jurídica dos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo natural, deve-se discordar de Joaquim de Paiva Muniz que chega à seguinte determinação:

Concluí-se, então, que o contrato de concessão de petróleo e gás natural consiste em relação jurídica privada – exploração de atividade econômica-, mas que deve observar determinadas normas de direito público, por haver certos interesses públicos. Por conseguinte, as relações jurídicas decorrentes são multifacetadas, com elementos tanto de direito público quanto de direito privado. Por isso, torna-se necessário identificar os aspectos privados dessas relações, perfeitamente arbitráveis, e separá-los dos termos e condições a interesse público primário que não podem ser objeto da arbitragem. (MUNIZ, 2004, p. 97)

Ao contrário, apesar de se reconhecer o alto caráter de atividade econômica, o alto controle sobre o setor reservado ao Estado, somados ao fato que na gerência desse bem a União jamais vai poder atuar de forma completamente autônoma, a fim de buscar o maior lucro, em detrimento de outros aspectos da política governamental como, por exemplo, o garantimento do fornecimento e da qualidade dos produtos, assim como à relevância geopolítica do mercado, se chega à conclusão que os contratos de concessão de exploração de petróleo, da mesma forma que a maioria dos contratos da Administração, deve ser tratado à luz do **direito público**, devendo, contudo, levar em consideração, por meio de nem sempre simples análises hermenêuticas, o caráter econômico e, por conseqüência, a aplicação da *Lex Mercatoria*, aplicando-as sempre que possível porque o capital privado também necessita de sérias garantias legais diante dos enormes investimentos e riscos envolvidos nas atividades do setor.

3.3 Arbitragem e a Lei nº 9.478/97.

Com o advento da Lei nº 9.478/97 a arbitragem foi definitivamente autorizada para a utilização na indústria petrolífera, indicando que a discussão, ao menos em âmbito legislativo, sobre a disponibilidade ou indisponibilidade dos recursos petrolíferos chegou ao fim, permitindo nesses casos a utilização da arbitragem pela Administração pública, prevalecendo assim a noção que a vedação a ela configuraria um retrocesso no setor como ressaltam as palavras de Renata Veras Rocha:

Embora a teoria que distingue atos de império dos de gestão esteja quase de todo ultrapassada, pois notório é que os atos antes considerados meramente privados praticados pelo Estado são igualmente imbuídos de princípios publicistas, pela patente e plausível tendência de constitucionalização do direito, forçoso se faz reconhecer que, mesmo prevalecendo os princípios constitucionais administrativistas a todos os contratos em que o poder público for parte, há alguns casos em que a proximidade do cunho patrimonial se faz mais presente do que em outros. Naqueles, cuja patrimonialidade ressalta às vistas, deve-se aceitar a arbitragem, a fim de que se possa inserir o Brasil na tendência progressista mundial de incremento dos meios alternativos de solução de conflitos. Não pode o Estado brasileiro ficar alheio a essa

evolução, até porque o objetivo maior, que é de proteger o interesse público, será atingido com mais perfeição, em determinados casos, pela utilização da arbitragem. Se assim não fosse, os demais países, inclusive os mais ricos, jamais teriam aderido a essa tendência. Faz-se, portanto, necessária uma mudança de consciência em prol da justiça. (ROCHA, R. V.)

Como mencionado que os Estados com legislação própria sobre as PPPs vêm incluído redação específica autorizando a prática da Arbitragem, o mesmo ocorrendo com a Lei da ANP que em três trechos, distintos refere-se a termos que mencionam direta ou indiretamente a arbitragem, como o art. 20 que inclui o arbitramento como forma preferencial de solução de conflitos entre os agentes econômicos; o art. 27 que determina que nos casos de litígios envolvendo empresas concessionárias de exploração de blocos vizinhos, estes se resolverão com base em laudo arbitral e, por fim o inciso X do art. 43 que prevê como cláusula essencial dos contratos de concessão, uma que estipule regras a serem seguidas para a solução controvérsias, **inclusive a conciliação e a arbitragem.**

Contudo, como se verá a seguir, a redação sintática dos artigos foi pouco feliz, suscitando sérias dúvidas sobre a *praxis* destes procedimentos.

