



RBDP

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DO PETRÓLEO, GÁS E ENERGIA



Universidade do Estado
do Rio de Janeiro (UERJ)

2018

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DO PETRÓLEO, GÁS E ENERGIA

Brazilian Journal of Oil, Gas and Energy Law

Editores:**Marilda Rosado de Sá Ribeiro**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil**Fernanda Torres Volpon**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil**Conselho Editorial:****Marilda Rosado de Sá Ribeiro**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil**Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil**Alexandre Ferreira de Assumpção Alves**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil**João Eduardo de Alves Pereira**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil**Ely Caetano Xavier Junior**, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil**Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Kowarski**, Universidade Federal Fluminense, Brasil**Fábio Costa Morosini**, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil**Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva**, Universidade de Coimbra, Portugal**Owen L. Anderson**, University of Oklahoma, Estados Unidos da América do Norte**John H. Rooney**, University of Miami, Estados Unidos da América do Norte**Jacqueline Lang Weaver**, University of Houston, Estados Unidos da América do Norte**Marcia Carla Ribeiro**, Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Universidade Federal do Paraná, Brasil**Fernando Facury Scaff**, Universidade de São Paulo, Brasil

A **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia** (ISSN 2317-5583) é uma publicação científica anual, vinculada ao Centro de Estudos Avançados e Pesquisas em Direito do Petróleo (CEDPETRO) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Seu objetivo é a difusão de pesquisas, estudos e experiências na indústria de Petróleo e Gás, abrindo espaço também para abordagens mais amplas no campo do Direito da Energia.

Igualmente vinculada à linha de pesquisa em Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, a Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia também publica trabalhos sobre aspectos de Direito Internacional, Direito Administrativo, Direito Ambiental e Direito Comparado, relacionados à indústria de petróleo, gás e energia.

A Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia adota as políticas do sistema “Open Journal Access”. Os direitos autorais, inclusive os de tradução, pertencem ao autor e à Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia. A remessa do texto pelo autor implica na cessão do direito de primeira publicação para a Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia. Os artigos são licenciados sob a Licença Creative Commons Attribution, que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Permite-se cópias para fins de pesquisa pessoal ou uso acadêmico. A reprodução total de artigos, resenhas e ensaios em outra publicação é proibida. É permitido também citar partes dos textos sem solicitação prévia, desde que identificada sua fonte. As opiniões constantes dos artigos são de exclusiva responsabilidade de seus respectivos autores.

Sumário

1. Desafios do Regime de Partilha de Produção de Petróleo e Gás no Brasil	1
Ilana Zeitoune e Felipe Ferreira Francisco	
2. Refino de Petróleo no Brasil: Desafios Históricos e Reposicionamento do Setor	20
Henrique Drumond Carvalho Rojas e Barbara Eiroa Leite	
3. A Resolução Nº 749/2018 da ANP e a extensão da vida útil dos campos maduros: uma análise jurídica	33
Vitor Rodrigues Fontoura	
4. Inovações Legislativas Introduzidas pelo Estatuto das Empresas Estatais ao Procedimento Licitatório da Petrobras	42
Rafaella Araujo Lessa Chapim	
5. Regimes Jurídicos do Petróleo na Federação Russa	62
Marina Olegovna Goncharenok Lobato	
6. O Sistema de Investimentos Internacionais e a Indústria do Petróleo – A Posição do Brasil no Cenário Global	81
Felipe Saraiva Carneiro	
7. Desafios dos Investidores Estrangeiros no Acesso do Setor Elétrico Brasileiro	114
Luciene Machado e Fernanda Torres Volpon	
8. A América Latina e a Utilização de Cláusulas de Estabilização nos Contratos Energéticos para Congelamento da Legislação Fiscal	130
Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes	
9. Nacionalismo energético: o Caso Mexicano	144
Bruno Mattos Cardoso de Souza	
10. Panorama del emprendimiento de empresas de biodiesel en México, perspectiva basada en las instituciones	162
José G. Vargas-Hernández	
11. Princípios constitucionais norteadores do Direito Ambiental e suas relações com o setor de petróleo e gás	171
Flavia Da Costa Limmer	
12. Sistema de Atendimento a Emergências Ambientais causadas por Vazamento de Petróleo: uma análise a partir sa lei n.º 9.966/2000 e de seus regulamentos	189
Rebeca de Souza	
13. Resolução Conama Nº 393/2007: Uma Releitura Pela Proporcionalidade	211
Leandro Fonseca Vianna	
14. O Licenciamento Ambiental da Indústria Petrolífera	225
Flavia Da Costa Limmer	
15. A proteção dos direitos humanos como parte do direito da energia: ensaio sobre a ótica de Kiobel vs. Royal Dutch Shell	243
Eraldo Silva Júnior	

Apresentação

Prezados colegas pesquisadores e colaboradores:

A Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP) da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro foi criada como instrumento de veiculação de trabalhos desenvolvidos no âmbito do setor de petróleo, gás e energia e temas correlatos. A RBDP nasceu dos anseios dos primeiros participantes do Programa de Recursos Humanos nº 33 (PRH-ANP/MCT nº 33), solidificando-se no âmbito da proposta do Centro de Estudos Avançados e Pesquisa em Direito do Petróleo (CEDPETRO), criado com o intuito de perenizar os esforços do programa no âmbito da Faculdade de Direito da UERJ.

O foco editorial da RBDP se volta para a cadeia de energia e estudos conexos de inegável importância na sociedade global pós-moderna. O novo eixo geopolítico formado pela participação das fontes renováveis na produção energética apresenta um novo panorama internacional. Não obstante, o segmento de petróleo e gás permanece concedendo poder político-econômico aos Estados detentores de reservas, enquanto se processam as mudanças na matriz energética mundial. Trata-se de um novo contexto energético global que impõe desafios e exige o desenvolvimento de novos estudos acerca dos seus impactos e benefícios.

Nesse contexto, realizamos a publicação da quinta edição da RBDP em uma incansável busca pelo desenvolvimento de análises críticas a respeito dos temas relacionados a sua linha editorial. Esta edição foi dividida em quatro eixos temáticos, de acordo com os artigos submetidos preponderantemente ao longo do ano de 2018.

O primeiro bloco compreende estudos sobre o direito do petróleo no âmbito dos ordenamentos jurídicos brasileiro e internacional. Os autores apresentaram interessantes perspectivas relacionadas aos desafios do modelo de partilha de produção e características do sistema de refino no Brasil. Além disso, apresentou-se uma análise crítica a respeito das inovações legislativas introduzidas pela Lei 13.303/2016 (Estatuto das Empresas Estatais) ao procedimento licitatório utilizado pela Petrobrás S/A. A partir de uma perspectiva comparatista, é traçado um panorama acerca da regulação do petróleo na Rússia, desde o período czarista até o momento presente.

No segundo bloco, em linha com o movimento constante de fluxo econômico global financeiro, apresenta-se a perspectiva da interseção entre direito do petróleo e energia com a regulação dos investimentos estrangeiros. Nessa linha, uma contribuição analisa como os investimentos e o petróleo se relacionam quanto aos princípios fundamentais, o sistema de solução de controvérsia e o bloco regulatório, focalizando a posição do Brasil no cenário global. Os novos desafios que se apresentam à regulação dos investimentos fazem eco ao complexo cenário de incertezas, sendo aqueles enfrentados pelo investidor estrangeiro no setor elétrico brasileiro analisados pelos autores.

A partir da conexão investimentos e energia formou-se o terceiro bloco, centrado no eixo temático da energia e a América Latina. Cite-se a análise da utilização de Cláusulas de Estabilização nos Contratos Energéticos como mecanismo de caráter fiscal na América Latina e o panorama da regulação da energia no México. Neste bloco, um autor apresenta como se dá o empreendimento das empresas de biodiesel naquele país, assim como uma visão crítica sobre ondas de nacionalismo e liberalismo na indústria do petróleo e gás que teriam afetado o México.

No último bloco os temas correlatos ao petróleo, gás e energia agregam uma rede complexa de assuntos relacionados, com artigos de elevado interesse comum da humanidade, como a proteção do meio ambiente e dos direitos humanos.

Dessa forma, a Revista aborda as transformações por que passa o setor petrolífero-energético a nível global e local, contribuindo para uma reflexão mais ampla e atualizada com esse propósito.

Ademais, é necessário construir uma visão acadêmica que tenha relação com os desafios da práxis, investigando como esses universos podem convergir. Nesse sentido, contamos com publicações de acadêmicos e profissionais de direito que buscam, vigorosamente, trazer aspectos de relevante contribuição para a formação de uma base consistente para o nosso estudo do direito do petróleo, gás e energia.

Preciso registrar meu agradecimento aos alunos da pós graduação que ajudaram a estruturar este projeto e viabilizar números anteriores. Dentre tantos, nas diferentes gerações, cabe citar Emilia Castro e Ely Caetano Xavier Jr, agora professor da UFRRJ e integrante nessa condição do comitê editorial, que cuidaram da edição imediatamente anterior e deram sugestões ao presente processo.

Para a presente edição foi fundamental o engajamento da doutoranda Fernanda Volpon, que demonstrou inestimável dedicação à superação dos desafios editoriais.

Manifesto, assim, meu contentamento e orgulho pelas realizações desta comunidade irmanada pela participação integrada em uma rede de pesquisa e produção de nível nacional e internacional.

Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Editora-Chefe da Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP)

Agradecimentos

O nobre trabalho de editoração desta edição da Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia foi uma tarefa concedida pela Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro nos meus primeiros anos de Doutorado na UERJ. Com muita dedicação, busquei realizá-lo com todo afincamento para captação e editoração dos artigos e organização desta edição. Por distintas razões, a tarefa se mostrou desafiadora durante a minha trajetória, fazendo com que a sua conclusão seja sinônimo de orgulho e satisfação.

Não poderia deixar de agradecer pela oportunidade à Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro, ao amigo Prof. Dr. Ely Caetano Xavier Jr pelos constantes ensinamentos e ao amigo e colega de doutorado Eraldo Júnior pelas ajudas técnicas.

Desejo que os leitores desfrutem dos artigos e que esta edição sirva como elo de continuidade para o desenvolvimento do estudo acadêmico sobre petróleo, gás e energia no âmbito da UERJ.

Fernanda Torres Volpon

Editora-Associada da Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia (RBDP)

DESAFIOS DO REGIME DE PARTILHA DE PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NO BRASIL



CHALLENGES OF THE BRAZILIAN MODEL FOR PRODUCTION SHARING AGREEMENT OF OIL AND GAS

Ilana Zeitoune* | ilanazei@hotmail.com

Felipe Ferreira Francisco** | felipefrancisco@petrobras.com.br

*Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Consultora no Jurídico de Exploração e Produção na Petróleo Brasileiro S.A.

** Advogado; Especialista em Gestão de Negócios de Petróleo e Gás Natural pelo Instituto Brasileiro do Petróleo; Coordenador Jurídico do Contrato de Partilha de Produção de Libra na Petróleo Brasileiro S.A.

Resumo

O presente artigo abordará alguns dos principais desafios do modelo de partilha de produção concebido no Brasil para a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, cujo debate é de extrema relevância a considerar a agenda regulatória brasileira, que prevê novas rodadas para a oferta de blocos sob tal regime já para este ano. De forma introdutória, pontuaremos algumas das principais características do modelo de partilha de produção e diferenças com o modelo de concessão petrolífera. Em seguida, destacaremos algumas das principais alterações trazidas pela última minuta de contrato de partilha de produção disponibilizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”) no âmbito do processo de consulta e audiência pública para a 4ª Rodada de Licitações de Partilha de Produção. Em itens seguintes, abordaremos aspectos específicos do contrato de difícil e questionável aplicação. Ao final, traremos algumas sugestões de aprimoramento com vistas a tornar o modelo juridicamente seguro e atrativo

Palavras-chave

regime de partilha de produção; petróleo e gás; desafios; novas rodadas da ANP

Abstract

This article aims to address a number of primary challenges of the Brazilian Production Sharing model for the exploration and the production of oil and gas in the Pre-Salt and strategic areas. This discussion is vital in relation to the Brazilian regulatory agenda, which foresees new bid rounds that will offer blocks under this regime. We focus from the outset on main characteristics of the Production Sharing model and how it differs from the Concession Model. Moreover, we will highlight selected changes in the agreement that the Regulatory Agency has implemented for the last Production Sharing Bid Round (4th Bid Round). We further discuss some critical aspects of the agreement. To conclude we present a number of suggestions in order to contribute to a more attractive and juridical secure model.

Keywords

production sharing regime; oil and gas; challenges; new anp bid rounds

Introdução

Desde o momento em que a Comissão Interministerial do Governo Federal foi criada para estudar um novo marco regulatório para o pré-sal brasileiro, os objetivos revelados para tal mudança legal seriam: (i) aumentar o controle governamental sobre as reservas do País; e 2) aumentar a arrecadação governamental decorrente da produção petrolífera nacional. Afinal, as expectativas à época eram de que as reservas recuperáveis decorrentes das novas descobertas do pré-sal poderiam superar os 100 bilhões de barris e tornar o Brasil um grande exportador de petróleo bruto¹.

Muito se argumentou, à época da concepção dos projetos legais para o novo marco petrolífero, que não seria necessária a alteração do regime exploratório até então vigente e já consolidado no país (leia-se: regime de concessão), vez que este comportaria alterações que possibilitariam o atendimento a tais pretensões governamentais.

Desnecessária ou não a alteração, fato é que hoje convivemos com três modelos jurídico-regulatórios distintos para a exploração e a produção de petróleo e gás natural no Brasil, é dizer: o modelo de concessão, o modelo de partilha de produção e o modelo de cessão onerosa. Abordaremos apenas os dois primeiros no presente ensaio, com ênfase no segundo.

O regime de concessão, previsto nos artigos 23 e ss da Lei nº 9.847/97, é materializado por meio da realização de leilões públicos, abertos a companhias públicas e privadas, em que se licita o direito ao exercício de atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural em determinadas áreas localizadas em território brasileiro. Vence o licitante que apresentar a proposta mais vantajosa à Administração Pública. Para tanto, é preciso que o interessado preencha todos os requisitos estabelecidos no edital de licitação à sua prévia qualificação técnica, econômica e financeira.

O licitante vencedor poderá explorar as províncias petrolíferas por sua conta e risco, com exclusividade no exercício das atividades, e se torna proprietário do petróleo após sua extração (enquanto no subsolo sua titularidade é da União). À União é atribuída a prerrogativa de,

por intermédio da ANP, acompanhar e fiscalizar permanentemente as operações desenvolvidas pelo particular e assegurar o cumprimento integral das obrigações assumidas contratualmente e, muitas delas, reguladas por atos normativos da Agência. Eventuais prejuízos incorridos nas operações em questão são suportados pelo próprio Concessionário.

Aponta-se como os principais fatores que motivaram a escolha brasileira pelo modelo de concessão para as atividades exploratórias: (i) o alto risco exploratório existente à época de sua concepção; (ii) a baixa capacidade de financiamento do Estado; (iii) a existência de campos petrolíferos de tamanho pequeno ou médio e, (iv) o baixo preço do barril de petróleo à época.

Com a descoberta dos reservatórios do pré-sal com grande potencial petrolífero identificado, o que representaria um menor risco exploratório e, conseqüentemente, uma maior produção, foi proposto um novo regime para a exploração petrolífera na área do pré-sal brasileiro e outras consideradas estratégicas, nas quais a União pudesse obter maior controle e renda sobre tais reservas, de forma a refletir no que fosse mais vantajoso para a Nação², conforme antes destacado.

Nesse contexto, a Lei nº 12.351/2010 instituiu, no Brasil, o regime de partilha para a exploração de petróleo e gás natural em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas brasileiras, concretizando-se um novo marco legal para o setor, definindo-o, em seu art. 2º, inc. I, como:

regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.

O padrão internacional de contrato de partilha de produção é normalmente estruturado de forma que a estatal do país hospedeiro ou *National Oil Company* (“NOC”) tenha participação na administração do empreendimento petrolífero

e o investidor – designado como *International Oil Company* (“IOC”) – assuma a gestão, planejamento e o risco da parte técnica e financeira das operações em determinada área contratada³.

A Lei da Partilha de Produção brasileira não se distanciou de tal padrão internacional, prevenindo que a IOC contratada exercerá, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção, tal como ocorre no regime de concessão, e, em caso de descoberta comercial, adquirirá o direito à restituição aos investimentos realizados através de uma parcela da produção chamando de custo em óleo, bem como a parcela da produção chamada excedente em óleo.

No modelo brasileiro, a NOC, por sua vez, é representada pela Pré-Sal Petróleo S.A. (“PPSA”), que figurará como a gestora do contrato de partilha de produção, integrando, inclusive, o Consórcio e o Comitê Operacional, com poder de voto (50%) e de veto, como definido no Contrato de Partilha de Produção⁴.

Em termos de participações governamentais, tanto no regime de concessão quanto no regime de partilha de produção é prevista o pagamento do Bônus de Assinatura e dos royalties. No caso da partilha, o Bônus, que corresponde à valor fixo devido à União pelo Contratado, é estabelecido pelo edital e pago no ato da assinatura do contrato, sendo vedado, em qualquer hipótese, seu ressarcimento ao contratado (não integrando, por conseguinte, o custo em óleo). Tais participações têm como pressuposto o aproveitamento econômico de um recurso não renovável pertencente ao Estado pelo particular, representando uma contrapartida ao Estado pela utilização desse bem público.

Em 02 de dezembro de 2013, o consórcio formado por Petróleo Brasileiro S.A. (40%), Shell Brasil (20%), Total (20%), CNODC (10%) e CNOOC (10%) logrou-se vencedor da 1ª Rodada de Licitações da ANP sob o regime de Partilha de Produção e assinaram contrato com a União (detentora de 41,65% de óleo lucro), a ANP (como órgão regulador e supervisor) e a PPSA (como gestora do Contrato). Sob esse contrato, o consórcio adquiriu direitos exploratórios sobre área localizada em águas ultra

profundas da Bacia de Santos, denominada de Libra.