3.3.1 Aspectos controvertidos da utilização da Arbitragem nos moldes previstos pela Lei nº 9.478/97.

Com uma rápida leitura percebe-se que existem sérios problemas com a redação dos artigos, ficando confusa a intenção do legislador ao incluir a Arbitragem nos artigos mencionados acima. Para uma análise mais organizada, estudar-se-á cada artigo em separado:

3.3.1.1 O art. 20 da Lei nº 9478/97.

A primeira menção à arbitragem pela lei do petróleo é feita no seguinte artigo:

Art. 20 O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento. (Lei nº 8.478/97)

Alguns autores identificam nesse artigo uma contradição em respeito ao instituto da arbitragem, pois sua interpretação literal pode levar a crer que por meio de normas regimentais internas a ANP poderá, além de definir regras para a utilização da Arbitragem em

caso de conflitos envolvendo agentes econômicos ou entre estes e usuários ou consumidores de seus serviços, obrigar sua utilização em determinados casos. Como demonstram as palavras de Carmem Tibúrcio e Suzana Medeiros, tal interpretação gera conflitos com a própria noção da arbitragem:

Todavia, essa interpretação implica em latente contradição com as características básicas do instituto da arbitragem. Esta, na maioria das vezes, decorre de uma cláusula compromissória inserida num contrato, segundo a qual as partes acordam em submeter as controvérsias que vierem surgir a essa via. A arbitragem, contudo, não decorre apenas de uma relação contratual, com cláusula compromissória, podendo as partes, diante de conflito já surgido, optar pela sua utilização, através da celebração do compromisso arbitral. Entretanto, em qualquer caso, a arbitragem só pode ser instaurada após um acordo de vontade entre as partes, que optam por esse mecanismo alternativo de solução de controvérsias e, ao mesmo tempo, renunciam à via judicial estatal. A arbitragem imposta, obrigatória, está em contradição com a nossa Constituição

Ademais, a arbitragem requer a escolha de um terceiro (um ou três árbitros), imparcial, e geralmente escolhido de comum acordo pelas partes. Assim, se no procedimento previsto pelo art. 20 forem nomeados árbitros funcionários de ANP, a independência exigida do julgador estará prejudicada. (MEDEIROS; TIBÚRCIO, 2005, p. 57-58)

Outra interpretação temerária faz crer que o dispositivo garante um excessivo poder de ingerência por parte da ANP nos procedimentos arbitrais, podendo vir a prejudicar um dos maiores fatores de atratividade do instituto, que é a liberdade das partes em escolher os árbitros e grande parte dos procedimentos.

No entanto, acredita-se que a ANP irá se utilizar adequadamente de suas prerrogativas legais. Assim, se defende que o art. 20 visa apenas evitar eventuais discussões sobre o respeito ao princípio da legalidade, para eventuais permissões ou vedações em relação à utilização da arbitragem em determinadas situações, não planejando a ANP ingerir demais na prática em si da arbitragem, mas sim incentivá-la.

Ainda assim tal dispositivo permite que a Agência emita decretos-normas que podem elucidar questões controvertidas sobre assuntos que demandam maior rigidez da ANP, por exemplo, quanto ao foro dos procedimentos e da sentença arbitral; à língua a ser utilizada e sobre critérios reguladores da publicidade, haja visto que certo sigilo é indispensável para atividade do setor, não apenas pelas vultuosas quantias envolvidas, mas também pela tecnologia de ponta que constantemente é pesquisada e desenvolvida no setor petrolífero.

Segundo as autoras mencionadas, sendo o art. 20 parte da seção IV da lei, intitulada “Do processo decisório”, a previsão do artigo indicaria que as decisões da ANP poderiam ser tomadas por uma corte formada nos moldes arbitrais como a Comissão Especial incumbida da análise da resolução do conflito prevista pela Portaria nº 254/01 (MEDEIROS; TIBÚRCIO, 2005, p. 58).

Outra interpretação que se entende como possível é que tal dispositivo permite que a ANP crie sua própria corte arbitral. Este posicionamento é contrário ao exposto por Alexandre F. Câmara que assim defende:

Resta, pois examinar se a agência reguladora pode se tornar uma corte arbitral (e, como previamente afirmado, a resposta à essa questão é negativa). O motivo dessa absoluta impossibilidade é, em verdade, bastante simples: a arbitragem é, por definição, uma atividade que se desenvolve à margem do Estado. É um método paraestatal (ou não-estatal) de composição de conflitos. (CÂMARA, 2002, p.154)

Discorda-se do autor no sentido de que, de forma objetiva, absolutamente nada impede que a ANP crie uma câmara arbitral, contudo, o que seria inconcebível é que a própria Agência, por meio de seus poderes, obrigasse que os entes submetidos à sua regulamentação se sujeitassem à arbitragem, ainda mais à sua própria câmara arbitral. Qualquer administrador público com um mínimo de discernimento não interpretaria o art. 20 dessa maneira. No entanto, atentando-se à argumentação de Alexandre Câmara, sem dúvida a Agência Nacional do Petróleo teria que agir de forma excepcional em relação à resolução de conflitos para que uma decisão arbitral proferida pela própria Agência se torne atraente para os membros da indústria do petróleo, o que, pelo caráter geopolítico do petróleo, não se mostra como algo atrativo aos interesses dessa comunidade.

3.3.1.2 Art. 27, parágrafo único.

A segunda menção à arbitragem encontra-se no art. 27 que visa à pacificação de eventuais conflitos entre empresas concessionárias de blocos de exploração cuja produção provenha de uma única reserva.

Art. 27 Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção.

Parágrafo único. Não chegando as partes a acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, com **base em laudo arbitral**, como

serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis. (Lei nº 9.478/97)

No comércio internacional tal situação é regida pelas regras da denominada *unitization*, ou unitização em português que, nas palavras de Marilda Rosado, citada por Susana Medeiros e Carmen Tibúrcio é:

[...] o gerenciamento coordenado de todas ou algumas partes de um reservatório de óleo e gás pelos proprietários das áreas ou blocos situados sobre o reservatório. Segundo a autora, a literatura especializada considera que esses acordos de cooperação são frequentemente a única solução para se conseguir a recuperação máxima de um campo petrolífero através de operações eficientes e de baixo custo. (apud TIBÚRCIO; MEDEIROS, 2005 p. 61)

Neste artigo, novamente, se observa a utilização equivocada do termo relacionado à prática da Arbitragem. Nesse caso, **laudo arbitral**, pois o texto legal determina que o laudo arbitral será o instrumento pelo qual a ANP decidirá o litígio. Como esclarecido, não há como vincular ninguém a uma decisão arbitral sem a anuência das partes, ainda mais quando a própria agência reguladora obriga que seja a sua câmara arbitral utilizada.

Nesse caso, o quê a Lei tenta dispor de modo infeliz é que, nos casos em que haja conflitos quanto a campos de exploração de petróleo cuja extensão abarque territórios de mais de uma empresa concessionária, será a ANP quem decidirá a questão, tendo as partes em conflito, de preferência, já realizado o procedimento arbitral num processo alheio à ANP. Contudo, por meio dessa interpretação chega-se à nova incongruência, pois a esfera administrativa estaria interferindo em sentença arbitral, como se para a validade da sentença arbitral fosse necessário um juízo de admissibilidade da ANP.

Outra interpretação possível, porém equivocada, do dispositivo é que a decisão da ANP teria eficácia de sentença arbitral. Sem dúvida uma interpretação inconstitucional, pois daí sim haveria agressão ao princípio constitucional da inafastabilidade do poder judiciário.

Portanto acredita-se que esse artigo se refere a um procedimento administrativo nomeado de forma infeliz. Defende-se que o procedimento mais correto seria a substituição do termo “laudo arbitral” por “**parecer técnico-administrativo**”, ou mesmo “**laudo pericial**” em completa consonância com a palavras de Schumacher, citada por Bucheb:

Nessa linha, para Mercedes Shumacher, ‘a interpretação mais compatível em termos lógicos e teleológicos é o de se considerar o laudo arbitral mencionado pelo legislador como ato equivalente ao laudo técnico ou

pericial, pois é esta espécie de laudo que pode se presta a embasar uma decisão.’.(apud BUCHEB, 2006, p.72)

Da mesma maneira se manifestam Carmen Tibúrcio e Suzana Medeiros: “assim, poder-se-ia entender que a ANP se valerá de um perito, que avaliará todas as questões técnicas envolvidas na individualização da produção, e produzirá um **laudo pericial**, que poderá ser seguido ou não pela ANP” (TIBÚRCIO; MEDEIROS, 2005, p. 63).

3.3.1.3 Art. 43, inciso X.

Há tantas imprecisões nas menções à arbitragem que se pode presumir que o legislador fechou propositalmente seus olhos à doutrina e à própria lei arbitral para conceder super-poderes à ANP como se observa no art. 43 da lei da ANP:

Art. 43 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

[...]