Em outubro de 2017, foram realizadas as 2ª e 3ª Rodadas de Partilha de Produção, tendo por objeto áreas localizadas na Bacia de Santos (Entorno de Sapinhoá, Norte de Carcará, Sul de Gato do Mato, Alto de Cabo Frio Oeste) e na Bacia de Campos (Alto de Cabo Frio Central). Dentre as companhias integrantes de consórcios vencedores estão: Petrobras, Shell, Respsol Sinopec, Statoil, Petrogal Brasil, ExxonMobil Brasil, Total E&P do Brasil, BP, CNODC, CNOOC Petroleum e QPI Brasil. Os contratos destas Rodadas foram assinados em 31/01/2018 entre o Consórcio vencedor, a ANP, a PPSA e o Ministério de Minas e Energia (“MME”).

Em 07/06/2018, a ANP realizou a sessão pública de apresentação de ofertas da 4ª Rodada de Licitações de Partilha de Produção. A Rodada teve por objeto a outorga de contratos de partilha de produção para exercício das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural nos blocos de Uirapuru, Dois Irmãos, Três Marias e Itaimbezinho. Foram arrematados os blocos Uirapuru, Dois Irmãos e Três Marias, com o ágio médio do percentual de excedente em óleo ofertado à União de 202,30%, bônus de assinatura arrecadado de R\$ 3,15 bilhões e a previsão de investimentos da ordem de R\$ 738 milhões. Foi a primeira vez que o Decreto 9.041/2017, que regulamenta o direito de preferência da Petrobras, foi colocado em prática (mais precisamente o seu art. 4º), que garantiu a Petrobras a possibilidade de aderir ao consórcio vencedor no caso de Uirapuru.

Nas licitações de blocos sob o regime de partilha de produção a Lei 12.351/10 estabelece que o percentual do óleo lucro (ou excedente em óleo ofertado) a ser entregue a União como o único critério para definir a proposta vencedora no certame. Além desse percentual, o Contratado tem de se comprometer a pagar o bônus de assinatura previamente fixado em edital e se comprometer a realizar o programa exploratório mínimo (“PEM”), bem como a atender um percentual de conteúdo local previamente estabelecido.

Observe-se que já para essas duas últimas Ro-

dadas foi aplicada a regra instituída pela Lei n. 13.365/2016, que retirou a obrigatoriedade de a Petrobras figurar como operador obrigatório, sendo-lhe, contudo, atribuído o direito de preferência de atuar como operador com participação mínima de 30% que pode ser exercido em dois momentos: o primeiro no prazo de até 30 (trinta) dias a partir da comunicação pelo Conselho Nacional de Política Energética (“CNPE”) dos Blocos que serão ofertados sob regime de partilha de produção e, caso tenha exercido tal direito, e o excedente em óleo para a União da oferta vencedora for superior ao mínimo estabelecido no edital, a Petrobras poderá, na sessão pública de apresentação de ofertas, em tempo a ser determinado pela ANP, manifestar seu interesse em compor ou não o consórcio que assinará o contrato, desde que não tenha sido a licitante vencedora, isoladamente ou em consórcio.

Além disso, é interessante pontuar que o Contrato de Partilha tem duração de até 35 anos improrrogáveis e é dividido em duas fases principais: a Fase de Exploração, cujo objetivo principal é explorar e avaliar a comercialidade ou não de descobertas de petróleo e gás natural, após o cumprimento do PEM estabelecido no Contrato e a Fase de Produção, que inicia da data em que declarada a comercialidade da descoberta e comporta o desenvolvimento da área retida e a produção propriamente dita, nos termos do Plano de Desenvolvimento apresentado.

1. O reconhecimento do Custo em Óleo.

Todas as atividades de exploração, desenvolvimento e produção são conduzidas pelo Contratado a seu custo e risco. Para cada descoberta comercial, contudo, o Contratado poderá recuperar, mensalmente, uma parcela da produção do campo correspondente a gastos com royalties e com custos incorridos (CAPEX e OPEX), sujeito a condições (como o reconhecimento do custo pela PPSA) e a proporções estabelecidas no Contrato, bem como terá direito, em uma base mensal, a sua parcela no excedente em óleo.

Certamente o elemento mais marcante do regime de partilha de produção é a forma de apropriação das receitas decorrentes da produção de

petróleo tanto pelo Estado hospedeiro como pelo grupo investidor e também o que difere esse regime de forma mais acentuada do regime de concessão.

Ao contrário do modelo de concessão em que o investidor apropria-se de toda a produção e remunera o Estado em pecúnia através de royalties e tributos⁵, no regime de partilha, o Estado também é remunerado por uma parcela da produção chamada no Brasil de Excedente em Óleo, e conhecida internacionalmente como “*profit oil*”. Daí vem a origem ao nome desse regime: partilha de produção, pois o lucro que excede as parcelas de custo é partilhado entre o Estado e o investidor.

O fato do regime de partilha permitir que o contratado tenha seus custos recuperados através de uma parcela do óleo produzido, que vai exclusivamente para o grupo contratado e que, na prática, reduz a parcela de excedente em óleo do governo, torna o procedimento de reconhecimento do “*cost oil*” (no Brasil denominado Custo em Óleo) o tema de grande divergência entre as NOCs e as IOCs no regime de partilha de produção. Isso porque, enquanto o objetivo declarado do Estado hospedeiro é o de controlar e restringir gastos do grupo investidor, o do investidor é investir quase sempre da maneira mais eficiente possível de acordo com suas convicções técnicas e comerciais.

Por conseguinte, a NOC responsável pela fiscalização dos gastos do contratado, e que representa os interesses do Estado (seu acionista), é usualmente dotada de uma visão restritiva das cláusulas que permitem o reconhecimento dos gastos, distintamente da visão ampliada adotada pelo investidor.

Vale lembrar que, em última instância, a NOC influenciará no montante de receita que será ao final destinada a União, sendo esta responsável por nomear os integrantes do Conselho de Administração e da Diretoria da empresa pública. Sabemos também que, no caso do Brasil, a PPSA, criada para tais fins, é fortemente fiscalizada por órgãos de controle externo, a exemplo do Tribunal de Contas da União, que nem sempre é a entidade mais atualizada em relação as melhores práticas da indústria do

petróleo.

No entanto, é importante esclarecer que para determinado gasto ser reconhecido como Custo em Óleo há necessidade de conformidade com o contrato de partilha de produção, portanto, as cautelas dos contratados para obter o reconhecimento dos custos incorridos como Custo em Óleo começam bem antes da medição do contrato e do pagamento ao fornecedor. Nesse aspecto, o regime de partilha brasileiro incorporou o ritual utilizado por quase todas as parcerias do segmento de E&P no mundo.

O primeiro passo desse rito começa na aprovação dos programas de trabalho e orçamento daquele consórcio. Todos os anos o Operador deve encaminhar ao Comitê Operacional a previsão de gasto e cronograma para realização das Operações do ano seguinte⁶. O orçamento é revisado diversas vezes durante o ano, pois é imprescindível que o gasto a ser realizado esteja previsto no orçamento. Existe uma grande discussão no mundo das parcerias sobre o nível de detalhamento dos orçamentos, porém, fato é que, independentemente do nível de detalhe, o contrato e a despesa subsequente devem se enquadrar em algumas das linhas do orçamento.

A etapa seguinte é a realização das contratações necessárias para a execução das Operações. Cada contrato deve ser enquadrado em um determinado procedimento previsto no Contrato de Partilha de Produção. No CPP de Libra, por exemplo, existem dois procedimentos: A e B⁷. Nos contratos de partilha das rodadas seguintes existem três procedimentos: A, B e C⁸, de forma bastante semelhante ao que é praticado pela Indústria no âmbito dos *Joint Operating Agreements* (“JOAs”).

Os procedimentos de alçada mais baixa expressamente dispensam a aprovação do Comitê Operacional, assim como gastos de pessoal empregado do Operador também não exigem aprovação prévia e específica para determinada operação, bastando que estejam previstos no programa de trabalho e orçamento de determinado ano. Certo, porém, que todos estes gastos poderão ser auditados futuramente pelos consorciados e pela PPSA, no caso do modelo brasileiro. É importante que tais ritos tenham sido

seguidos para que o Operador possa passar para a etapa seguinte.

Após a assinatura do contrato, dependendo do valor do contrato, o Operador deverá emitir uma Autorização de Dispendio, conhecida como *Authorization for Expenditures* (“AFE”). Essa AFE é, em regra, um instrumento de planejamento financeiro para que os parceiros possam se planejar para custear as despesas relativas em relação aquele contrato ou operação. No modelo de partilha brasileiro, a partir de determinado valor as AFEs precisarão ser aprovadas pelo Comitê Operacional, inclusive pela PPSA, o que nos parece ser um exagero burocrático, pois a PPSA não realiza desembolsos para custear as operações. Normalmente, nas parcerias de E&P ao redor do mundo, as AFEs são meramente informativas ou possuem requisitos muito estritos para serem rejeitadas. O mais comum deles é a ausência de previsão orçamentária.

Apenas após esse rito o Operador está legitimado a realizar o gasto, pagar o fornecedor e encaminhar tais gastos para a PPSA, em uma lista mensalmente enviada para a Gestora. Na última etapa do processo, a PPSA poderá fazer uma auditoria dos gastos realizados pelo grupo contratado.

Em vista dessa sistemática, entendemos que ao seguir corretamente a governança da parceria para realização de um gasto, descrita acima, mediante a observância dos ritos de aprovação de forma categórica, o consórcio contratado passa a ter a legítima expectativa de que aquele gasto, que realizado conforme prévias aprovações, será reconhecido como custo em óleo, não havendo fundamento para uma arbitrária recusa.

Além disso, os Contratos de Partilha divulgados até hoje nos trazem um importante balizador para o processo de reconhecimento do Custo em Óleo, que são: (i) o caráter exemplificativo dos gastos passíveis de reconhecimento do Custo em Óleo, e (ii) a taxatividade dos gastos não recuperáveis como Custo em Óleo. Vide, nesse sentido, as cláusulas 3.1, 3.2 e 3.9 do Anexo VII da minuta de Contrato de Partilha de Produção elaborada para a 4ª Rodada⁹:

3.1. **Compõem o Custo em Óleo, os gastos realizados pelos Contratados na**

Área do Contrato, aprovados no Comitê Operacional e reconhecidos pela Gestora, relativos às atividades de:

- a) Exploração e Avaliação;
- b) Desenvolvimento;
- c) Produção; e
- d) desativação das instalações, incluindo o valor depositado no fundo de provisionamento.

3.2. Desde que relacionados com as atividades elencadas no parágrafo 3.1, serão passíveis de reconhecimento como Custo em Óleo, **entre outros**, os gastos realizados com: (...)

Gastos que não integram o Custo em Óleo

3.9. Não serão reconhecidos como Custo em Óleo os gastos realizados com:

- a) Royalties;
- b) Bônus de Assinatura;
- c) royalties comerciais pagos a Afiliadas;
- d) informações adicionais obtidas nos termos do parágrafo 2.4.3 do Anexo XI;
- e) encargos financeiros e amortizações de empréstimos e financiamentos;
- f) pesquisa, desenvolvimento e inovação contratados nos termos da Cláusula Sétima deste Contrato;
- g) ativos imobilizados que não estejam diretamente relacionados com as atividades previstas no parágrafo 3.1;
- h) custas judiciais e extrajudiciais, conciliações, arbitragens, perícias, honorários advocatícios, sucumbência e indenizações decorrentes de decisão judicial ou arbitral, mesmo que meramente homologatória de acordo judicial, bem como de acordo extrajudicial quando decorrentes de litígios envolvendo, em polos distintos, a Contratante, a ANP ou a Gestora;
- i) multas, sanções e penalidades de qualquer natureza;
- j) reposição de bens, equipamentos e insumos que forem perdidos, danificados ou inutiliza-

dos em virtude de caso fortuito, força maior ou causas similares, bem como de dolo, imperícia, negligência ou imprudência por parte do Operador, seus prepostos, contratados, Afiliados ou associados e os serviços relacionados;

k) tempo em espera decorrente da alínea “j”;

l) tributos sobre a renda, bem como os tributos que oneram as aquisições e geram créditos aproveitáveis pelo Contratado;

m) comercialização ou Transporte de Petróleo e Gás Natural, excluídos os relacionados ao escoamento da Produção;

n) itens cobertos pelo percentual definido no parágrafo 3.2.1 deste Anexo;

o) créditos tributários aproveitáveis pelos Contratados decorrentes da não cumulatividade que objetivam a recuperação da carga tributária incidente na etapa anterior, ressalvados os créditos que devam ser anulados ou estornados;

p) garantias de performance, garantias financeiras para cumprimento do Programa Exploratório Mínimo e para as contrapartidas à prorrogação da Fase de Exploração e garantias de desativação e abandono, com exceção do fundo de provisionamento; e

q) prêmio pago pelos Contratados que não aderirem, em primeiro momento, a Operações com Risco Exclusivo.

Esta interpretação valiosa pode ser obtida da cláusula 3.2 da referida minuta, cujos subparágrafos enumeram gastos que, “entre outros”, são passíveis de recuperação quando realizados em benefício das Operações e dentro do escopo das atividades da cláusula 3.1 do Anexo VII. Nesse sentido, todos os gastos elencados entre a cláusula 3.2. e a cláusula 3.13, que elencam os gastos que são passíveis de reconhecimento como custo em óleo¹⁰, são meramente exemplificativos, de forma a permitir que uma série de atividades e operações não ali elencadas possam ser reconhecidos como Custo em Óleo.

Por outro lado, aqueles gastos que não são recuperáveis foram exaustivamente enumerados em cláusula específica nos demais contratos de partilha¹¹. Nessas cláusulas estão aquelas categorias

de gastos que não podem ser reconhecidos em qualquer hipótese por expressa previsão contratual.

Portanto, tratando-se de gastos relacionados as atividades de exploração, desenvolvimento, produção e desativação, conforme parágrafo 3.1, e não se tratando de nenhum dos gastos elencados na cláusula de gastos não passíveis de reconhecimento, desde que os ritos de governança do consórcio tenham sido seguidos, entendemos haver sólido fundamento para afirmar que o consórcio terá direito subjetivo a ter o seu gasto reconhecido como Custo em Óleo.

É certo que a PPSA, na qualidade de gestora do contrato de partilha, possui o direito de auditar, oportunidade em que poderá fiscalizar a aderência dos pagamentos com a governança do consórcio e com as aprovações obtidas. Porém, conforme argumentamos acima, existem balizadores contratuais bastante claros no caso de a PPSA desejar glosar um custo.

Vale ressaltar, porém, que o Anexo VII dos contratos de partilha que regulamentam o processo de reconhecimento do Custo em Óleo e definição do Excedente em Óleo ainda possui muitas lacunas que dependem de regulamentação posterior, o que é extremamente indesejável, pois pode ensejar uma discricionariedade à PPSA e até mesmo resultar em regras contraditórias com o contrato. São exemplos dessas lacunas os cadastros de contratos e ativos e, principalmente, o “Manual” do Sistema de Gestão de Partilha de Produção (“SGPP”) que deveria conter as regras para inclusão dos dados no SGPP. Pela experiência internacional, sabemos que esses sistemas são uma enorme brecha para incluir regras que, na prática, limitam o direito dos investidores de recuperarem o *Cost Oil*.

Assim, embora o procedimento de reconhecimento do Custo em Óleo possa ser mais elaborado e detalhado, entendemos que o poder outorgante acertou ao adotar essa sistemática em relação a exemplificação dos gastos passíveis de reconhecimento e a exaustividade dos gastos não recuperáveis como Custo em Óleo, uma vez que as atividades de E&P são extremamente dinâmicas com novas tecnologias e operações sendo desenvolvidas a todo tempo. Fica claro para

o investidor quais são aqueles gastos em que não existe pretensão para reconhecimento como Custo em Óleo trazendo mais segurança jurídica na condução das operações, desde que a empresa gestora atue em estrita conformidade com os parâmetros contratuais, sem criar interpretações elásticas para os gastos não recuperáveis ou restritivas para aquelas que conferem o direito ao grupo contratado de ter seu investimento reconhecido como Custo em Óleo.

2. Comitê Operacional e regime de contratação

Mais um ponto que o regime de partilha brasileiro incorporou das práticas internacionais foi a governança intra-consórcio e o mecanismo de aprovação das deliberações consorciais. Tal como funciona na maioria das parcerias de E&P no mundo inteiro e em boa parte dos contratos de partilha, as decisões são tomadas por meio de um Comitê Operacional que conta com a presença do grupo investidor e da NOC.

Apesar dessa prática consagrada, o modelo brasileiro possui muitas particularidades, como mencionaremos a seguir.

A primeira delas é o fato de que todas as empresas consorciadas possuem assento no Comitê Operacional. A NOC, apesar de não possuir participação nos investimentos, é parte do consórcio e preside o Comitê Operacional com 50% do poder de voto. Assim, o percentual de participação dos demais consorciados, no momento de votação é dividido por dois, para acomodar a supremacia do poder de voto estatal.

Essa foi a forma que os idealizadores do regime de partilha no Brasil utilizaram para implementar o que a Lei 12.351/10 chamou de poder de veto e voto de qualidade, conforme previsto no art. 25¹² da referida Lei.

Dessa forma, podemos afirmar que a PPSA precisa aprovar todas as decisões relevantes das operações sob o regime de partilha. As exceções ficam por conta das decisões técnicas que são tomadas pelo comitê operacional antes da submissão de um Plano de Avaliação de Descoberta (“PAD”), que demandam um quórum de aprovação de apenas 32,5% entre os Contratados.

O racional dessa exceção nos parece claro: na medida em que a área ainda é exploratória, não existe expectativa de recuperação de Custo em Óleo. A partir do momento que é feita uma Descoberta e a ela merece ser avaliada na visão do investidor, passa a existir uma expectativa de que aquele reservatório será declarado comercial; a partir daí o contratado passará a ter direito a ressarcimento dos seus investimentos em Custo em Óleo.

Contudo, essas decisões de caráter técnico que prescindem do voto da PPSA serão pouquíssimas; a grande maioria demandará a aprovação prévia da PPSA e um quórum de 82,5% dos consorciados – em outras palavras: PPSA com 50% mais 32,5% por parte dos contratados.

É importante lembrar, porém, de uma regra bastante inusitada que deve ter repercussões importantes na condução das votações, que é a regra da abstenção do consorciado que não se manifesta na reunião do Comitê Operacional ou em uma votação por correspondência. Quando isso ocorre, a participação daquele consorciado que se absteve será dividida entre os demais membros presentes na reunião, na proporção da participação de cada consorciado adimplente, que tenha votado favorável ou desfavoravelmente.

Dissemos que essa regra é inusitada, pois os modelos da *Association of International Petroleum Negotiators* (“AIPN”), que são usados como parâmetros de melhores práticas por toda a Indústria do Petróleo, não utilizam essa regra e até a presente data desconhecemos um comitê operacional, no âmbito de contratos de parceria, como o JOA ou o *Unit Operating Agreement* (“UOA”) que adote regra semelhante. Em regra, tais acordos estabelecem que o silêncio do consorciado no decorrer de uma votação terá efeito de rejeição ou de aprovação, predominando a primeira.

Não há nada nos contratos de partilha – nem razão – que estabeleça que tal regra não se aplique também à PPSA. Portanto, se a PPSA não votar no prazo, os seus 50% de poder de voto serão redistribuídos na proporção dos consorciados votantes.

No dia a dia de uma parceria, boa parte das de-

cisões de um Comitê Operacional são para contratar os bens e serviços necessários para realização das operações e essa deliberação no modelo brasileiro também adotará o quórum de aprovação de 82,5% ainda que a contratação esteja sendo realizada antes da aprovação do PAD.

Pode-se dizer que os modelos da Indústria ficaram muito longe de alcançar a eficiência e a agilidade dos modelos da AIPN que, como falamos, são utilizados como norte pela Indústria.

O CPP de Libra foi o que utilizou o modelo mais rígido e com pouca flexibilidade. Como salientado em item acima, existem apenas dois procedimentos e os limites de alçada de cada um são em reais e muito baixos, completamente desconectados com a realidade da indústria¹³.

As consequências da combinação desses fatores geram um cenário bastante ineficiente para condução das Operações, pois muitas decisões vão para deliberação do Comitê Operacional.

No caso do CPP de Libra, o chamado procedimento A se assemelha ao procedimento B da AIPN, pois, caso o procedimento seja competitivo não será necessário encaminhar a aprovação para o Comitê Operacional, bastando que o Operador encaminhe uma notificação aos demais consorciados descrevendo o procedimento de contratação competitivo e indicando a empresa vencedora que foi contratada para fornecimento do bem ou serviço.

Se no procedimento A não existirem 3 empresas qualificadas para participarem do certame será necessário encaminhar a contratação para aprovação do Comitê Operacional. O mesmo ocorre nos casos de negociação direta com afiliada ou de fornecedores comerciais exclusivos e ou detentores de patentes. Note-se que essas circunstâncias não transformam o procedimento A em B, apenas demandam que a questão seja encaminhada para aprovação do comitê operacional em apenas uma votação.

O Procedimento B do CPP de Libra se assemelha ao procedimento C dos modelos AIPN, porém também com suas peculiaridades. Neste existe uma etapa inicial de aprovação do início de contratação onde o Operador deve demonstrar que aquela estratégia é vantajosa para o con-

sorcio, o que não existe no modelo AIPN.

Acreditamos que nessa etapa o Operador deve demonstrar que a adoção de uma negociação direta com um fornecedor, seja ele uma afiliada ou não, ou a realização de um procedimento licitatório, ou até mesmo a utilização de um bem de seu estoque, reflete condições que serão as mais vantajosas para o consórcio. Essa demonstração, na prática, deve gerar esforços para o Operador quando ele entender que o melhor no caso concreto não é realizar uma licitação, pois essas inferências são difíceis de serem numericamente refletidas e muitas vezes consistem em presunções relativas.

No entanto, nem sempre ir para o mercado em uma licitação é a melhor alternativa para um projeto de investimento, pois poderá um cronograma, tendo o Operador a possibilidade de usar um recurso próprio que já possui ou de um fornecedor que já possui uma tecnologia ou de determinada patente que possui o produto que melhor atende o projeto.

Acreditamos que tais situações podem encontrar resistência por parte da NOC, no caso brasileiro, da PPSA, se adotada uma visão formalista mais preocupada com órgãos de controle, como o TCU, do que com a eficiência das operações.

É preciso ter em mente, contudo, que existe uma razão para os modelos da indústria não preverem essa etapa de aprovação de início do processo ou de aprovação da estratégia. Em um mercado competitivo em que as empresas de petróleo precisam cortar gastos é um axioma que os processos de contratação sejam eficientes e busquem a proposta mais vantajosa para o consórcio, que não necessariamente será a licitação, pois muitas vezes atrasar o cronograma pode representar milhões de dólares perdidos em dias de produção atrasado. É certo, por outro lado, que o Comitê Operacional sempre terá a decisão definitiva ao final do processo de contratação.

Embora as licitações sejam sempre ponto de partida em qualquer contratação, as técnicas de *procurement* em diversas situações podem desaconselhar empresas privadas a realização de um processo público e competitivo de contratação. Porém, a realização de licitações são um dogma

para projetos que contam com empresas estatais.

É importante notar nesse sentido que os contratos de partilha de produção não trouxeram, nas hipóteses que a Petrobras for a Operadora, qualquer ressalva quanto a aplicação do regime de contratação da Lei 13.303/16. Embora não seja objeto deste estudo, acreditamos que o próprio poder outorgante está ciente da inaplicabilidade dessa Lei às parceiras de E&P¹⁴. Do contrário, restaria configurada uma dupla inconstitucionalidade: uma porque estabeleceria um regime diferenciado de contratação/licitação pública para a Petrobras – sociedade de economia mista – que deveria concorrer em regime de livre competição com empresas privadas à luz do art. 61, §1º da Lei nº 9.478/97 e do princípio da concorrência previsto nos arts. 170, inc. IV, e 173, da Constituição Federal; a segunda porque compele empresas exclusivamente privadas a seguir o regime público previsto no Estatuto das Estatais contrariando também os arts. 1º, inc. IV e 170, caput, também da Constituição Federal.

3. Royalties.

Outra particularidade do modelo brasileiro de partilha de produção a ser destacada é a incidência do percentual de 15% de royalties sobre a produção bruta¹⁵.

Originalmente, o modelo de partilha quando foi criado na Indonésia, na década de 1960, não contemplava *royalties*, apenas *Cost Oil* e *Profit Oil*¹⁶. Todavia, com a expansão do regime de partilha para o oeste da África e para o Oriente Médio, muitos países passaram adotar uma alíquota fixa ou variável de royalties, inclusive a Indonésia, para garantir uma receita mínima para o Estado nos primeiros anos de produção.

É importante dizer que o percentual de royalties no regime de partilha de produção brasileiro é no mínimo 50% mais elevado do que a alíquota aplicável ao regime de concessão no Brasil, que pode variar entre 5% e 10% conforme produtividade dos campos¹⁷.

Esse percentual aplicável ao regime de partilha no Brasil torna o regime sensivelmente regressivo, uma vez que ele incide com a mesma alíquota a qualquer volume de produção e pode tornar

muitas descobertas antieconômicas prematuramente, especialmente, se considerarmos que o regime brasileiro já adota limites de Custo em Óleo bastante baixos em alguns blocos.

4. O regime de propriedade do petróleo e do gás natural

Um ponto objeto de muita discussão, e que inclusive ameaçou o bom andamento de projetos de desenvolvimento e produção em curso no Brasil, diz respeito à aquisição originária do petróleo e/ou gás natural no regime de partilha de produção.

O Poder Executivo Federal, no uso de competência atribuída pela Constituição Federal e pela Lei, editou o Decreto nº 2.705/98, que dispõe sobre as Participações Governamentais incidentes sobre as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. Visando a uma maior precisão fiscal, este diploma elegeu o Ponto de Medição como o local em que o concessionário assumirá a propriedade do respectivo volume. Note-se que o referido Decreto foi recentemente objeto de revisão, sendo que tal definição técnica (art. 3º, inc. IV) permaneceu intacta, pelo que tal regramento continua aplicável a todos aos três regimes jurídicos exploratórios vigentes no Brasil.

Na mesma linha, o Regulamento Técnico de Medição anexo à Resolução Conjunta ANP/INMETRO nº 1/2013, define Ponto de Medição como:

Localização em uma planta de produção, processo, sistema de transferência, transporte ou estocagem onde fica instalado um sistema de medição de petróleo ou gás natural utilizado com objetivo de medição fiscal, de apropriação, de transferência de custódia e operacional.

Verificamos que os Contratos de Consórcio previstos nos editais de rodadas de licitação da ANP preveem expressamente em sua cláusula 7.1 que “*Os volumes de Petróleo e Gás Natural obtidos no Ponto de Medição serão distribuídos à União e aos Contratados conforme percentuais de Excedente em Óleo estabelecidos no Contrato de Partilha de Produção*”, pressupondo a apropriação originária de todas as partes contratantes no Ponto de Medição.

Entretanto, o Contrato de Partilha de Produção de Libra (“CPP de Libra”) carece de igual clareza, desencadeando entendimentos divergentes sobre o momento da aquisição originária da produção dele decorrente. Isso porque, a cláusula 2.8 do Contrato, que trata especificamente da propriedade do petróleo e/ou gás natural, assegura a apropriação originária do volume correspondente ao custo em óleo, aos royalties pagos e à parcela do excedente em óleo, sem definir o local em que este ocorrerá; tão somente afirma ser indiferente para este fim a localização do Ponto de Medição e do Ponto de Partilha.

Sobre o Ponto de Medição, é dito apenas pela Cláusula Décima Sétima que este deverá mensurar o volume e a qualidade dos hidrocarbonetos produzidos, os quais serão disponibilizados fisicamente a cada Consorciado no Ponto de Partilha. Isso para legitimar, em nosso entendimento, o privilégio conferido a União estabelecido na cláusula 17.3 de que “*Qualquer diferença de volume que porventura ocorra entre o Ponto de Medição e o Ponto de Partilha será considerada perda operacional de responsabilidade exclusiva do Contratado, sem direito à recuperação no Custo em Óleo, ressalvado o disposto na cláusula 17.9*”.

Contudo, a cláusula 17.5 do CPP de Libra, ao dispor sobre a disponibilização da produção, estabelece, de maneira imprópria a nosso ver, que a “*A propriedade dos volumes de Petróleo e Gás Natural medidos nos termos do parágrafo 17.1 será conferida ao Contratado no Ponto de Partilha da Produção*”.

Com isso, apesar da interpretação sistemática dos dispositivos acima arrolados, uma interpretação isolada e literal da cláusula 17.5 do CPP de Libra levaria a um entendimento diverso de que a aquisição originária dos Contratados dá-se no Ponto de Partilha da Produção e não no Ponto de Medição.

Tal entendimento levaria a uma série de riscos operacionais e comerciais, e do próprio risco ambiental à União, em especial, a considerar que normalmente o ponto de medição localiza-se no navio/FPSO e o ponto de partilha na outra extremidade da embarcação próximo ao navio aliviador. Isso sem contar que tal entendimento levaria a necessidade de adoção de um

modelo de *lifting agreement* e *loan-in-kind* muito diferente da prática internacional.

O melhor entendimento a nosso ver, nesse caso, é o de que a aquisição originária do petróleo e do gás natural extraídos do subsolo ao Contrato e à União ocorre logo após a extração e é mensurado no Ponto de Medição, havendo a sua efetiva disponibilização (leia-se, posse direta do bem) no Ponto de Partilha. Como bem salienta Ricardo Lodi Ribeiro¹⁸, entre o ponto de medição e o ponto de partilha, a propriedade ainda está necessariamente indivisa entre os integrantes do consórcio, incluindo a PPSA, somente havendo sua divisão no Ponto de Partilha.

O item 2.9 dos Contratos de Partilha de Produção das 2ª e 3ª Rodadas de Licitações de Partilha trouxe a seguinte disposição sobre a propriedade do petróleo e/ou gás natural: “*A propriedade da parcela de Petróleo e Gás Natural a que contratualmente o Contratado e a Contratante têm direito lhes será conferida, de forma originária, no Ponto de Partilha.*”

Tratou-se de inovação que nos parece contrária ao racional extraído da sistemática constitucional (arts. 176) e legal (Lei nº 9.478/1997 e Lei nº 12.351/2010) concebida para a exploração petrolífera no Brasil que garante ao contratado, independente do regime exploratório adotado, e em contrapartida ao risco assumido, a propriedade do petróleo e do gás natural tão logo extraídos do subsolo. Tal sistemática já foi chancelada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do julgamento da ADI nº 3273 e em decisão proferida na ADI à Lei Noel, respaldada por pareceres de ilustres juristas, como o ex-Ministro Carlos Veloso e o Prof. Marco Aurélio Grecco.

No caso do julgamento da Lei Noel, discutiu-se acerca da constitucionalidade da exigência de ICMS na extração dos hidrocarbonetos, que partia do pressuposto de que haveria transmissão de domínio entre a União (proprietária dos recursos naturais do subsolo, na forma do art. 20, IX, CRFB/88) e o contratado (produtor de petróleo). O Supremo reconheceu, no entanto, que a Constituição não determina a transferência de propriedade, mas a atribui, de imediato, ao concessionário, razão pela qual não haveria transferência, mas aquisição originária de pro-

priedade, ao contrário do sustentado pelo Estado do Rio de Janeiro.

Aliás, é mister lembrar as lições de Ricardo Lodi¹⁹ acerca do momento do surgimento da propriedade sobre a produção de petróleo:

só há que se falar propriamente em petróleo como produto provido de status jurídico próprio, após a extração quando o produtor injeta substâncias líquidas para que os hidrocarbonetos se desprendam das paredes rochosas, ganhando autonomia em relação a elas e passando a existir como bem jurídico diverso da jazida.

Nesse contexto, destaca o Professor que porquanto as reservas naturais não podem ser consideradas mercadorias antes da extração, não haveria circulação tributariamente relevante na extração, e tampouco na movimentação do petróleo da plataforma até o estabelecimento produtor, vez que inseridas na mesma atividade produtiva²⁰.

No mesmo sentido, pondera César Fiúza²¹ que:

Do ponto de vista da coisa que se está adquirindo, será originária aquisição quando bem estiver sendo adquirido pela primeira vez. Se uma pessoa colhe frutos da árvore que plantou, a aquisição será originária. Nessa classe encaixam-se não só os frutos naturais, mas também os frutos civis (juros, salário, etc) e industriais, os produtos (petróleo, minério, etc).

Como corolário dessas lições surge o entendimento de que não há transmissão da propriedade do petróleo por ocasião da extração pois este, quando ainda na jazida, não se traduz em bem distinto desta por faltar-lhe autonomia física e jurídica, que irá surgir apenas com as atividades realizadas na extração, momento em que ocorre a separação entre os hidrocarbonetos e as rochas de onde são extraídos.

Felizmente, esse equívoco redacional foi corrigido na minuta final do Contrato de Partilha da 4ª Rodada, publicada em 05/04/2018, tendo a ANP atendido ao pleito da Indústria atravessado durante o período de Consulta Pública realizado pela Agência. In verbis:

2.9. Ao Contratado e à Contratante caberá a

apropriação originária do volume correspondente à parcela do Excedente em Óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos no edital de licitações e neste Contrato.

2.9.1. Ao Contratado caberá a apropriação originária do volume correspondente aos Royalties devidos e, em caso de Descoberta Comercial, ao Custo em Óleo.

2.10. A propriedade da parcela de Petróleo e Gás Natural a que contratualmente o Contratado e a Contratante têm direito lhes será conferida, de forma originária, no Ponto de Medição.

Também a minuta de contrato da 5ª Rodada de Partilha de Produção publicada no Diário Oficial da União de 28/06/2018, no âmbito do procedimento de Consulta e Audiência públicas nº 15/2018, trouxe idêntica redação. Com isso, resta cancelado o entendimento acima quanto ao tema da aquisição originária no CPP e do Ponto de Medição como marco de mensuração do montante adquirido, que é igualmente utilizado pelo Regulador como base para a cobrança dos encargos exigidos sobre os volumes produzidos (*government take*) impondo-se a propriedade.

Trata-se de um importante aprimoramento aos Contratos de Partilha brasileiros, condizente às melhores práticas da Indústria, e que põe fim a imbróglios indesejáveis que, por pouco, não impactam a produção em tal regime.

Outrossim, com fundamento no Princípio da Eficiência da Administração Pública, em especial, no subprincípio do *Trial and Error* das políticas públicas, amplamente aplicado no direito regulatório, que rompe com a visão estática da ciência em prol de um modelo crítico e evolutivo, e que admite adaptações experimentais, acreditamos que a nova disposição poder-se-ia aplicar, de maneira consensual, aos contratos de partilha anteriormente celebrados, a considerar a existência de uma evolução regulatória.

Nesse sentido, uma regra contratual, não pode, face ao referido princípio do *Trial and Error* (aprendizagem e correção de erros), ser considerada perene e absoluta, devendo haver um processo de contínuo ajuste no marco regulatório diante dos resultados verificados e da evolu-

ção sócioeconômica e tecnológica do setor. Tais ajustes devem levar ao aumento da eficiência e da economicidade. Se a assertiva é indubitável no direito contratual administrativo em geral, é ainda mais forte em se tratando de setor regulado, já que não deve ser aplicada a visão estática de regulação, já que hoje estamos diante de uma economia em contínua mudança e em estado de transição²².

5. Cláusula de resolução de disputas

Um último ponto relevante que destacaremos diz respeito à cláusula de resolução de disputas prevista nos contratos de partilha de produção elaborados pela ANP.

Pode-se afirmar que se trata de uma cláusula escalonada, que contempla uma etapa de conciliação (obrigatória²³) e de arbitragem – caso frustrada a primeira. Alternativamente, é prevista a possibilidade de as Partes, de comum acordo, submeterem a questão à mediação de uma entidade habilitada ou à perito independente para dele obter parecer fundamentado que leve ao encerramento da disputa.