X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a **arbitragem internacional**

Segundo Carmem Tibúrcio e Susana Medeiros:

Em primeiro lugar, verifica-se que o inciso-X contempla não somente a arbitragem, mas a arbitragem internacional. O conceito de arbitragem internacional não está expresso na nossa legislação (Lei nº 9.307/96 – Lei da Arbitragem), mas pode ser inferido da redação do parágrafo único do art. 37. Segundo este dispositivo, considera-se sentença arbitral estrangeira aquela proferida fora de território nacional. Daí conclui-se que o legislador brasileiro adotou o critério geográfico como definidor da nacionalidade da sentença arbitral. Se sentença arbitral estrangeira é aquela proferida fora de território nacional, então arbitragem estrangeira é aquela que tem sede fora do território nacional. A conclusão parece lógica. (TIBÚRCIO; MEDEIROS, 2005, p. 64)

Da mesma forma que as inadequadas redações dos artigos estudados, a última menção da lei à arbitragem obriga a Agência a sempre se manifestar sobre as regras concernentes à arbitragem internacional e à conciliação nos contratos de concessão sob sua competência. Por mais tentador que seja, não se deve esquecer que se trata de cláusula essencial, cuja ausência implicaria na nulidade do contrato administrativo sob pena de violação do princípio da legalidade. Portanto, de uma forma ou de outra, os contratos devem conter acordos a respeito destas matérias.

Ao mencionar a arbitragem internacional, deve-se se entender que, excepcionalmente, o legislador permitiu que um ente estatal se submetesse à arbitragem

internacional se assim lhe interessar. Posição contrária desvirtuaria por completo a intenção do Legislador, pois, se este meramente desejasse impedi-la teria excluído-a explicitamente. Interpretação semelhante tem Tibúrcio e Medeiros:

A melhor interpretação para o dispositivo é, sem dúvida, a que entende que o legislador, ao contemplar a arbitragem, criou apenas uma autorização para adoção dessa via de resolução de controvérsias pela Administração Pública (no caso, a ANP), em respeito ao princípio da legalidade. Isso porque, de acordo com entendimento de parte substancial da doutrina, a utilização da arbitragem pelo Estado e por entes da Administração Pública só é possível se houver lei autorizativa. (TIBÚRCIO; MEDEIROS, 2005, p. 66).

3.3.2 Cuidados a serem observados na utilização da Arbitragem em contratos de concessão de exploração de petróleo e gás natural.

Retomando o exposto anteriormente, observa-se que as conclusões acerca da utilização da arbitragem nos contratos administrativos devem se estender aos contratos administrativos de concessão de exploração de petróleo e de gás natural, possuindo estes mais liberalidades em relação àqueles por causa do critério da especificidade da Lei do petróleo em relação às outras leis da Administração Pública.

Outra ressalva importante para a análise da arbitragem nesses contratos é a necessidade de se afastar a tentação de enquadrá-los nos contratos de adesão a fim de se aplicar a norma do § 2º do art. 4º da Lei 9.307/96 que determina que “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Pelo fato desses contratos de concessão serem elaborados unilateralmente pela ANP, eles podem ser considerados contratos de adesão, mas, de acordo com Tibúrcio e Medeiros, pelo porte das empresas concessionárias, não se há de falar em hipossuficiência, fator determinante para a aplicação dessa cláusula relacionada à dependência de uma das partes perante a outra (TIBÚRCIO; MEDEIROS, 2005, p. 68). Dessa forma, ao participar da licitação, a empresa estaria acordando com os termos da arbitragem propostos. Além desse motivo se entende que tal prerrogativa pode muito bem ser incluída como uma das cláusulas exorbitantes que a Administração Pública pode se valer na elaboração de seus contratos.

Observando as informações levantadas, se entende que a arbitragem, nacional ou internacional, nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo é completamente válida, desde que esteja prevista no edital licitatório e respeite os requisitos básicos da arbitragem e da Administração pública, com maior publicidade possível e participação da vontade das partes para a instituição da arbitragem.

Nesse caso, se permite que a maioria das regras referentes à Arbitragem sejam delimitadas pela ANP, porque, como exposto anteriormente, não há de se falar em hipossuficiência das partes contratante.

Por outro lado também se deve esclarecer que a ANP não tem livre discricionariedade quanto a todo o procedimento arbitral: facilmente se declararia a nulidade de contrato em que a ANP tentasse, por exemplo, estipular a maioria dos árbitros do processo arbitral, ou que a arbitragem fosse realizada pela própria ANP ou órgão vinculado a ela ou a um de seus membros.

CONCLUSÃO

Após se observar que a superação completa dos conflitos não é possível, assim como a necessidade do Estado ser minimamente invasivo nas ações de seus cidadãos com o intuito de se garantir um mínimo de pacificidade social, concluí-se que cada vez mais é interessante a propagação de formas de resolução de conflitos, como a Arbitragem, que permitam que a relação entre as partes seja menos lesada em relação a uma lide que seja julgada pela justiça Estatal, valendo tal afirmativa tanto pra relações entre entes privados ou entre entes públicos ou em relações entre entes privados e entes públicos.

Contudo, a Administração pública não pode assumir o compromisso arbitral com a mesma liberdade que pessoas privadas possuem, assim sendo, além de se atentar às disposições da Lei nº 9.307/96, deve respeitar todas as estipulações legais sobre o tema, da mesma forma que os árbitros só podem tomar decisões fundamentadas por critérios de direito e não de equidade e devem respeitar as prerrogativas da Administração como a possibilidade da existência de cláusulas exorbitantes em prol da Administração.

Entende-se que, mesmo antes da previsão expressa do instituto nos contratos de parcerias público-privados pela lei nº 11.079/04, em função de seu poder discricionário, a Administração pública podia se beneficiar da arbitragem; o mesmo valendo para seus órgãos estaduais e municipais, caso não exista vedação direta à pratica por lei própria.

Ainda assim, o melhor seria que lei própria legislasse sobre o tema ao invés de obrigar a Administração Pública a sempre mencionar em lei a arbitragem, se assim tiver o mínimo interesse em utilizá-la, para evitar eventuais problemas em relação à aplicação do princípio da legalidade estrita.

Tal legislação hipotética obrigatoriamente deveria incluir dispositivos que garantissem a publicidade assim como o acesso a informações sigilosas por pessoas legitimamente interessadas, devendo, portanto estabelecer como regra absoluta que a arbitragem seja realizada dentro de do País, de preferência próximo da sede da Administração que recorreu à arbitragem para evitar o dispêndio pouco justificado das verbas públicas. Todo o processo arbitral também deve ser em português.

Prevalendo o princípio da segurança jurídica, a lei nacional também deveria ser expressa no sentido de autorizar ou não a Administração pública estatal e

municipal se utilizar da arbitragem, reservando aos Estados e Municípios competência legislativa para vedarem a prática, se assim o desejarem.

Quanto à arbitragem prevista pela Lei nº 9.478/97 envolvendo os contratos administrativos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural, não resta dúvidas que estes cumprem os requisitos objetivos e subjetivos de arbitrabilidade, contudo, a redação da lei deveria ser emendada para esclarecer que a Agência Nacional do Petróleo não pode obrigar que duas partes distintas recorram à arbitragem como o texto atual das leis permite entender, assim como para sanar demais incongruências doutrinárias demonstradas no capítulo 3. Em relação aos sujeitos da arbitragem e ao respeito ao princípio da legalidade, não há que haver quaisquer preocupações com as legislações estaduais e municipais, haja vista que o petróleo é constitucionalmente um bem da União, cabendo aos Estados e Municípios apenas participações quanto aos *royalties*.

No aspecto da arbitrabilidade objetiva, se entende que, mesmo as reservas petrolíferas gozando de algumas características como a inalienabilidade de sua totalidade, indubitavelmente, não apenas por fatores econômicos, mas por desejo do próprio legislador, se pode concluir que os produtos da exploração dos campos, sejam eles materiais como o gás natural e o petróleo ou abstratos como os dados científicos descobertos, são de caráter disponível, o que permite a utilização da arbitragem nessa área.

Também há de se atentar para que não haja demasiada ingerência da ANP nas questões referentes à Arbitragem, essencialmente caso ela tente obrigar que lides entre concessionárias distintas sejam resolvidas por meio arbitral, ou enquadrar alguma decisão administrativa interna como se fosse uma sentença arbitral, o que seria de todo inválido.