O investidor busca a segurança jurídica de que os contratos serão respeitados, de que as decisões da autoridade regulatória serão racionais e, adicionalmente, a existência de métodos apropriados a serem adotados em caso de falta de consenso entre investidor, poder outorgante e regulador, especialmente para aqueles casos em que a melhor técnica pode não vir a ser implementada por diversas razões²⁴.

Entendemos que a arbitragem concretiza o método de solução de controvérsias mais adequado a solucionar questões técnicas industriais, como é o caso da Indústria do Petróleo. Seus procedimentos não são litúrgicos, e as questões técnicas, embora possam ser periciadas, são também apreciadas por árbitros de expertise técnica, razão pela qual este nos parece ser o método que traz mais sentido técnico e prático para tais questões decorrentes de acordos celebrados entre o Estado e o investidor. Como ensina Marilda Rosado:

A questão da arbitragem nos *State Contracts* adquire especial relevância nos contratos de concessão para exploração e produção de pe-

tróleo, uma vez que esses contratos são celebrados entre o governo do Estado hospedeiro ou a empresa estatal que detém o monopólio dos recursos naturais no país, e uma grande empresa multinacional. Além disso, são contratos complexos, extremamente técnicos, que envolvem milhões de dólares em investimentos.²⁵

É nesse contexto que comentaremos a cláusula compromissória elaborada pela ANP constante das minutas dos contratos de partilha de produção, tendo em vista ser tal cláusula determinante para uma maior atração de investidores²⁶.

Primeiramente, é previsto que as Partes usarão os seus melhores esforços para dirimir eventuais controvérsias decorrentes da execução desse Contrato de forma amigável e, em não sendo possível a convergência, que lançarão mão da arbitragem como meio de resolução de disputa envolvendo direito patrimonial disponíveis. Para disputas envolvendo direitos patrimoniais indisponíveis, há cláusula de eleição de foro da Justiça Federal – Seção Judiciária de Brasília.

No CPP de Libra é previsto que a arbitragem será *ad hoc*, regida pelas regras da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), ou administrada por uma instituição, se de comum acordo entre as Partes. No caso de disputas envolvendo exclusivamente entes da Administração Pública, é previsto que as Partes poderão submeter a controvérsia à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). Tal previsão foi repetida nos Contratos de Partilha de Produção das 2ª e 3ª Rodadas, promovidas pela ANP no ano de 2017.

A arbitragem institucional apresenta inúmeras vantagens se comparada a arbitragem *ad hoc*, sendo mais recomendada para evitar táticas obscuras de partes que, mesmo após eleita tal via de resolução de conflitos, resistem em adotá-la em meio a uma controvérsia instaurada, tendo a contraparte de lançar mão do Judiciário para fazer valer o pactuado. Também em termos práticos, a escolha de uma arbitragem institucional e, por conseguinte, de uma câmara arbitral com regulamento consolidado e estrutura própria é mais adequada por conter uma infraestrutura

que facilita a realização dos procedimentos inerentes à arbitragem, tais como a organização de audiências em ambiente próprio, a custódia de documentos, a certificação do trâmite de comunicações, garantindo uma administração imparcial da arbitragem e uma maior celeridade.

A Minuta do Contrato de Partilha da 4ª Rodada evoluiu e suprimiu a arbitragem *ad hoc*, definindo a modalidade institucional da arbitragem para controvérsias que decorram desse Contrato envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Todavia, a referida Minuta inovou ao prever que, apesar de institucional, dever-se-ia utilizar como parâmetro as regras da UNCITRAL, que usualmente são adotadas para arbitragens *ad hoc*. Tal previsão foi excluída da versão final do instrumento, tal como sugerido pela Indústria, que alertou ao Regulador do risco de conflito que isso poderia gerar com as câmaras que remetem a aplicação de seu regulamento quando eleitas para administrar a arbitragem, ademais de mitigar sua autonomia, tornando a cláusula patológica.

Diferentemente do utilizado em contratos de concessão para a exploração de petróleo e gás natural de rodadas anteriores, o contrato da 4ª Rodada de Partilha de Produção não elegeu previamente a instituição que administrará eventual arbitragem, estabelecendo apenas que:

36.5 Após o procedimento previsto no parágrafo 36.2, caso uma das Partes ou um dos signatários considere que inexistem condições para uma solução amigável da disputa ou controvérsia a que se refere tal parágrafo, tal questão será submetida a arbitragem.

O procedimento arbitral será administrado por uma instituição arbitral notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, com capacidade para administrar arbitragem conforme as regras da presente cláusula e preferencialmente com sede ou escritório de administração de casos no Brasil;

As Partes escolherão a instituição arbitral de comum acordo. Caso as Partes não cheguem a um acordo quanto à escolha da instituição arbitral, a ANP indicará uma das seguintes instituições: (i) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; (ii) Corte Interna-

cional de Arbitragem de Londres; ou (iii) Corte Permanente de Arbitragem de Haia. Se a ANP não fizer a indicação no prazo do parágrafo 36.2.3, a outra parte poderá se valer de qualquer das três instituições mencionadas nesta alínea.

Caso as Partes não cheguem a um acordo quanto à escolha da instituição arbitral, é previsto que a ANP indicará, no prazo de 30 (trinta) dias, uma das seguintes instituições, sob pena de tal escolha recair sobre a outra parte: (i) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; (ii) Corte Internacional de Arbitragem de Londres; ou (iii) Corte Permanente de Arbitragem de Haia. Tal redação foi mantida na minuta de contrato para a 5ª Rodada de Partilha.

O fato de a cláusula compromissória não eleger previamente uma câmara para administrar eventual arbitragem que decorra do contrato nos parece ser uma sinalização negativa ao investidor, em termos de previsibilidade e segurança jurídica, a considerar a dificuldade que a parte poderá encontrar em realizar tal designação em meio a um conflito, o que colocaria em risco a própria viabilização da arbitragem.

Entendemos não haver óbice para a nomeação de câmaras arbitrais em contratos envolvendo a Administração Pública, independentemente de prévio cadastramento ou procedimento licitatório, havendo de se perquirir tão somente se se trata de uma instituição de notório conhecimento, com experiência na matéria em litígio e em arbitragem com parte estatal, como é o caso da Câmara de Comércio Internacional²⁷. Igual procedimento em relação à designação de árbitros, cuja atividade não se enquadra no conceito de serviço definido no art. 6º da Lei nº 8666/93, ademais de a composição do Tribunal Arbitral ocorrer por pacto *sui generis* de natureza não contratual, razão pela qual não há de se conchamar pela aplicação de tal diploma.

Assim, apesar desse aprimoramento à cláusula compromissória, somente saberemos se a solução ao final apresentada mostrar-se-á verdadeiramente eficaz após o seu teste prático.

Outra alteração trazida na cláusula compromissória do Contrato de Partilha de Produção da 4ª Rodada de Partilha, repetido na minuta de

contrato da 5ª Rodada de Partilha, é a previsão quanto à publicidade. É preciso ter cautela com a previsão de modo a conciliar o princípio da publicidade com a confidencialidade intrínseca à arbitragem, que envolverá direitos e deveres de agente privado, e não um ato unilateral da Administração Pública. É preciso evitar que haja uma publicidade de forma ilimitada, que prejudique a resolução da lide de forma neutra, independente e imparcial, e viole direito das Partes contratantes, revelando dados decorrentes de Operações e informações geradas pelos contratados, por exemplo, que são protegidos pela confidencialidade.

É importante pontuar que a Lei n. 9.478/1997 prevê a arbitragem internacional como elemento essencial dos contratos de concessão, orientação esta mantida pela Lei n. 12.351/2010 para os Contratos de Partilha de Produção. No entanto, a referida cláusula trouxe, ainda, elementos que teriam o cunho mais nacional do que internacional propriamente dito, como a previsão de honorários advocatícios de sucumbência, que não é a praxe internacional.

O mesmo é de se pontuar com relação à obrigatoriedade de pagamento por precatório, como previsto na cláusula 36.5, alínea h)²⁸, previsão contratual esta que gera mais um ônus ao contratado e atenta contra a finalidade da arbitragem e a razoabilidade. Nesse sentido, Marcelo Mazzola e Rafael Oliveira²⁹ não veem qualquer ilegalidade ou violação ao texto constitucional no caso de pagamento espontâneo pelo Poder Público de obrigação pecuniária fixada em sentença arbitral, com a dispensa do precatório, porquanto afirmam que é condição *sine qua non* que o ente público possua dotação orçamentária disponível para efetuar o pagamento do valor imposto na sentença arbitral, não havendo óbice à luz do art. 100 da Constituição Federal. Gustavo Schmidt³⁰ também argumenta que se o Poder Público está autorizado, pela via administrativa, a promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, pode reconhecer a dívida cristalizada em sentença arbitral e efetuar o pagamento de forma espontânea, dispensando a execução do título na esfera judicial, desde que haja previsão na lei orçamentária anual, na linha do disposto

no art. 167, inc. II, da Constituição Federal.

Para melhor caracterizar o caráter internacional da arbitragem, e sem prejuízo do disposto no art. 2º, §3º, da Lei nº 9.307/97, sugerimos a inclusão das Melhores Práticas da Indústria do Petróleo e de usos e costumes internacionais, como é o caso de decisões arbitrais precedentes, integrantes da *lex petrolea*, juntamente como parâmetros a ser considerados pelos árbitros quando da prolação da sentença arbitral no caso concreto.

Considerações finais

Ante o exposto, verificamos que se buscou refletir as melhores práticas da indústria na elaboração dos contratos de partilha de produção. No entanto, entendemos que há bastante espaço para evolução do marco regulatório da partilha.

Em especial, considerando os temas aqui abordados, acreditamos que o processo de reconhecimento do custo em óleo pode ser melhor detalhado expressamente trazendo a regulamentação do SGPP, se mantida as premissas e a sistemática atual de enumerar exaustivamente apenas os gastos que não são passíveis de recuperação.

No que tange ao processo de contratação de bens e serviços, é necessário ainda que os processos de contratação tornem-se mais flexíveis e adotem limites de alçada mais altos e em dólares.

Em relação a sistemática de aquisição originária, acreditamos que o poder outorgante acertou na redação atual que estabelece o local de aquisição originária logo após a sua extração no ponto de medição, sendo o ponto de partilha mero ponto de disponibilização física para os Contratados e PPSA, corrigindo equívocos de rodadas anteriores.

Por fim, em relação a cláusula compromissória, sugerimos que esta passe a adotar uma redação mais clara e pré-estabeleça, de forma coerente, uma instituição renomada para administrar e seu regulamento para que não haja mais dúvidas quanto a esses elementos e trazer mais segurança ao investidor.

Bibliografia

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DO PE-

TRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). Modelos dos **Contrato de Partilha de Produção das 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Rodadas de Licitação**. Disponível em: <<http://rodadas.anp.gov.br>>. Acesso em: 06.2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25.03.2018.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm>. Acesso 05.06.2018.

BRASIL. **Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm>. Acesso em: 25.03.2018.

BRASIL. **Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm>. Acesso em: 25.03.2018.

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 25.03.2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Forense. 2012.

CLARKE, Mark; NEUBERGER, Jessica. **Drafting effective dispute resolution clauses**. In: KING, Ronnie (ed.). **Dispute Resolution in Energy Sector: a Practitioner's Handbook**. Global Law and Business, 2012.

FIÚZA, César. **Direito Civil – curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GRECO, Marco Aurélio. **ICMS – exigência em relação à extração do petróleo**. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 100, 2004.

JOHNSTON, Daniel. **Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts**. Pennwell, 1994.

QUINTANS, Luiz Cezar P. (coord.). **Contratos de petróleo: concessão & partilha: propostas e leis para o Pré-sal**. Niterói: Benício Biz, 2011.

MAZZOLA, Marcelo. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Poder público não burla precatórios com pagamento voluntário em arbitragem**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-18/poder-publico-nao-burla-precatórios-pagamento-arbitragem>> Acesso em: 13.04.2018.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Tributação do Petróleo: os Tributos Incidentes na Exploração e Produção de Petróleo e Gás no Brasil**. Almedina, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3273. Disponível em: < >. Acesso em: 25.01.2018.

ROBERTS, Peter. *Joint Operating Agreements*. Globe, 2010

ROMERO, Eduardo Silva. **A Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e os Contratos de Estado**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 19, Ano 6, jan-mar 2003.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito, Rio de Janeiro, 2016.

SMITH, Ernest E. [et al]. **International Petroleum Transactions**, third edition, Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010.

ZEITOUNE, Ilana. **Petróleo e gás no Brasil: regulação da exploração e da produção**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ZEITOUNE, Ilana. PINTO, Flávio. **Caso parque das baleias: um reforço da aplicação do kompetenz-kompetenz pelo judiciário brasileiro**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 56/2018, pp. 115-141, Jan-Mar 2018.

Referências

1 http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=686063. Exposição de Motivos da Lei nº 12.351/2010

2 O então Presidente da República, Sr. Luis Inácio Lula da Silva, submeteu ao Congresso Nacional quatro projetos de lei de sua iniciativa, com vistas a ser instituído um novo marco regulatório para as riquezas encontradas na área do pré-sal brasileiro e áreas consideradas estratégicas. O primeiro deles – Projeto de Lei nº 5.938/2009 – buscou instituir o regime de partilha de produção para a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas, alterando dispositivos da Lei nº 9.478/97. Em adição, o Projeto de Lei nº 5.939/2009, autorizava o Poder Executivo a criar uma empresa pública, vinculada ao MME, para gerir os contratos de partilha de produção celebrados pelo MME, e para administrar os contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União. O Projeto de Lei nº 5.940/2009 autorizava a criação do Fundo Social para a realização de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia, e da sustentabilidade ambiental. E, por fim, o Projeto de Lei de nº 5.941/2009 autorizava a União a ceder onerosamente a PETROBRAS, dispensada a licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal, limitada ao volume máximo de cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo. Todos os aludidos Projetos foram convertidos nas leis de nºs 12.351/2010, 12.304/2010 e 12.276/2010.

3 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.140.

4 Trata-se de empresa pública federal, constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, vinculada ao MME, criada pela Lei nº 12.304/2010 c/c Decreto 8.063/2013 para, dentre outros, gerir os contratos de partilha de produção celebrados pelo MME e gerir os contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União. Demais competências da PPSA estão arroladas no art. 6º do Decreto nº 8.063/2013.

5 Não a toa o regime de concessão é conhecido mundialmente como regime de “Tax & Royalties” pois os Estados são remunerados apenas por essas compensações financeiras e tributos incidentes sobre a produção.

6 **Anexo XI – Regras do Consórcio do Contrato de Partilha de Produção da 1ª Rodada: Cláusulas 3.2 e ss:** “Até o dia 1º de setembro de cada ano civil, o Operador deverá entregar aos demais Consorciados uma proposta de Programa de Trabalho e Orçamento detalhando as operações a serem executadas no ano seguinte.”

7 **Anexo XI – Regras do Consórcio do Contrato de Partilha de Produção da 1ª Rodada**

Contratação de Bens e Serviços

3.30 **Procedimento A:** O Operador deverá contratar o fornecedor de bens e serviços junto ao contratante melhor capacitado segundo critérios de custo e qualidade devendo o Comitê Operacional ser informado da contratação.

3.30.1 Quando o Operador celebrar contratos com uma de suas Afiliadas ou com Afiliada de outro Contratado, faz-se necessária a aprovação do Comitê Operacional, na forma da Tabela de Competências e Deliberações.

3.30.2 Em qualquer circunstância, o Operador deverá promover processo de tomada de preços com, no mínimo, três fornecedores qualificados.

3.31 **Procedimento B:** O Operador deverá:

a) Em qualquer situação, obter a aprovação do Comitê Operacional para o início do processo de contratação por meio de procedimento que assegure a vantagem da proposta vencedora.

b) Proporcionar aos demais Consorciados uma lista dos fornecedores a serem convidados a apresentar proposta para o referido processo;

c) Adicionar a essa lista qualquer fornecedor por requerimento de quaisquer Consorciados, no prazo de 14 (quatorze) dias contados do recebimento da referida lista;

d) Circular para os Consorciados uma análise competitiva do procedimento de contratação, indicando as razões da escolha feita.

e) Completar o processo de contratação após aprovação pelo Comitê Operacional;

f) A pedido de qualquer Consorciado, fornecer cópia da versão final do referido contrato.

8 **Anexo IX – Regras do Consórcio do Contrato de Partilha de Produção da 5ª Rodada: Contratação de Bens e Serviços**

3.24. São procedimentos ordinários para a contratação dos bens e serviços necessários às Operações:

3.25. **Procedimento A:** É admitida a contratação direta de fornecedores de bens e serviços de valor até US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares norte-americanos), vedado o parcelamento para a aquisição de um mesmo bem ou serviço.

3.26. **Procedimento B:** O Operador deverá contratar o fornecedor de bens e serviços junto ao contratante melhor capacitado segundo critérios de custo e qualidade, devendo o Comitê Operacional ser informado da contratação.

3.26.1. Quando o fornecedor vencedor de um procedimento B de contratação for uma Afiliada de qualquer dos Contratados, faz-se necessária a prévia aprovação da contratação pelo Comitê Operacional.

3.26.2. Em qualquer circunstância, o Operador deverá promover procedimento de contratação com a participação de, no mínimo, três fornecedores qualificados.

3.26.2.1. Caso o Operador venha a constatar uma situação de mercado em que existam menos de 3 (três) fornecedores para a contratação de um bem ou serviço, a questão será levada ao Comitê Operacional para deliberação, na forma prevista no Procedimento C.

3.26.3. Qualquer Consorciado poderá ter acesso a

cópia dos contratos firmados pelo Operador, mediante solicitação.

3.27. **Procedimento C:** O Operador deverá contratar o fornecedor de bens e serviços junto ao contratante melhor qualificado segundo critérios de custo e qualidade, devendo o Comitê Operacional aprovar previamente a contratação.

3.27.1. É necessária a aprovação preliminar do Comitê Operacional para o início do procedimento de contratação, que deverá assegurar a vantajosidade da proposta vencedora e contar com, no mínimo, três fornecedores qualificados.

3.27.1.1. O Operador deverá assegurar que a aprovação preliminar se dará em tempo hábil para eventual alteração na estratégia de contratação sem impacto no cronograma dos projetos.

3.27.2. O Operador disponibilizará aos demais Consorciados uma lista preliminar dos participantes do procedimento de contratação, que deverá ser completada com indicações de qualquer dos Consorciados mediante requerimento ao Operador em um prazo máximo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da lista preliminar.

3.27.3. O Operador deverá apresentar ao Comitê Operacional, antes da assinatura do contrato, um relatório de contratação, do qual constará a análise competitiva do procedimento licitatório, bem como as razões da escolha do fornecedor.

3.27.4. O Operador deverá finalizar o procedimento de contratação após a aprovação do Comitê Operacional.

3.27.5. Qualquer Consorciado poderá ter acesso a cópia dos contratos firmados pelo Operador, mediante solicitação.

9 Utilizamos como referência o contrato de partilha de produção da 4ª rodada por ser o mais recente, porém os contratos das rodadas anteriores reproduzem a mesma sistemática utilizando as mesmas expressões para dar caráter exemplificativo aos gastos passíveis de reconhecimento como Custo em Óleo e caráter exaustivo aos gastos elencados como não recuperáveis como Custo em Óleo.

10 Citamos como referência a numeração dos parágrafos do contrato de partilha de produção da 1ª rodada. Nos demais contratos, a saber: Cláusulas 3.2 a 3.10 do Anexo VII nos contratos da 2ª e 3ª Rodadas e Cláusulas 3.2 a 3.8 do Anexo VII nos contratos da 4ª e 5ª Rodada.

11 A saber: Cláusula 3.14 do Anexo VII no contrato da 1ª Rodada, Cláusula 3.11 do Anexo VII nos contratos da 2ª e 3ª Rodadas e Cláusula 3.9 do Anexo VII nos contratos da 4ª e 5ª Rodada.

12 Lei 12.351/10. Art. 25. O presidente do comitê operacional terá poder de veto e voto de qualidade, conforme previsto no contrato de partilha de produção.

13 **Contratação de Bens e Serviços**

3.29 De acordo com este Contrato, o Operador deverá contratar os bens e serviços das Operações da seguinte forma (os valores indicados são reais):

	Procedimento A	Procedimento B
Operações de Exploração e Avaliação	0 até R\$ 5 milhões	> R\$ 5 milhões
Operações de Desenvolvimento	0 até R\$ 20 milhões	> R\$ 20 milhões
Operações de Produção	0 até R\$ 10 milhões	> R\$ 10 milhões

14 É nesse exato sentido, por exemplo, o recém editado Decreto nº 9.355, de 25/04/2018.

15 Lei 12.351/2010. Art. 42, §1º. Os royalties, com alíquota de 15% (quinze por cento) do valor da produção, correspondem à compensação financeira pela exploração do petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos líquidos de que trata o § 1º do art. 20 da Constituição Federal, sendo vedado, em qualquer hipótese, seu ressarcimento ao contratado e sua inclusão no cálculo do custo em óleo.

16 JOHNSTON, Daniel. **International Petroleum Fiscal Systems and Production Sharing Contracts**. Pennwell. 1994, p. 22.

17 Lei 9.478/97. Art. 47. Os royalties serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

§ 1º Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos royalties estabelecido no caput deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

18 RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Tributação do Petróleo: os Tributos Incidentes na Exploração e Produção de Petróleo e Gás no Brasil**. Almedina, 2017, p. 39.

19 RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Tributação do Petróleo: os Tributos Incidentes na Exploração e Produção de Petróleo e Gás no Brasil**. Almedina, 2017, p. 36.

20 RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Tributação do Petróleo: os Tributos Incidentes na Exploração e Produção de Petróleo e Gás no Brasil**. Almedina, 2017, p. 61.

21 FIÚZA, César. **Direito Civil – curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p.734.

22 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Forense. 2012, p. 483.

23 O contrato estabelece o compromisso de as partes e demais signatários do contrato “*envidar todos os esforços no sentido de resolver entre si, amigavelmente, toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou com ele relacionada*”.

24 Para aprofundamento do assunto, vide: ZEITOUNE, Ilana. PINTO, Flávio. **Caso parque das baleias: um reforço da aplicação do kompetenz-kompetenz pelo judiciário brasileiro**. Revista de

Arbitragem e Mediação, vol. 56/2018, pp. 115-141, Jan-Mar 2018.

25 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 565.

26 Interessante pontuar que no âmbito do comércio internacional, o Banco Mundial passou a recomendar a adoção da arbitragem comercial internacional em contratos de aquisição de bens e obras que contam com seu financiamento, como previsto inicialmente no item 2.43 das Diretrizes para Aquisições Financiadas por Empréstimos do BIRD e Créditos da AID (versão de maio de 2004, revisada em 1º de outubro de 2006).

27 Em estudo sobre a referida instituição arbitral, Eduardo Silva Romero concluiu o seguinte: “Nossa análise mostra que em matéria de contratos de Estado a linguagem jurídica é tão-somente um instrumento de valores políticos e econômicos. Nem o direito positivo, nem a doutrina encontraram, em nossa opinião, um equilíbrio entre a posição econômica e a posição política. Por outro lado, a prática arbitral, e notadamente a da CCI, soube conciliar as duas tendências e inspirar confiança nas partes. As decisões dos árbitros CCI quanto à arbitrabilidade do litígio e as regras e práticas da Corte acerca do exame *prima facie* das convenções de arbitragem, a fixação do local da arbitragem, as medidas provisórias e conservatórias, o alcance do consentimento na convenção de arbitragem, a constituição do tribunal arbitral e o exame preliminar das sentenças arbitrais constituem um quadro jurídico onde os interesses privados e o interesse público encontram seu lugar”. (ROMERO, Eduardo Silva. **A Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) e os Contratos de Estado**. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 19, Ano 6, jan-mar 2003, p.295. Complementarmente, de se destacar que também a minuta contratual apresentada por organismo multilateral financiador, no âmbito dos contratos referidos na nota de rodapé anterior (19), continha a expressa previsão de escolha pela CCI, o que confirma sua notoriedade e destaque como instituição arbitral.

28 “*A sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes. Quaisquer valores porventura devidos pela Contratante ou pela ANP serão quitados através de precatório judicial, salvo em caso de reconhecimento administrativo do pedido.*”.

29 Vide: MAZZOLA, Marcelo. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Poder público não burla precatórios com pagamento voluntário em arbitragem**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-18/poder-publico-nao-burla-precatorios-pagamento-arbitragem>> Acesso em: 13.04.2018; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei 13.129/2015: novos desafios**. In: *Revista Brasileira de Direito Público* n. 51, p.59-79, out./dez., 2015.

30 SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação**. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito, Rio de Janeiro, 2016.

REFINO DE PETRÓLEO NO BRASIL: DESAFIOS HISTÓRICOS E REPOSICIONAMENTO DO SETOR

OIL REFINING IN BRAZIL: CHALLENGES AND SECTOR REPOSITIONING

Henrique Drumond Carvalho Rojas* | hrojas@mayerbrown.com
Barbara Eiroa Leite** | bleite@mayerbrown.com

*Associado das práticas de Societário/M&A e Energia na Tauil & Chequer Advogados associado a Mayer Brown LLP. Programa de Pós-Graduação Executiva em Petróleo e Gás (MBP) pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Internacional pela Universidade Candido Mendes. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro da Associação de Negociadores Internacionais de Petróleo (AIPN).

**Graduanda na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Bolsista voluntária da Iniciação Científica – PIBIC 2018-2020 – pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Estagiária nas práticas de Societário/M&A e Energia na Tauil & Chequer Advogados associado a Mayer Brown LLP. Membro da Associação de Negociadores Internacionais de Petróleo (AIPN).

Resumo

Ao longo das últimas décadas, foram diversos os desafios enfrentados no segmento de refino de petróleo no Brasil. Tendo o downstream como um dos pontos críticos para a política energética no país, tornou-se fundamental o fomento da competitividade do setor e a atração dos investimentos necessários para garantir segurança e eficiência no abastecimento de combustíveis. O presente trabalho tem como objetivo tratar dos principais fatores que contribuíram para a atual organização do segmento de refino no Brasil. Neste sentido, são apontados os principais desafios enfrentados pelo setor, os respectivos impactos na cadeia produtiva, bem como as iniciativas recentes da Petrobras e do Governo Federal em busca de um novo posicionamento frente aos desafios existentes.

Palavras-chave

refino; downstream; abastecimento; petrobras; brasil.

Abstract

Over the last decades, several challenges have been faced in the oil refining segment in Brazil. Considering that the downstream is a key issue in the context of Brazil's energy policy, it has become necessary to foster the competitiveness of the sector and attract the investments needed to ensure security and efficiency in fuel supply. This paper aims at addressing the main factors that contributed to the current organization of the oil refining segment in Brazil. In this sense, we have addressed herein the main challenges faced by the sector, the relevant impacts in the production chain, as well as the recent initiatives of Petrobras and the Federal Government towards a new positioning in view of the current challenges.

Keywords

refining; downstream; supply; petrobras; brazil.

Submetido: 19/12/2018 | Aceito: 05/01/2019



Introdução

Originalmente, a busca pela autossuficiência no abastecimento de combustíveis foi precursora dos debates sobre a política energética a ser adotada no Brasil, e culminou na criação da Petrobras, no início da década de 1950.

Passadas algumas décadas e experimentados cenários políticos e econômicos dos mais diversos, a Petrobras mantém a sua posição predominante no *downstream* no Brasil – sobretudo nas atividades de refino –, contrastando com a competitividade já alcançada no *upstream*.

O presente trabalho tem como principal objetivo apresentar o panorama atual do segmento de refino de petróleo no Brasil. Por meio de uma síntese histórica, busca-se relacionar as origens da indústria petrolífera no país ao reposicionamento da Petrobras e do Governo Federal frente aos atuais desafios do *downstream*, sobretudo do segmento de refino.

1. O desenvolvimento do segmento de refino no Brasil

A onda crescente de distribuição de derivados no Brasil foi iniciada em 1912, com a chegada da distribuidora *Standard Oil Company of Brazil*, seguida da *Anglo-Mexican Petroleum Products Co. Ltd*, em 1913, e da *Texas Company South America*, em 1915 – posteriormente conhecidas como Esso, Shell e Texaco, respectivamente.

Na década de 1930, como resultado dos expressivos investimentos no setor de distribuição e do desenvolvimento da indústria automobilística, começavam a ser distribuídos os primeiros derivados produzidos em escala no Brasil. Com a instalação das primeiras refinarias no país – ambas resultantes de investimentos privados, a Destilaria Rio Grandense de Petróleo, em 1934, e a Ipiranga S.A. Companhia Brasileira de Petróleos, em 1937 (atual Refinaria de Petróleo Riograndense¹) – reduzia-se a dependência das importações de derivados.

Em razão do desabastecimento e racionamento ocasionados pela II Guerra Mundial, medidas restritivas de consumo foram tomadas no Brasil e a distribuição de derivados no país foi significativamente afetada.

Com o fim da guerra e a retomada da oferta de petróleo e derivados, o Brasil vivenciou um aumento expressivo no consumo. O consumo crescente, aliado à eminente dependência da importação de derivados, apresentava-se como uma crise inevitável a ser desencadeada em um futuro próximo, caso não endereçada prontamente².

Diante deste cenário, a questão do abastecimento tornou-se um ponto de atenção no país, resultando em articulações políticas que culminaram na elaboração do Decreto Lei nº 227/1934 (Código de Minas) e na criação do Conselho Nacional do Petróleo (CNP), por meio do Decreto Lei nº 395, de 29 de abril de 1938.

A constatação da existência de jazidas de petróleo com potencial comercial no território nacional – ocorrida pela primeira vez em 1939, no município de Lobato³, no Estado da Bahia – intensificou ainda mais o debate sobre a política energética e o modelo a ser adotado para a exploração de hidrocarbonetos no Brasil.

1.1 “O petróleo é nosso” e a criação da Petrobras

O emprego de capital estrangeiro no setor era defendido pelo então presidente Eurico Gaspar Dutra, com fundamento na Constituição de 1946⁴, vigente à época, que previa a possibilidade de exploração dos recursos minerais nacionais por meio de concessões federais.

Foi então elaborado o anteprojeto do Estatuto do Petróleo, que permitia o emprego de capital estrangeiro no setor, desde que de forma indireta, por meio da constituição de subsidiárias brasileiras.

O Estatuto do Petróleo também estabelecia previsões específicas para as refinarias, que eram segmentadas entre dois grupos principais: as refinarias voltadas para o mercado interno e aquelas destinadas à exportação de derivados, cada qual sujeita a determinadas condições em relação ao emprego de capital estrangeiro.

Sobre as disposições do Estatuto do Petróleo, destaca-se a síntese elaborada por Dias e Quaglino⁵:

Baseado num critério de difícil operacionali-

zação – divisão das refinarias entre produtoras para o consumo interno e para exportação – o Estatuto permita que o capital estrangeiro participasse da indústria sem quaisquer restrições depois de satisfeitas as necessidades de consumo interno de gasolina.

No caso de a produção da refinaria estar destinada ao mercado interno, exigia-se que as “sociedades organizadas no Brasil” fossem controladas em 60% do capital votante por brasileiros. Apesar de adotar essa e outras remissas de eficácia duvidosa (como o princípio da constituição de reservas nacionais), o Estatuto tinha o mérito de encarar o refino como uma área interdependente das outras que compõem a indústria do petróleo. Ou seja, pela primeira vez era proposta uma solução integrada para o problema.

O Estatuto do Petróleo foi recebido em 1948 com vigorosa oposição do Centro de Estudos e Defesa do Petróleo e da Economia Nacional (CEDPEN), bem como de outros apoiadores do modelo monopolista, que sustentavam a utilização de uma empresa estatal para exploração de hidrocarbonetos sob regime de monopólio. Como resultado, o Estatuto do Petróleo tramitou no Congresso e foi arquivado.

No contexto dos acalorados debates políticos e econômicos em relação às políticas de industrialização e os limites da atuação de empresas estrangeiras no país, sobretudo no setor energético, foi instituída, já no governo de Getúlio Vargas, a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, por meio da Lei nº 2.004/1953.

Corolário do sentimento nacionalista difundido pela campanha “O petróleo é nosso”, lançada em 1948, a Petrobras foi estruturada como uma sociedade de economia mista controlada pela União Federal. A sua criação formalizava a instituição do monopólio estatal da exploração, produção e refino de petróleo no Brasil.

Originalmente dedicada à busca pela autossuficiência brasileira no setor dos combustíveis líquidos, a Petrobras recebeu, logo no início da sua criação, ativos estratégicos que estavam sob a administração do CNP, quais sejam: (i) campos do recôncavo baiano, com produção de 2.700 barris de petróleo por dia e com reservas de 51 milhões de barris; (ii) frota composta por

10 navios petroleiros; e (iii) 02 refinarias com capacidade de refino de 50.000 barris por dia⁶.

2. O monopólio de facto da Petrobras e os desafios do refino no Brasil

Embora o processo de refino de petróleo no país tenha se originado no setor privado, a criação da Petrobras – previsível e estrategicamente – limitou a atuação das entidades privadas às operações de distribuição e produção de derivados nas refinarias existentes. Ademais, tais refinarias ficaram impedidas de aumentar a produção, enquanto as distribuidoras tiveram as suas atividades limitadas à aquisição de derivados da estatal.

Com a produção menor que o consumo, e tendo a Petrobras como símbolo do desenvolvimento industrial nacional, o Brasil deu início aos investimentos em escala em seu parque de refino. Nas palavras de Alísio Jacques Mendez Vaz, “a construção de refinaria buscava interiorizar o suprimento de combustíveis e resultou em mudanças nas atividades das distribuidoras – até então, consumidoras de derivados originados do exterior”⁷.

Inaugurada em 1955, a refinaria Presidente Bernardes – Cubatão (RPBC) era considerada a primeira grande refinaria no país, com produção superior às demais existentes à época. Em 1961, a Petrobras inaugurou a Refinaria Duque de Caxias (REDUC), responsável por dobrar a produção de derivados da companhia, que atingiu 83% da demanda nacional⁸.

Ao longo das últimas décadas, a Petrobras intensificou e consolidou a sua atuação monopolista. Segundo dados da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (“ANP”), das dezessete refinarias que compõem o parque de refino nacional, treze pertencem à Petrobras, respondendo por 98,2% da capacidade total. Atualmente, apenas as refinarias Manguinhos (RJ), Riograndense (RS), Univen (SP) e Dax Oil (BA) são privadas⁹.

Não se pode olvidar que medidas foram tomadas em direção à liberalização do mercado, como a Emenda Constitucional nº 09/1995 e a Lei nº 9.478/1997 (também conhecida como Lei do Petróleo), que buscavam a atração de capital estrangeiro e a extinção de barreiras a novos agen-

tes. No entanto, é evidente o predomínio da atuação da Petrobras nas três principais áreas da cadeia produtiva da indústria de petróleo e gás, sobretudo nas atividades de *downstream*, com destaque para o refino.

O monopólio *de facto* da Petrobras, como passou a ser denominado pela doutrina, foi sucintamente explicado por João Paulo Resende, conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)¹⁰:

O monopólio da Petrobras não é propriamente um monopólio natural, outro jargão econômico para se referir a mercados em que a relação demanda e oferta só comporta um agente produtor, normalmente caracterizado por elevados ganhos de escala e indivisibilidade da demanda. Nesses mercados, se houver duas firmas, as duas irão falir, pois a demanda dividida não lhes permite recuperar o investimento em custos afundados. Ainda assim, em função da localização das refinarias, da malha de gasodutos, da produção de gás natural do pré-sal e do contrato de fornecimento de gás com a Bolívia, é pouco provável que seja possível criar concorrência para o provimento desses bens no Brasil. Certamente não no curto prazo. E não parece ser o interesse de nenhum governo, nem da sociedade, fazê-lo. Assim, a Petrobras pode ser considerada um “de facto” monopólio natural. (Grifos nossos.)

Embora de forma não imediata, os impactos nefastos da estrutura monopolista e décadas de rigoroso controle estatal são evidentes. A atuação predominantemente hegemônica da Petrobras nas atividades de refino resultou em modestos investimentos na infraestrutura necessária para a distribuição e o refino, na estagnação da capacidade do parque de refino no Brasil e na consequente redução de atratividade econômica para investimentos privados no setor.