Dessa maneira, não restam dúvidas de que a participação da arbitragem, não apenas no setor dos Contratos Administrativos Petrolíferos, mas nos contratos administrativos em geral, possui um futuro promissor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo, gás Natural e Biocombustíveis 2008**. Disponível na Internet In: <http://www.anp.gov.br/doc/conheca/anuario_anp_2008.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. **Portaria nº 254/01 de 11 de setembro de 2001**. Regulamenta a resolução de conflito de que trata o art. 58 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível na Internet In: <http://www.anp.gov.br/doc/portarias/2001/Portaria_ANP_254_2001.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2009.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La mediación y el acceso a justicia**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

A PETROBRÁS. Artigo Internet do site da **Petrobrás**. Disponível In: <<http://www2.petrobras.com.br/EspacoConhecer/APetrobras.asp>>. Acesso em 17 de maio de 2009.

A PETROBRÁS. Artigo da Internet do site **BrasilEscola**. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/brasil/a-petrobras.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia nº 5, fev/mar/abr de 2006. Disponível na Internet In: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>>. Acesso em: 7 de abril de 2009.

AZEVEDO, André Gomma de (coord.). **Estudos em Arbitragem. Mediação e negociação Vol. 2**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. Disponível para download In: <<http://www.unb.br/fd/gt/links/artigos.htm>>. Acesso em: 28 de março de 2009.

_____. **Estudos em Arbitragem. Mediação e negociação Vol. 3**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. Disponível para download In: <<http://www.unb.br/fd/gt/links/artigos.htm>>. Acesso em: 28 de março de 2009.

BARBOSA, Marcondes Dias. **Parcerias Público-Privadas (PPP)**. Artigo da Internet publicado em junho de 2005. Disponível In: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7448>>. Acesso em: 16 de abril de 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade - Para uma teoria geral da política**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 15.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 366, de 11 de Abril de 1938**. Incorpora ao Código de Minas, decreto n. 24.642, de 10 de julho de 1934, novo título, em que se institui o regime Legal das jazidas de petróleo e gases naturais, inclusive os gases raros. Disponível na Internet In: <

<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/126755/decreto-lei-366-38>>. Acesso em: 2 de maio de 2009.

_____. **Decreto Lei nº 395 de 24 de abril de 1938.** Declara de utilidade pública e regula a importação, exportação, transporte, distribuição e comércio de petróleo bruto e seus derivados, no território nacional, e bem assim a indústria da refinação de petróleo importado e produzido no país, e dá outras providências. Disponível na Internet In: <http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll/leg/decretos_leis/1938/declei%20395%20-%201938.xml>. Acesso em: 17 de maio de 2009.

_____. **Decreto-Lei nº 204 de 27 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a exploração de loterias e dá outras providências. Disponível na Internet In: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/1965-1988/De10204.htm>>. Acesso em: 2 de maio de 2009.

_____. **Emenda Constitucional nº 9 de 09 de novembro de 1995.** Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível na Internet In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc09.htm>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2009.

_____. **Lei nº 2.004 de 3 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 na Internet In: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L2004.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2009.

_____. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível na Internet In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2008.

_____. **Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível na Internet In: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8987.htm>>. Acesso em: 10 de outubro de 2008.

_____. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços. Disponível na Internet In: <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/blei19959074.pdf>>. Acesso em 02 de fevereiro de 2009.

_____. **Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a Arbitragem. Disponível na Internet In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2008.

_____. **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 na Internet In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2008.

_____. **Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível na Internet In: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2009.

_____. **Lei nº 11.079 de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração pública. Disponível na Internet In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2008.

_____, Bahia. **Lei nº 9.290 de 27 de dezembro de 2004.** Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia - PPP Bahia e dá outras providências. Disponível na Internet In: <http://www.ppp.mg.gov.br/legislacao/downloads-de-leis/bahia_ppp.pdf>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

_____, Distrito Federal. **Lei nº 3.792 de 2 de fevereiro de 2006.** Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível na Internet In: <http://www.jacoby.pro.br/Lei_3792.pdf>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

_____, Goiás. **Lei nº 14.910 de 11 de agosto de 2004.** Dispõe sobre a instituição do Programa de Parcerias Público-Privadas, da constituição da Companhia de Investimentos e Parcerias do Estado de Goiás e dá outras providências. Disponível na Internet In: <<http://www.baceventos.com.br/LEGISLACAO/PPP%20GO.pdf>>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

_____, Minas Gerais. **Lei nº 14.868 de 16 de dezembro de 2003.** Dispõe sobre o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas. Disponível na Internet In: <http://www.azevedosette.com.br/ppp/download/lei_14868-mg.pdf>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

_____, Paraíba. **Lei nº 8.684 de 07 de novembro de 2008.** Institui o Programa de Parceria Público-Privada, dispendo sobre normas específicas para licitação e contratação, no âmbito do Estado da Paraíba, e dá outras providências. Disponível na Internet In: <<http://www.azevedosette.com.br/ppp/download/lei-paraiba-8684.pdf>>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

_____, Pernambuco. **Lei nº 12.765 de 27 de janeiro de 2005.** Dispõe sobre o Programa Estadual de Parceria Público-Privada, e dá outras providências. Disponível na Internet In: <www.ppp.seplan.pe.gov.br>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

_____, Piauí. **Lei nº 5.494 de 19 de setembro de 2005.** Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Piauí - PPP Piauí e dá outras providências. Disponível na Internet In: <http://www.azevedosette.com.br/ppp/download/lei_piaui_5494.pdf>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

_____, Rio Grande do Norte. **Lei Complementar nº 307 de 11 de outubro de 2005.** Dispõe sobre normas específicas para licitação e contratação de Parceria Público-Privada (PPP), no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte, institui o Programa Estadual de PPP, na Administração Pública Estadual, e dá outras providências. Disponível na Internet In: <<http://www.gabinetecivil.rn.gov.br/acess/pdf/leicom307.pdf>>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

_____, Rio Grande do Sul. **Lei nº 12.234 de 13 de janeiro de 2005.** Dispõe sobre normas para licitação e contratação de parcerias público-privadas, institui o Programa de Parcerias

Público-Privadas do Estado do Rio Grande do Sul - PPP/RS - e dá outras providências. Disponível na internet In: <www.investimentos.ppp.rs.gov.br>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

_____, Santa Catarina. Lei nº **12.930, de 04 de fevereiro de 2004**. Institui o marco regulatório dos programas de parcerias público - privada no âmbito do Estado de Santa Catarina, entre outras providências. Disponível na Internet In: <http://www.azevedosette.com.br/ppp/download/lei_sc_12930.pdf>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

_____, São Paulo. Lei nº 11.688 de 19 de maio de 2004. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas PPP, e dá outras providências. Disponível na Internet In: <http://www.azevedosette.com.br/ppp/download/lei_ppp_sp.pdf>. Acessado em: 1 de maio de 2009.

_____, Sergipe. Lei nº Lei nº 6.299 de 19 de Dezembro de 2007. Institui o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas de Sergipe - PROPPPSE, e dá providências correlatas. Disponível na Internet In: <<http://www.azevedosette.com.br/ppp/download/se-lei-6299.pdf>>. Acesso em: 1 de maio de 2009.

BUCHÉB, José Alberto. A Arbitragem na Indústria do petróleo. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2006. p. 19-48.

BUENO, Cátia. **Planejamento Operacional de Refinarias**. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) - Programa de Pós Graduação em Engenharia de Produção, Centro Tecnológico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

CAIVANO, Roque J; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación**. Buenos Aires : AD HOC, 1ª ed., 1997.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem nos conflitos envolvendo agências reguladoras. **Revista de Direito, vol. XI, Direito da Regulação**, Alexandre Santos de Aragão (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 154.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 638 p.

CARVALHO, Getúlio. **Petrobrás: do Monopólio aos Contratos de Risco**. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1977.

COELHO, Wladimir. **História do Petróleo no Brasil: O Petróleo na Amazônia**. Artigo da internet publicado em 7 de fevereiro de 2008. Disponível In: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 5 de maio de 2009.

CREMADES, Bernardo M. State Contracts in Brazil: an international arbitration perspective. **Revista de mediação e arbitragem**, Instituto Brasileiro de Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 9, abri.- jun. 2006. p. 44- 61.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 11. Ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1992.

DIAS, Susana. **Quebra de monopólio divide interesses**. Artigo da Internet. Disponível In: <<http://www.comciencia.br/reportagens/petroleo/pet04.shtml>. Publicado em 2002>. Acesso em: 3 de maio de 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ENTELMAN, Remo F. **Teoria de Conflictos: Hacia um nuevo paradigma**. Barcelona, Espanha: Gedisa, 2003.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim. A negociação de acordos sem concessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Conceito de Contrato Administrativo. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006. Disponível na Internet In: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 20 de fevereiro de 2009.