Segundo dados da ANP, a produção total das refinarias foi de 585.336.432 barris em 2000, atingindo seu ápice em 2014, com um total de 795.459.907 barris – um incremento de apenas 210.123.476 em um período de quatorze anos. Em contrapartida, as importações de derivados do petróleo quase dobraram, de 114.830.091 barris em 2000, para 224.719.566 barris em

2017¹¹.

Entre 2008 e 2017, a capacidade nacional total de refino (barril/dia) foi expandida em apenas 324.806 barril/dia, o que resultou na estagnação da produção de derivados. De acordo com estimativas da ANP em 2016¹², a capacidade instalada para produção de derivados de petróleo e a infraestrutura de distribuição não serão suficientes para suportar um crescimento contínuo por 10 anos de demanda por combustíveis automotivos – dos quais o Brasil era o quarto maior consumidor em 2017¹³.

Em razão do aumento da demanda por combustível e da incapacidade de adequação da matriz de produção ao perfil demandado pelo mercado – seja pelo tipo ou qualidade do derivado –, o Brasil tornou-se, desde 2010, importador de gasolina¹⁴.

Há que se mencionar, ainda que de forma breve, outros fatores – não diretamente relacionados ao *monopólio de facto* – que prejudicaram o desenvolvimento do setor. Dentre tais fatores destacam-se a necessidade de investimentos elevados de capital e a discrepância entre a lucratividade que pode ser alcançada por meio das atividades de exploração e produção¹⁵, o período recente de recessão econômica no Brasil, os desafios regulatórios, as dificuldades de infraestrutura e logística, além da tendência global do enrijecimento das restrições ambientais vivenciadas pela indústria petrolífera.

Por fim, merece destaque outro entrave histórico que possui interferência direta na atratividade do segmento de *downstream* no Brasil, a prática do tabelamento de preços e o uso de subsídios como instrumento de homogeneização de preços nas diversas regiões do país – apesar da concentração da demanda e infraestrutura no eixo sul-sudeste.

2.1 O controle direto e o processo de liberalização dos preços dos combustíveis

Em linha com a tendência global de limitação à intervenção estatal na economia, foi iniciado na década de 1990 um processo de liberalização dos preços dos combustíveis no país. Este movimento de liberalização é sucintamente explica-

do por Alisio Vaz¹⁶:

Na sequência das medidas de flexibilização, o DNC desatou as amarras que uniformizavam os preços dos combustíveis em todo o território brasileiro. Em novembro de 1991, o departamento eliminou de suas planilhas o frete de entrega, entre as bases de distribuição e os postos, agregando esse item aos valores dos produtos. As distribuidoras passaram a praticar preços diferenciados, ajustados à realidade logística de cada lugar do País. A complexa matemática de compensação de fretes entre as companhias ficou restrita, assim, à transferência dos combustíveis entre as bases das distribuidoras.

Em 1995, enquanto se discutia o fim do monopólio da exploração e produção de petróleo e gás natural, o Departamento Nacional de Combustíveis (DNC) extinguiu o frete de transferência entre as bases das distribuidoras.

Em abril de 1996, o mercado foi enfim autorizado a praticar preços livres para a gasolina e o etanol hidratado. Após mais de meio século de tabelamento, e em meio a uma tentativa de estabilização econômica do país através do Plano Real, tais medidas surpreenderam o mercado.

A flexibilização da presença estatal no setor de combustíveis atingiu seu auge em 1997, com a sanção da Lei do Petróleo. O referido diploma legal estabeleceu um novo marco regulatório para as atividades das empresas privadas e instituiu a ANP, dando início à uma estrutura de mercado mais aberta e competitiva em todos os setores da indústria. Em relação à distribuição, a Lei do Petróleo foi um marco importante para a liberação integral dos preços e a importação de derivados por empresas privadas¹⁷.

2.2 As novas formas de intervenção e o controle indireto de preços

A Lei do Petróleo originalmente estabeleceu que, em um período de transição de até três anos, os reajustes e revisões dos preços dos derivados básicos de petróleo e do gás natural praticados pelas refinarias e pelas unidades de processamento passariam a ser efetuados segundo parâmetros específicos estabelecidos pelos Ministérios de Estado da Fazenda e de Minas e Energia. A Lei nº 9.900/2000 estendeu o período de transição

até o dia 31 de dezembro de 2001.

Durante o período de transição, os subsídios governamentais para os combustíveis automotivos foram gradativamente abolidos. Finalmente, em 01 de janeiro de 2002, passou a vigorar o regime de liberdade de preços no mercado de combustíveis, sem controle direto e preços mínimo ou máximos de referência – com o intuito de igualar os preços nacionais aos preços praticados no mercado internacional.

Não obstante as tentativas de abolir o controle de preços, é possível observar, ao longo dos últimos anos, um controle indireto dos preços do setor. Não são raras as vezes em que o Estado, tendo a União Federal como acionista majoritária da Petrobras, utiliza-se da estatal para direcionar a política interna de preços.

Conforme evidenciado pelo Relatório de Gestão 2014 da Petrobras, desde 2010 até 2014, a companhia estava praticando preços do diesel e gasolina, entre outros, abaixo dos preços internacionais. Outrossim, o mesmo Relatório indica expressamente a dificuldade de compensar totalmente as perdas acumuladas neste período nos segmentos de refino e distribuição.

Conforme o Relatório de Gestão 2014¹⁸:

No segmento de abastecimento, ainda temos enfrentado forte concorrência desde o fim do monopólio estatal. No entanto, com a desregulamentação do setor, outras empresas passaram a poder refinar, transportar e comercializar produtos derivados de petróleo no Brasil. Conseqüentemente, com a possibilidade de importação de produtos refinados por estas empresas, os derivados de petróleo produzidos nas refinarias nacionais podem sofrer maior competição no acesso ao mercado. **Precisamos competir com as importações globais, a preços internacionais. Esta concorrência influencia os preços cobrados por nossos produtos no país.** (*Grifos nosso.*)

A predominância da Petrobras no segmento de refino – responsável por 98% da capacidade de refino no país¹⁹ – faz com que os preços do mercado doméstico tenham relação direta com a política de preços adotada pela estatal.

Evidentemente, os supostos benefícios causados pela contenção artificial de preços são apenas

imediatos – usualmente ligados ao controle artificial da inflação²⁰. Em médio e longo prazo, a discrepância entre os preços dos derivados no mercado nacional e internacional implica em perdas significativas para a Petrobras – que acaba subsidiando a diferença e absorvendo os prejuízos – e para toda a cadeia produtiva, inclusive os consumidores – aos quais os mesmos prejuízos são repassados de outras maneiras.

Em breve conclusão sobre o tema, o economista Thomas DiLorenzo²¹ descreve os efeitos desastrosos do controle de preços, vivenciados ao longo da história da humanidade:

Por mais de quatro mil anos, os resultados têm sido exatamente os mesmos: escassez e desabastecimento, várias vezes com consequências catastróficas; deterioração da qualidade do produto; proliferação dos mercados negros, nos quais os preços são maiores do que seriam em um mercado livre e os subornos são desenfreados; destruição da capacidade produtiva daquelas indústrias cujos preços são controlados; distorções grosseiras dos mercados [*no Brasil do Plano Cruzado, carro usado era mais caro do que carro novo*]; criação de burocracias tirânicas e opressivas para fiscalizar o controle de preços; e uma perigosa concentração de poder político nas mãos destes burocratas controladores de preços.

A possibilidade de controle indireto de preços pelo principal *player* do setor é um obstáculo à entrada de novos *players*, que buscam um ambiente competitivo e de livre concorrência – princípio basilar do ordenamento econômico, que assegura a oportunidade de participar na atividade econômica de maneira isonômica. Lamentavelmente, o que se vê é um ambiente até então desfavorável aos investimentos privados no setor, que torna o mercado cada vez mais dependente da Petrobras.

2.3 Reposicionamento da Petrobras no segmento de refino

A natureza *sui generis* da Petrobras, uma empresa estatal de economia mista, implica em desafios dos mais diversos aos seus gestores. Por um lado, é empresa de capital aberto, que deve exercer as suas atividades empresárias em busca de lucro. Por outro – mas de forma concomitante – empresa estatal de economia mista cujo acionista

majoritário é a União Federal, portanto sujeita a diretrizes nem sempre orientadas ao lucro e à eficiência.

Não obstante, a Petrobras permanece reconhecida mundialmente pela sua capacidade técnica especializada na indústria de petróleo, gás natural e energia. Em meio aos diversos desafios institucionais, cenários político e econômico desfavoráveis, bem como endividamento elevado, a Petrobras se esforça para alcançar os bons indicadores econômicos de outrora, reconquistar a confiança de seus acionistas e a reputação que construiu ao longo de décadas de existência.

Nesse contexto, a estatal divulgou, em 13 de setembro de 2016, seu Plano de Negócios e Gestão 2017-2021 (PNG 2017-2021). Além das diversas iniciativas voltadas para a exploração e produção de petróleo e gás, foram também divulgadas estratégias específicas e objetivas para o segmento de refino²², quais sejam (i) a redução de riscos de sua atuação nos setores de transporte, logística, distribuição e comercialização por meio de parcerias e desinvestimentos e (ii) a promoção da política de preços de mercado e maximização de margens na cadeia de valor. A companhia indicou, ainda, a busca de parceria no 2º conjunto de refino (Trem II) da Refinaria Abreu e Lima (RNEST), bem como na refinaria do COMPERJ.

Em consonância com seu PNG 2017-2021, em 27 de abril de 2018, a Petrobras divulgou, ainda, duas oportunidades de desinvestimento (*teasers*) referentes a alienação da participação da companhia no segmento de refino e logística²³.

Para tanto, o modelo inicialmente divulgado pela Petrobras previa a criação de duas subsidiárias, englobando os ativos de *downstream* e *midstream* na região Nordeste (Cluster Nordeste) e Sul (Cluster Sul) do Brasil. É prevista a alienação de 60% de sua participação acionária em cada uma das novas subsidiárias, restando, portanto, 40% de participação nos respectivos *clusters*²⁴.

O Cluster Nordeste engloba as refinarias Landulpho Alves (RLAM) e Abreu e Lima (RNEST), bem como 770km de oleodutos e cinco terminais, quais sejam: Candeias, Itabuna, Jequié e Madre de Deus, localizados na Bahia; e Suape

localizado em Pernambuco. De acordo com informações no respectivo *teaser*, em 2017, o Cluster Nordeste correspondia a 19% da capacidade total de refino brasileiro.

O Cluster Sul é composto pelas refinarias Alberto Pasqualini (REFAP) e Presidente Getúlio Vargas (REPAR), 736 km de oleodutos e sete terminais, quais sejam: Paranaguá, localizado no Parana; São Francisco do Sul, Guaramirim, Itajaí, Biguaçu, localizados em Santa Catarina; e Niterói e Tramandaí, localizados no Rio Grande do Sul. Em 2017, o Cluster Sul representava 17% da capacidade total de refino de petróleo no Brasil.

Impulsionado pelo cenário de reorganização interna da Petrobras – que busca otimizar recursos, reduzir o endividamento e maximizar os lucros –, o reposicionamento da estatal no refino contribui para a flexibilização do monopólio *de facto* exercido pela companhia e torna o setor mais atrativo para novos *players*.

2.4 Preço de Paridade Internacional

Em linha com a estratégia de reposicionamento da estatal no mercado – e contrastando com o longo período de controle indireto de preços –, a Diretoria Executiva da Petrobras aprovou, em 13 de outubro de 2016, a aplicação do preço de paridade internacional (PPI) para a comercialização de gasolina e diesel.

A nova política de preços buscava refletir, no preço dos referidos derivados, as oscilações do mercado internacional dos preços do petróleo e as flutuações do câmbio. De acordo com a companhia, a nova política é fundada em quatro princípios²⁵:

O PPI, já incluindo custos como frete de navios, custos internos de transporte e taxas portuárias;

Uma margem de remuneração dos riscos inerentes à operação, como, volatilidade da taxa de câmbio e dos preços, sobreestadias em portos e lucro, além de tributos;

Nível de participação no mercado;

Preços nunca inferiores a paridade internacional.

Em um primeiro momento, os reajustes no pre-

ço do diesel e da gasolina estavam previstos para ocorrer apenas mensalmente. Por fim, em 29 de junho de 2017, a Diretoria Executiva da Petrobras aprovou o aumento na frequência dos reajustes, consolidando a nova política de preços.

2.4.1 Crise do diesel

Com a nova previsão para aplicação do preço de paridade internacional pela Petrobras, os preços dos combustíveis repassados ao consumidor passaram a ser reajustados com maior frequência. Tal repasse tinha como objetivo refletir as flutuações da cotação internacional do petróleo e do câmbio com reajustes – artificialmente ignorados pela Petrobras na formação de preços e totalmente estranhos ao consumidor por um longo período.

Em função dos mencionados fatores externos, os reajustes realizados pela Petrobras geraram uma escalada imediata e inesperada nos preços dos combustíveis, dentre eles o diesel, utilizado majoritariamente no transporte coletivo de pessoas e no transporte de cargas. Inevitavelmente, a alta de preços do diesel teve impacto direto na atividade de fretes, encarecendo a atividade e desagradando a categoria dos transportadores autônomos.

Após cerca de dez dias de paralizações e negociações, a então conhecida como “greve dos caminhoneiros” chegou ao fim em 31 de maio de 2018. Como resultado da greve, a promoção da competitividade no setor de *downstream* foi prejudicada com aplicação de subvenção econômica aplicada ao diesel – diametralmente oposta às iniciativas de redução dos subsídios.

Por ora, a política de paridade de preços com o mercado internacional, bem com seus princípios permanecem em vigor, com relação a gasolina.

2.5 Combustível Brasil

Além do programa de desinvestimento e das estratégias previstas no âmbito da gestão da Petrobras, iniciativas recentes do Governo Federal sinalizaram avanços há tempo aguardados pelo mercado.

Em fevereiro de 2017, o Ministério de Minas e Energia (MME) lançou programa Combustível Brasil, com objetivo de assegurar o abasteci-

mento nacional, frente a crescente demanda por combustíveis, “em um ambiente regulatório objetivo, claro e favorável aos investimentos para expansão do setor de *downstream*”, conforme descrição do MME²⁶.

A iniciativa do Combustível Brasil teve como premissa o reposicionamento da Petrobras nos setores de refino, transporte, armazenamento e comercialização de derivados, divulgada no PGN 2017-2021, dado o papel ainda dominante da estatal no segmento do refino²⁷:

Em que pese a hegemonia da Petrobras no segmento de refino de petróleo, há interesse da empresa na construção de parcerias com agentes privados, como já ocorre na exploração e produção de petróleo. Em setembro de 2016, a empresa divulgou por meio de seu PNG 17-21 que faz parte de sua estratégia ampliar parcerias e realizar desinvestimentos na área de refino. Essa iniciativa representa, em alguma medida, estímulo à entrada de outros agentes no mercado.

Outro aspecto importante para atração de investidores em refino é a prática de uma política de preços de derivados que observe os mercados internacionais. Assim, o refinador terá garantia de que vigoram as regras de mercado na determinação dos preços. Adicionalmente, deve-se garantir o adequado acesso à infraestrutura primária, de modo a garantir o escoamento de seus produtos.

O Combustível Brasil é uma iniciativa participativa, contando com instituições pública, como a ANP, a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e o MME, em colaboração com agentes do setor privado de *downstream*. Entre 13 de setembro de 2016 a 10 de fevereiro de 2017, foram realizadas 23 reuniões com a participação de diversos agentes públicos e privados.

O Combustível Brasil busca consolidar um ambiente de segurança no abastecimento concentrando-se em pontos críticos principais, a fim de destravar investimentos, bem como aprimorar a infraestrutura e o ambiente regulatório. Por meio do intercâmbio entre os entes públicos e privados, o programa busca coletar informações sobre os principais obstáculos do setor.

Neste sentido, o programa propõe o mapeamento de infraestrutura de movimentação de deriva-

dos de petróleo, prioritárias para a promoção de investimentos privados. No escopo do Combustível Brasil, é também analisada possibilidade de ampliação de linhas de financiamento com taxas mais atrativas e de longo prazo para o setor de infraestrutura.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o Combustível Brasil propõe a realização de estudos para avaliar o nível de concentração no mercado, com o objetivo de fornecer subsídios às autoridades competentes a fim de analisar a atuação de agentes e atos de concentração, englobando também os desinvestimentos da Petrobras.

Considerações Finais

Os atuais desafios relacionados ao segmento de refino permeiam a história da indústria do petróleo no Brasil. Neste contexto, é notável que a predominância da Petrobras no setor ao longo das últimas décadas influenciou diretamente a atual organização do *downstream* no país.

Traçando um paralelo com o passado, percebe-se que a questão do abastecimento – que, originariamente, promoveu os primeiros debates acerca da política energética em busca da autosuficiência – ainda não foi efetivamente solucionada.

Embora de forma não imediata, os impactos da estrutura monopolista e décadas de rigoroso controle estatal são evidentes. A atuação predominante da Petrobras nas atividades de *downstream* resultou em investimentos insuficientes na infraestrutura de distribuição e refino, na estagnação da capacidade do parque de refino no Brasil e na conseqüente redução de atratividade econômica do setor para investimentos privados.

A exemplo do Combustível Brasil, estratégias viáveis para, gradativamente, solucionar os atuais desafios do segmento de refino passam por iniciativas que busquem o incremento da competitividade, a estabilidade e transparência do ambiente regulatório, o investimento na infraestrutura de logística, o alinhamento com os preços internacionais e a garantia da segurança jurídica necessária para a conclusão exitosa dos desinvestimentos vislumbrados pela Petrobras.