GAMA, Lauro da; SOUZA JUNIOR. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um novo Paradigma para os contratos entre o Estado e o Investidor Privado). **Revista Brasileira de Arbitragem**, Curitiba, Comitê Brasileiro de Arbitragem, ano 2, nº 8, 2005, p. 7-42.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem Nacional e Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. O Estado, suas agências, as empresas públicas e as sociedades de que participa na arbitragem privada. Recentes progressos. **Revista de mediação e arbitragem**, Instituto Brasileiro de Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 8, jan.-mar. 2006. p. 101-118.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 621-622.

GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos da parceria público-privada. **Revista de mediação e arbitragem**, Instituto Brasileiro de Direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, nº 2, mai.-ago. 2004. p. 60-72.

HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. Buenos Aires: AD HOC, 1998.

HOBBS DE MALMESBURY, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo : Abril Cultural, 1974.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

- KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa : Edições 70, 2004.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe e escritos políticos**. São Paulo : Abril cultural, 1983.
- MARQUES, Gil da Costa (coord). Material didático sobre o petróleo disponibilizado na Internet para o curso de Energia – A essência dos Fenômenos do programa Pró-Ciência da FAPESP. Publicado em 1999. Disponível In: <<http://cepa.if.usp.br/energia/energia1999/Grupo1A/indice.html>>. Acesso em: 9 de maio de 2009.
- MEDEIROS, Suzana; TIBURCIO, Carmen. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Renovar v.241, jul. 2005. p. 53-91.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MEIRA, Silvio. **O instituto dos advogados brasileiros e a cultura jurídica nacional**. In: O Direito Vivo. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 1984. p. 285.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MOREIRA, Gersa Andrea. **Contrato administrativo**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, no 212. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1705>> Acesso em: 2 de abril de 2009.
- MULHOLLAND, Joan. **El lenguaje de la negociación**. Barcelona : Gedisa, 2003.
- MUNIZ, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de exploração e produção de petróleo e gás. **Revista de mediação e arbitragem**, Instituto Brasileiro de Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, nº 2, mai. - ago. 2004. p. 90-101.
- NETTO, Cássio Telles Ferreira. **Contratos Administrativos e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- RAMOS, Luiz Fernando de Moura. **A arbitragem em contratos sujeitos ao regime de direito público**. Artigo da internet publicado em 2003. Disponível In: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4172>>. Acesso em: 7 de abril de 2009.
- RIBEIRO, Carlos Leite. **O Petróleo**. Artigo da Internet disponível In: <http://www.caestamosnos.org/Pesquisas_Carlos_Leite_Ribeiro/O_Petroleo.html>. Acesso em: 10 de maio de 2009.
- ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Regime jurídico dos contratos da Administração: atualizado de acordo com a Lei nº 8.987, de 13.02.95**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- ROCHA, Renata Veras. **Arbitragem nos contratos petrolíferos**. Artigo da Internet originalmente apresentado no 2º Congresso de P&D em petróleo e gás. Disponível In: <<http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/2/7041.pdf>>. Acesso em: 12 de maio de 2009.

SALATIEL, José Renato. Reservas de petróleo em águas profundas. **UOL**, publicado em 6 de maio de 2009. Disponível In: <http://educacao.uol.com.br/atualidades/petroleo-pre_sal.jhtm>. Acesso em: 10 de maio de 2009.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais da arbitragem**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

SANTOS, Sérgio Honorato dos. **'Royalties' do Petróleo à Luz do Direito Positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

SCHILLING, Voltaire. As crises do petróleo. **Portal Terra**. 12 de maio de 2009. In: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/seculo/2003/03/31/001.htm>>. Acesso em: 12 de maio de 2009.

_____. O trust e a democracia: J.D. Rockefeller e a Standard Oil Co. **Portal Terra**. 9 de maio de 2009. In: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/trus-te.htm#inicio>>. Acesso em: 9 de maio de 2009.

TIBÚRCIO, Carmen. A arbitragem como meio de solução de litígios internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP. **Revista de mediação e arbitragem**, Instituto Brasileiro de Direito Comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, nº 9, abri.- jun. 2006. p. 78-98.

WALD, Arnoldo. A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem. **Revista de mediação e arbitragem**, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 2, nº 5, abri.-jun. 2005 . p. 14-28.

WATZLAWICK, Paul. **Es real, la realidad?** Barcelona : Herder, 1986.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**, Coleção Temas de Direito Administrativo. 2. Ed. São Paulo : Editora Malheiros, 1993, p. 17-18.