Bibliografia

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). **ANP anuncia medidas para garantir a continuidade do abastecimento e para inibir preços abusivos dos combustíveis.** Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/noticias/4497-anp-anuncia-medidas-para-garantir-a-continuidade-do-abastecimento-e-para-inibir-precos-abusivos-dos-combustiveis>> Acesso em: 12 out. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). **Dados Estatísticos.** Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/dados-estatisticos>> Acesso em: 03 nov. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). **Histórico da liberação dos preços de combustíveis no mercado brasileiro.** Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/precos-e-defesa-da-concorrenca/precos/levantamento-de-precos/historico-da-liberacao-dos-precos-de-combustiveis-no-mercado-brasileiro>> Acesso em: 12 out. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). **Oportunidades na Produção e no Abastecimento de Combustíveis no Brasil.** 2017. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/publicacoes/livros-e-revistas/4163-oportunidades-na-producao-e-no-abastecimento-de-combustiveis-no-brasil>> Acesso em: 29 out. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). **Anuário Estatístico, Ano 2018.** Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/anuario-estatistico/2018/textos/Secao2.pdf>> Acesso em: 12 out. 2018.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Cade abre inquérito para investigar mercado de refino da Petrobras. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-abre-inquerito-para-investigar-mercado-de-refino-da-petrobras>> Acesso em: 30 out. 2018

BARROS FILHO, Allan Kardec Duailibe (Org.). **Combustíveis no Brasil: Desafios e Perspectivas.** 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia: Centro de Estudos de Energia e Desenvolvimento, 2012.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 09 de novembro de 1995.** Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 10 nov. 1995 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm> Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1998,** Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 05 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 07 out. 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.478/97, de 06 de agosto de 1997.** Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 11 ago. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm> Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória nº 836, de 30 de maio de 2018.** Diário Oficial [da] União, Brasília, 30 mai. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv836.htm#art2> Acesso em: 03 nov. 2018.

BRASIL. **Medida Provisória nº 838, de 30 de maio de 2018.** Diário Oficial [da] União, Brasília, 30 mai. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv838.htm> Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. **Portaria do Ministério de Estado da Fazenda nº 292, de 13 de dezembro de 1996.** Diário Oficial [da] União, Brasília, 16 dez. 1988. Disponível em: <<http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-federal/portarias/portarias-mf/1996&item=pmf-292--1996&exort=pdf>> Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. **Portaria do Ministério de Estado**

- da Fazenda nº 59, de 29 de março de 1996.** Diário Oficial [da] União, Brasília, 29 mars. 1996. Disponível em: <<http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-federal/portarias/portarias-mf/1996&item=pmf-59--1996&export=pdf>> Acesso em: 03 nov. 2018.
- CARDOSO, Luiz Cláudio. **Petróleo: Do Poço ao Posto.** Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2012.
- CHAMBRIARD, Magda. **Cenário Atual do Abastecimento de Combustíveis Automotivos no Brasil.** 12º Fórum de Debates sobre Qualidade e Uso de Combustíveis. Rio de Janeiro, 13 de abril de 2016. Disponível em <<https://www.anp.gov.br/SITE/acao/download/?id=80382>> Acesso em: 29 out. 2018.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967.** Diário Oficial [da] União, Brasília, 28 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0227.htm> Acesso em: 07 out. 2018.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 395, de 29 de abril de 1938.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/1937-1946/Del0395.htm>
- DIAS, José Luciano de Mattos; QUAGLINO, Maria Ana; **A questão do petróleo no Brasil: uma história da Petrobras.** Rio de Janeiro: CPDOC: PETROBRAS, 1993. Disponível em: <https://jornalgggn.com.br/sites/default/files/documentos/fgv_a_questao_do_petroleo_no_brasil_1993.pdf> Acesso em: 03 nov. 2018.
- DILORENZO, Thomas. **Quatro mil anos de controle de preços.** Disponível em <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1761&ac=61925>> Acesso em: 25 nov. 2018.
- MARTINS, Luis Carlos dos Passos. **Petróleo e “Nacionalismo” no segundo governo Vargas: o debate em torno da criação da Petrobrás.** *Historiæ*, Rio Grande, 6 (2), 401-425, 2015, p.410. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/hist/article/viewFile/5581/3492>> Acesso em: 12 out. 2018.
- FERREIRA, Ana Gláucia Tavares. **A Política de Prec os dos Combustíveis e es Barreiras ao Investimento.** Monografia de bacharelado – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014, p. 43. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/1437/1/AGTFerreira.pdf>> Acesso em: 23 out. 2018.
- FGV ENERGIA. **Biocombustível.** Cadernos FGV Energia, ano 4, n. 8, 2014, p.42. Disponível em: <https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/caderno_biocombustivel_-_bairxa.pdf> Acesso em: 03 nov. 2018.
- JANÚNCIO, Danilo. **“Petróleo é nosso” leva à criação do monopólio.** Folha de São Paulo. 03 de outubro de 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj0310200304.htm>> Acesso em: 07 out. 2018.
- MARTINS, Luis Carlos dos Passos. **Petróleo e “Nacionalismo” no segundo governo Vargas: o debate em torno da criação da Petrobrás.** *Historiæ*, Rio Grande, 6 (2), 401-425, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.furg.br/hist/article/view/5581>> Acesso em: 12 out. 2018.
- ESTADÃO. Greve dos Caminhoneiros: Abastecimento de supermercados, aeroportos e de outros estabelecimentos foi prejudicado, 03 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/infograficos/economia,greve-dos-caminhoneiros,882601>> Acesso em: 07 out. 2018.
- MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (MME). **Combustível Brasil: Setor de Combustíveis, Biocombustíveis e Demais Derivados do Petróleo.** Maio, 2017. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/10584/24442563/2017+05+10+Combustivel+Brasil+vFinal.pdf>> Acesso em: 29 out. 2018.
- MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (MME). **Combustível Brasil.** Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/petroleo-gas-natural-e-combustiveis-renovaveis/programas/combustivel-brasil/principal>> Acesso em: 24 out. 2018.
- MOTA, Camila Veras. **6 perguntas para entender a alta nos preços da gasolina e do diesel.** BBC Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44217446>> Acesso em: 07 out. 2018.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. **Diretoria Executiva aprova Política de Preços.** Disponível em: <<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/comunicados-e-fatos-relevantes/fato-relevante-diretoria-executiva-aprova-politica-de-precos>> Acesso em: 12 out. 2018.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. **Plano de Negócios e Gestão 2017-2021.** Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUKEwiT1sHisoHfAhUD-FJAKHcTPDLEQFjACegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.investidorpetrobras.com.br%2Fdownload%2F4449&usg=AOvVaw1gd-6QXg3v64NmG vW5 bs5>> Acesso em: 21 set. 2018.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. **Plano de Negócios e Gestão 2018-2022 da Petrobras.** Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/pt/quem-somos/estrategia/plano-de-negocios-e-gestao/>> Acesso em: 28 out. 2018.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.. **Diretoria Executiva aprova revisão da política de preços de diesel e gasolina.** Disponível em: <<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/comunicados-e-fatos-relevantes/fato-relevante-diretoria-executiva-aprova-revisao-da-politica-de-precos-de-diesel-e-gasolina>> Acesso em: 12 out. 2018.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.. **Divulgam Oportunidades de Parcerias em Refino e Logística.** Petrobras, 2018. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados-1/divulgamos-oportunidades-de-parcerias-em-refino-e-logistica.htm>> Acesso em: 21 set. 2018.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.. **Relacionamento com investimentos.** Disponível em: <http://www.investidorpetrobras.com.br/> Acesso em: 07 set. 2018.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.. **Relatório de Gestão Ano 2014.** Disponível em: <<http://sites.petrobras.com.br/downloads/about-us/profile/transparency/doc/AUDITORIA/relatorio-gestao-petrobras-2014.pdf>> Acesso em: 07 set. 2018.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.. **Suspensão de processos competitivos que resultem em alienação de controle.** Disponível em: <<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/comunicados-e-fatos-relevantes/fato-relevante-suspensao-de-processos-competitivos-que-resultem-em-alienacao-de-controle>> Acesso em: 19 out. 2018.

REFINARIA DE PETRÓLEO RIOGRANDENSE. **Sítio oficial.** Disponível em: <<http://www.refinariariograndense.com.br/site/Pages/refinaria/cronologia/cronologia.aspx>> Acesso em: 04 set. 2018.

RESENDE, João Paulo. **Petrobras, um monopólio desregulado.** JOTA, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/petrobras-um-monopolio-desregulado-24052018>> Acesso em: 02 out. 2018.

WATT NETO, Artur. **Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.** São Paulo: Saraiva, 2014

Referências

- 1 REFINARIA DE PETRÓLEO RIOGRAN- DENSE. **Sítio oficial**. Disponível em: <<http://www.refinariariograndense.com.br/site/Pages/refinaria/cronologia/cronologia.aspx>>
- 2 MARTINS, Luis Carlos dos Passos. **Petróleo e “Nacionalismo” no segundo governo Vargas: o debate em torno da criação da Petrobrás**. *Historiæ*, Rio Grande, 6 (2), 401-425, 2015, p.410.
- 3 Apesar da primeira jazida de petróleo ter sido descoberta em 1939, a primeira declaração de comercialidade de um poço ocorreu somente em 1941, dando origem ao Campo de Cadeias, que está localizado nos municípios de Candeias, São Francisco do Conde e Salvador.
- 4 Art. 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.
§ 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedade organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.
- 5 DIAS, José Luciano de Mattos ; QUAGLINO, Maria Ana; **A questão do petróleo no Brasil: uma história da Petrobras**. Rio de Janeiro: CPDOC: PETROBRAS, 1993. p.82
- 6 WATT NETO, Artur. **Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24.
- 7 BARROS FILHO, Allan Kardec Duailibe (Org.). **Combustíveis no Brasil: Desafios e Perspectivas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia: Centro de Estudos de Energia e Desenvolvimento, 2012.p. 28.
- 8 BARROS FILHO, Allan Kardec Duailibe (Org.). **Combustíveis no Brasil: Desafios e Perspectivas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia: Centro de Estudos de Energia e Desenvolvimento, 2012.. p. 28.
- 9 AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). **Anuário Estatístico, Ano 2018**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/images/publicacoes/anuario-estatistico/2018/textos/Secao2.pdf>> Acesso em: 12 out. 2018.
- 10 RESENDE, João Paulo. **Petrobras, um monopólio desregulado**. JOTA, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/petrobras-um-monopolio-desregulado-24052018>> Acesso em: 02 de abril 2017.
- 11 AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). **Dados Estatísticos**. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/dados-estatisticos>> Acesso em: 03 nov. 2018.
- 12 CHAMBRIARD, Magda. **Cenário Atual do Abastecimento de Combustíveis Automotivos no Brasil**. 12º Fórum de Debates sobre Qualidade e Uso de Combustíveis. Rio de Janeiro, 13 de abril de 2016. Disponível em < <https://www.anp.gov.br/SITE/acao/download/?id=80382>> Acesso em: 29 out. 2018.
- 13 MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (MME). **Combustível Brasil: Setor de Combustíveis, Biocombustíveis e Demais Derivados do Petróleo**. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documentos/10584/24442563/2017+05+10+Combustivel+Brasil+vFinal.pdf>>
- 14 FGV ENERGIA. **Biocombustível**. Cadernos FGV Energia, ano 4, n. 8, 2014, p.42. Disponível em: <https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/caderno_biocombustivel_-_baixa.pdf> Acesso em: 03 nov. 2018.
- 15 WATT NETO, Artur. **Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 92.
- 16 BARROS FILHO, Allan Kardec Duailibe (Org.). **Combustíveis no Brasil: Desafios e Perspectivas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia: Centro de Estudos de Energia e Desenvolvimento, 2012, p. 32.
- 17 BARROS FILHO, Allan Kardec Duailibe (Org.). **Combustíveis no Brasil: Desafios e Perspectivas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Synergia: Centro de Estudos de Energia e Desenvolvimento, 2012, p. 35.
- 18 PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.. **Relatório de Gestão Ano 2014**. Disponível em: <<http://sites.petrobras.com.br/downloads/about-us/profile/transparency/doc/AUDITORIA/relatorio-gestao-petrobras-2014.pdf>>
- 19 ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Cade abre inquérito para investigar mercado de refino da Petrobras**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-abre-inquerito-para-investigar-mercado-de-refino-da-petrobras>> Acesso em: 30 out. 2018
- 20 MOTA, Camila Veras. **6 perguntas para entender a alta nos preços da gasolina e do diesel**. BBC Brasil, 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44217446>> Acesso em: 31 de outubro de 2018.
- 21 DILORENZO, Thomas. **Quatro mil anos de controle de preços**. Disponível em < <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1761&ac=61925> > Acesso em: 25 nov. 2018.
- 22 PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. **Plano de Negócios e Gestão 2017-2021**. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUKewIT1sHisoHfAhUDFJAKHcTPDLEQFjACegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.investidorpetrobras.com.br%2Fdownload%2F4449&usq=AOvVaw1gd6QXg-3v64NmG_vW5_bs5> Acesso em: 21 set. 2018
- 23 PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.. **Divulgamos Oportunidades de Parcerias em Refino e Logística**. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados-1/divulgamos-oportunidades-de-parcerias-em-refino-e-logistica.htm> Acesso em: 21 set. 2018
- 24 A oportunidade de desinvestimento encontra-se suspensa, devido a uma decisão cautelar, *ad referendum*, proferida em 27 de junho de 2018, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5624 MC/DF pelo Ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal.
- 25 PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. **Diretoria Executiva aprova Política de Preços**. Disponível em: <<http://www.investidorpetrobras.com.br/pt/comunicados-e-fatos-relevantes/fato-relevante-diretoria-executiva>>

[-aprova-politica-de-precos](#)> Acesso em: 12 out. 2018.

26 MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (MME). **Combustível Brasil**. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/petroleo-gas-natural-e-combustiveis-renovaveis/programas/combustivel-brasil/principal>> Acesso em: 24 out. 2018.

27 MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA (MME). Combustível Brasil: Setor de Combustíveis, Biocombustíveis e Demais Derivados do Petróleo. Maio, 2017, p. 12. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/10584/24442563/2017+05+10+Combustivel+Brasil+vFinal.pdf>> Acesso em: 29 out. 2018.

A RESOLUÇÃO Nº 749/2018 DA ANP E A EXTENSÃO DA VIDA ÚTIL DOS CAMPOS MADUROS: UMA ANÁLISE JURÍDICA

ANP RESOLUTION No 749/2018 AND THE EXTENSION OF THE USEFUL LIFE OF MATURE FIELDS: A LEGAL REVIEW

Vitor Rodrigues Fontoura | vitorrodriguesfontoura@gmail.com



Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar a resolução nº 749/2018, publicada pela ANP - Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - de acordo com a lei nº 9.478, para verificar seus principais aspectos legais e econômicos e suas prováveis consequências para o setor petrolífero brasileiro, especialmente nas cidades mais afetadas pela queda de produtividade. Para isso, o presente artigo analisa a função fomentadora do Estado no moderno direito público brasileiro, assim como as principais questões jurídicas envolvendo a nova resolução, considerando também todas as discussões realizadas antes da edição da normativa

Palavras-chave

campos maduros; resolução no 749/2018; agência nacional do petróleo; gás natural e biocombustíveis; fator de recuperação; royalties e fomento estatal.

Abstract

The present academic work seeks to analyze the resolution No 749/2018 published by the ANP - National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels - and according to the Law No 9.478, in order to verify its legal and economic aspects and the likely consequences for the Brazilian oil sector, especially in the cities most affected by the fall in productivity. For such purpose, the present article analyzes the fomentation function of the State in the modern Brazilian Public Law, as well as the main legal issues surrounding the new resolution, considering all the discussions held prior to the publication of the normative.

Keywords

mature fields; resolution no 749/2018; national agency of petroleum; natural gas and biofuels; recovery factor; royalties and fomentation.

Submetido: 07/01/2019 | Aceito: 22/01/2019

Introdução: A crise das bacias Pós-Sal e a Resolução N° 749/2018 da ANP

No dia 12 de setembro de 2018, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, após importantes debates e audiência pública com representantes de diversos setores da indústria petrolífera brasileira e da sociedade civil, publicou a importante Resolução N° 749/2018.¹ Através da normativa, e em observância à lei 9.478/97 (doravante “Lei do Petróleo”), a ANP finalmente regulamenta o procedimento para a concessão da redução de royalties como incentivo à produção incremental em campos maduros, já prevista na legislação setorial desde 1997.²

Sob a ótica do moderno Direito Administrativo, a presente resolução cristaliza a atividade de fomento Estatal, com o intento de estimular o desenvolvimento de setor específico da economia nacional: a produção de Petróleo em Campos Maduros, e os consequentes ganhos sociais daí advindos. Coube ao Estado, em face da vertiginosa queda de produtividade de diversas bacias nacionais de exploração de petróleo nos últimos anos, causada tanto pelo esgotamento gradual de óleo nas bacias quanto pela crise econômica que assolou o país, buscar meios de diminuir os impactos negativos sobre os entes que tinham, e, em grande parte, ainda tem, na produção de petróleo no pós-sal a maior fonte de arrecadação.³

Observa-se também que, desde o início do desenvolvimento dos campos de Pré-sal, a distribuição de Royalties no Estado do Rio de Janeiro vem se alterando de forma gradual, em benefício de municípios que se encontram geograficamente mais ao Sul, como Niterói e Maricá. Nesse cenário, a Bacia de Campos, por exemplo, que outrora foi a principal produtora de petróleo no País, experimenta um declínio de cerca de 30% ao ano no desenvolvimento de seus projetos, gerando impactos de grande vulto para os municípios que historicamente têm a sua arrecadação atrelada aos royalties provenientes dessa bacia, como Cabo-Frio, Macaé, Rio das Ostras e Campos dos Goytacazes.⁴ Corrigir essa distorção, reduzindo os seus impactos é, sem dúvida, papel da Administração Pública.

O Estado, através da ANP, possuía desde 1997, com o advento da Lei do Petróleo, a prerrogativa de reduzir o valor dos royalties de 10% para, até, 5%, “tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes”. Em bom momento, 21 anos após a autorização legislativa, a ANP considerou pertinente a diminuição dos royalties com o fito de aumentar o potencial de recuperação de campos maduros. Trata-se, portanto, do exercício do papel fomentador do Estado para recuperar, ou, ao menos, mitigar os danos, em determinado setor da economia.

1. O Papel Fomentador do Estado e a Resolução N° 749/2018 da ANP

Doutrina Administrativista moderna considera que são duas as principais formas de o Estado atuar na área econômica. Em um primeiro momento, tem-se a figura do Estado Executor, que consiste na possibilidade do Estado atuar diretamente como “player” na economia, através de empresas públicas e sociedades de economia-mista, em geral⁵. Por outro lado, tem-se a figura do Estado Regulador ou Normativo, conforme norteado pelo art. 174 da Constituição Federal:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Em sua face reguladora-normativa, portanto, cabe ao Estado fiscalizar, incentivar e planejar. Especialmente no que tange ao papel fomentador/incentivador, trata-se de estímulo propiciado por medidas objetivas, como a resolução em tela, que possam, de fato, colaborar com o desenvolvimento da área e os objetivos constitucionalmente previstos. Esclarece José dos Santos Carvalho⁶:

No que concerne ao incentivo - denominado por alguns de ‘fomento’ -, deve o Estado disponibilizar o maior número possível de instrumentos para o desenvolvimento econômico a ser perseguido pela iniciativa privada (...). São instrumentos de incentivo os benefícios tributários, os subsídios, as garantias, os empréstimos em condições favoráveis, a proteção aos meios nacionais de produção, a

assistência tecnológica e outros mecanismos semelhantes que se preordenem ao mesmo objetivo.

Vale ressaltar que as ações de fomento não têm o condão de impor aos particulares determinada ação, ou, ainda, constrangê-los de algum modo a adotar certa postura omissiva. Ao contrário, as ações fomentadoras dão aos particulares a liberdade de escolha: a liberdade de se adequar ou não aos desejos de fomento do Estado. Nesse mesmo sentido, ensina Marçal Justen Filho⁷:

O fomento busca afetar as condutas dos particulares, de modo a induzi-los a condutas ativas e omissivas reputadas como desejáveis para certos fins. Uma característica essencial reside na manutenção da autonomia dos particulares para a realização das escolhas. O fomento não consiste na imposição de comandos normativos qualificando as condutas dos particulares como obrigatórias ou proibidas. O particular é incentivado a escolher uma conduta reputada como desejável pelo Estado.

Dessa forma, a resolução em tela manifesta esse exato caráter fomentador ao não impor aos particulares (operadores titulares de contratos de concessão) a obrigação de se adequar a normativa, mas, tão só, a possibilidade. Afinal, o ônus de solicitar ou não a redução da alíquota aplicável, e consequentemente comprovar o benefício para os Entes da Federação, é somente do particular, conforme expresso no artigo primeiro da resolução, não existindo qualquer prejuízo, ou sanção, para particulares que, por qualquer razão, não sigam a direção traçada pelo fomento:

Art. 1º Esta Resolução tem por objetivo regulamentar o procedimento para conceder, a pedido do operador, e desde que comprovado o benefício econômico (destaque nosso) para os entes federados, redução de royalties para até 5% (cinco por cento) sobre a produção incremental de campos maduros

O grande interesse público perseguido pelo Estado com o incentivo contido na resolução é viabilizar a extensão da vida útil, e maximizar o fator de recuperação dos campos, no âmbito dos contratos existentes, o que impacta positivamente o setor e consequentemente a economia local. A ANP estima que a cada aumento de 1%

no fator de recuperação dos campos maduros, um investimento de até 26 bilhões de reais pode ser gerado

Em relação ao uso de métodos de recuperação avançada, de acordo com cálculos da ANP, cada 1% a mais no fator de recuperação dos campos maduros em operação há quase 40 anos pode gerar investimentos de R\$26 bilhões. Ademais, ainda segundo a ANP, tal investimento resultaria em um aumento das reservas de um bilhão de barris de óleo equivalente (incluindo gás natural). A estimativa é que esse volume adicional de reservas, ao serem produzidas, gerem R\$16 bilhões em royalties ao longo dos anos.⁸

Em termo técnicos, o fator de recuperação corresponde a razão entre o volume de fluido contido na reserva e o que se espera extrair, produzir. Essa variável é determinada por inúmeros fatores de ordem natural (como pressão da água, presença de gás, etc) e de ordem técnica (como a tecnologia usada para extração). Ou seja, o objetivo da normativa é possibilitar que campos já maduros, que já experimentam decadência em sua produção, possam reavivar uma produção incremental, a partir da diminuição dos royalties, para que a vida útil do campo seja prolongada.⁹ A própria resolução define (Art. 2, III) campo maduro como sendo aquele com histórico de produção igual ou maior a vinte e cinco anos ou cuja produção acumulada corresponda, ao menos, a 70% do volume inicialmente previsto.

Vale notar que a diminuição dos royalties, como abordaremos em seguida, só se dará para a produção que seja superior a curva de referência de produtividade do campo, ou seja, para a produção que tenha sido efetivamente incrementada, que tenha aumentado o fator de recuperação.

2. ANP como agente fomentador e o controverso processo de deslegiferação

A ANP, como as demais agências reguladoras existentes na Administração Pública, é uma autarquia especial, criada com a finalidade de regular determinado setor da economia.¹⁰ Muito embora a Lei do Petróleo, quando regulamenta a criação da ANP, não estabeleça expressamente, e de forma geral, como função da agência o fomento à indústria de óleo e gás, mas tão

somente a fiscalização e a regulação, é possível identificar na Lei diversos dispositivos que, de forma específica, aludem ao papel incentivador.

Além do próprio Art. 47, §1º, que autoriza que a ANP regulamente a diminuição da alíquota de royalties como incentivo à área, também é possível identificar menções específicas a atividade fomentadora, no rol de competência atribuídas a ANP no art. 8º, como, por exemplo, no inciso X, no que tange ao estímulo à pesquisa e a adoção de novas tecnologia na exploração, produção, transporte e refino. Logo, é possível afirmar que há um caráter fomentador da ANP, ainda que não previsto expressamente no Art. 8º, Caput, onde o legislador mencionou, somente, a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades integrantes da indústria de óleo e gás.

Observa-se que a atividade fomentadora delegada pelo Art. 47, §1º, à ANP se manifesta através da regulação de um benefício concedido na própria Lei. Nessa perspectiva, o legislador atribui à ANP novo poder normativo técnico, referente à regulação da redução da alíquota dos Royalties, que foi manifestado com o advento da nova resolução. Esse poder técnico normativo, considerado pela Doutrina como característica das Agências Reguladoras, é compreendida nos seguintes termos por José dos Santos Carvalho Filho¹¹:

O poder normativo técnico indica que essas autarquias recebem das respectivas leis delegação para editar normas técnicas (não as normas básicas de política legislativa) complementares de caráter geral, retratando poder regulamentar mais amplo, porquanto tais normas se introduzem no ordenamento jurídico como direito novo (*ius novum*)

Esse processo de transferência parcial de poder regulamentar sobre matéria de ordem técnica é, usualmente, denominado por grande parte da doutrina pátria como deslegificação (ou, ainda, deslegalização). O termo busca indicar que a normatização advinda não estaria estabelecida em Lei, mas, tão somente, em ato administrativo emitido por determinada agência reguladora. Essa transferência de poder regulamentador geral da Lei para os atos administrativos não representa “efetiva transferência de poder legiferante a órgãos ou pessoas da Administração, mas tão

somente o poder de estabelecer regulamentação sobre a matéria de ordem técnica, que, por ser extremamente particularizada, não poderia mesmo estar disciplinada na lei.”¹²

Vale notar que o art. 47, §1º, da Lei do Petróleo, estabelece que esse poder regulamentar da ANP deveria se manifestar no edital de licitação correspondente a cada contrato, e não em uma resolução de caráter geral, o que poderia caracterizar ilegalidade da resolução. Segundo essa perspectiva, não seria possível a alteração das alíquotas para os contratos já em execução, mas tão somente em novos contratos a serem firmados, tendo em vista a pura dicção legal. Todavia, essa mera interpretação literal deve ser apenas ponto de partida para compreensão do significado da norma:

A letra da norma, assim, é apenas o ponto de partida da atividade hermenêutica. Como interpretar juridicamente é produzir uma paráfrase, a interpretação gramatical obriga o jurista a tomar consciência da letra da lei e estar atento às equivocidades proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica¹³

Dessa forma, a partir de uma análise mais rigorosa e específica do art. 47, caput, observa-se que essa conclusão meramente literal não deve prevalecer. O dispositivo da Lei do Petróleo estabelece três situações aptas a gerar à ANP a prerrogativa de diminuição da alíquota dos royalties: i) os riscos geológicos, ii) as expectativas de produção e iii) outros fatores pertinentes, o que deve levar a uma interpretação sistemática e não puramente literal da previsão legal.

No que diz respeito aos riscos geológicos e às expectativas de produção, que são fatores conhecidos de forma prévia pela ANP, a redução do valor dos royalties deve estar prevista no edital de licitação, conforme expresso na Lei. Todavia, na hipótese da ANP justificar a diminuição das alíquotas a partir de “outros fatores pertinentes”, faz-se necessário analisar a natureza do fator em questão. Dessa forma, o incentivo a produção incremental em campos maduros não poderia ser previsto em edital de licitação, tendo em vista que a perda da produtividade é elemento superveniente e, muitas vezes, de difícil previsão, o que conduz à conclusão de que a necessidade

de previsão no edital de licitação seria requisito inaplicável.

Nessa perspectiva, o poder transferido a ANP, pela sua própria lei instituidora, diz respeito tão somente a regulamentação de um fomento já positivado, o que não representa qualquer forma de usurpação de competência legislativa. Observe-se que o conteúdo da resolução da ANP ainda está sujeito, como qualquer outro ato regulamentar da administração, a um exame de legalidade e constitucionalidade.

3. O Conteúdo da Resolução 749/2018

Em face do disposto na resolução em estudo, faz-se necessária a compreensão acerca de termos técnicos cuja aplicação resulta na possibilidade, ou não, de consecução dos incentivos regulamentados pela ANP. Nesse sentido, é de suma importância a compreensão do conceito de Campos Maduros, Curva de produção de Referência e Produção Incremental.

Campos maduros são definidos pela Resolução ANP nº 749/2018 com histórico de produção igual ou superior a 25 anos ou cuja produção acumulada corresponda ao menos a 70% do volume previsto.¹⁴ Tratam-se, portanto, de campos de petróleo que já experimentaram seu pico de produção e passaram a demonstrar declínio. Embora a Resolução tenha buscado objetivar ao máximo o conceito de Campos Maduros, o mesmo não é pacífico no âmbito internacional. É comum que a doutrina estrangeira defina Campos Maduros sob um ponto de vista menos objetivo¹⁵:

Oil fields after a certain production period are called mature fields. A more specific definition of mature fields is the fields reaching the peak of their production or producing fields in declining mode. A third definition could be the fields reaching their economic limit after primary and secondary recovery efforts.

De acordo com os critérios adotados pela Agência, 241 campos de exploração de petróleo seriam elegíveis para a concessão do benefício, o que representa, segundo a própria ANP, cerca de 53% dos campos brasileiros¹⁶.

A Curva de Produção de Referência, por sua

vez, indica o montante de produção de hidrocarbonetos no campo, tendo em vista o seu declínio histórico de produção. Nesse sentido, o indicador visa traçar de forma objetiva o declínio de produtividade nos campos.¹⁷ A partir desse traçado é possível concluir o montante de Produção incremental, que consiste na diferença entre o volume previsto (na Curva de Produção de Referência) e a quantidade de óleo ou gás efetivamente extraída.¹⁸

3.1. O Necessário Benefício Econômico aos Entes Federados

No que tange ao procedimento para obtenção da redução dos Royalties, o Art. 4º, inc. VI da resolução estabelece a necessidade de apresentação da revisão do Plano de Desenvolvimento originário, contendo, entre outros requisitos:

Art.4º, Inc. VI: comprovação o benefício econômico para os entes federados na aplicação do incentivo, incluindo extensão na vida útil do campo, fatos de recuperação incremental, participações governamentais adicionais.

É interessante notar que na minuta inicial da resolução a previsão de benefício econômico se limitava a União. Em bom momento, na Audiência Pública na qual foi discutida a matéria, o governo do Espírito Santo sugeriu que a dicção legal englobasse não somente a União, mas, também, todos os entes federados envolvidos. A sugestão foi acatada sob a correta justificativa de que:

é cediço que os royalties são recursos públicos indisponíveis que, por imperativo constitucional (art. 20, §1º), são devidos não somente aos órgãos da administração direta da União, mas também aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios onde ocorram a produção de petróleo e gás natural. Assim, observar a comprovação de benefícios econômicos não somente para a união, mas também para os entes subnacionais é condição sine qua non para a redução das alíquotas dos royalties, de sorte que caso não haja a comprovação de benefício econômico para Estados e Municípios onde ocorra a produção, não há que cogitar em redução de alíquota de royalties, sob risco de grave ofensa ao mandamento constitucional.¹⁹

Dessa forma, resta claro que o benefício eco-

nômico proveniente da diminuição da alíquota dos royalties deve ser experimentado tanto pela União, quanto pelos Estados e Municípios nos quais a exploração se desenvolve. A ausência de benefício para qualquer desses entes deve levar, ipso facto, a não concessão da diminuição da alíquota.

O significado do termo “Benefício Econômico” é, contudo, obscuro na resolução da ANP. Após fazer referência ao mesmo, a resolução elenca, no Art. 4º, inc. VI, três fatores a serem incluídos no benefício: i) a extensão na vida útil do campo, ii) o fator de recuperação incremental e iii) participações governamentais adicionais. Sob o ponto de vista hermenêutico, a interpretação literal conduziria o jurista ao entendimento de que esses fatores são cumulativos e a ausência de um deles descaracterizaria qualquer benefício econômico.

Entretanto, tendo em vista as discussões e apresentações sobre o tema que precederam a publicação da resolução, os fatores expressamente dispostos no art. 4º, inc. VI, da resolução devem ser compreendidos de forma mais específica. Nesse sentido, resta claro que tanto a extensão da vida útil do campo quanto a existência de fator de recuperação incremental são fatores essenciais para a concessão da diminuição da alíquota, tendo em vista que a ausência de qualquer um desses fatores desvirtua o objetivo precípua da resolução que é a geração de produção incremental em campos maduros.

Entretanto, a existência ou não de participações governamentais adicionais deve ser compreendida como elemento exemplificativo, tendo em vista que o fator consiste em uma das diversas formas possíveis de benefícios econômicos diretos ou indiretos a serem experimentados pelos entes da federação. Dessa forma, ainda que não haja previsão de participações adicionais governamentais na revisão do Plano de Desenvolvimento originário, a autoridade reguladora pode conceder o benefício ao operador, desde que provada a existência de outros benefícios econômicos.

Nesse sentido, as discussões e apresentações que antecederam a adição da normativa cumprem a função de norte no objetivo de identificar qual

a amplitude do termo “benefício econômico” expresso pelo legislador. Durante a realização dessas discussões, a criação e continuidade de postos de trabalho, por exemplo, também foram consideradas como benefício apto a ensejar a redução da alíquota, o que leva ao entendimento de que a ANP terá relativa discricionariedade para concluir sobre a existência ou não de benefício econômico.²⁰

3.2. A Variação da Alíquota dos Royalties.

Royalties constituem parte da receita originária do Estado, nas lições de Marcus Abraham²¹:

Esta receita denomina-se formalmente de compensações financeiras, e está prevista no §1º do art. 20 da Constituição Federal de 1988, e é regulada pela Lei nº 7.990/1989. Trata-se de participação a que o Estado tem direito no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, energia elétrica e recursos minerais.

Nesse sentido, os Royalties constituem contra-prestação aos Entes Federados, “sem natureza tributária e com a justificativa na indenização pelo desfalque do patrimônio ambiental e pelas despesas necessárias à manutenção do bem”.²² Há marcante caráter indenizatório baseado em todo o dispêndio que as empresas exploradoras de recursos naturais causam à administração, que atua garantindo a infraestrutura necessária para a atividade e o apoio à população envolvida.

A resolução ANP nº 749 traz tratamento diferenciado quanto à redução das alíquotas tendo em vista o volume de produção dos campos. Segundo o art. 9º, a alíquota aplicável para campos maduros de pequena produção foi fixada em 5%, enquanto a alíquota para campos de grande produção poderá variar de 7,5% a 5% tendo em vista o incremento alcançado, mas aplicáveis de forma regressiva.

Nesse sentido, a produção incremental que atingir até 50% da curva de produção de referência estará sujeita a aplicação da alíquota de 7,5%, enquanto a produção que ultrapassar 50% da curva de referência estará sujeita à aplicação da alíquota de 5%. Trata-se de incentivo para que a produção incremental em grandes campos, que ainda possuem volume de produção expressivo,

seja a maior possível.

Não obstante, conforme discutido nas audiências públicas que antecederam a resolução, o incremento de 50% da curva de produção em campos de grande produção, que possibilitaria a aplicação da alíquota de 5%, é de difícil materialização.²³ Nesse sentido, a resolução poderia ter estabelecido critério mais tangível.

Considerações Finais: Um Novo Cenário para Campos Maduros no Brasil

A nova resolução da ANP inaugura um novo cenário para a exploração de campos maduros no Brasil, objetivando a extensão da vida útil dos campos com o fito de diminuir os impactos da diminuição de produtividade no setor. Além disso, trata-se de um dos raros momentos em que a administração pública utilizou do expediente de diminuir a compensação financeira da qual os entes seriam beneficiados para buscar o aquecimento do setor.

Esse papel fomentador do Estado - personificado na ANP - tem uma função imprescindível em momentos de crises econômicas, pois possibilita o retorno de investimentos que, conseqüentemente, terão impactos sociais. Dessa forma, é de se esperar que nos próximos anos os municípios afetados pela queda de produção nos campos de petróleo, principalmente no Rio de Janeiro, possam experimentar uma diminuição da queda de produtividade a partir de novos investimentos que elevem o fator de recuperação.

O fato da Lei do Petróleo conter previsão que leva a crer que a ANP somente poderia realizar a diminuição da alíquota dos Royalties a partir da inclusão do Edital de Licitação não gerou qualquer tipo de contestação quanto à legalidade da resolução até o momento. Nesse sentido, é de se esperar que embora a resolução possa vir a sofrer impugnação judicial, o judiciário interprete pela diferença de tratamento a ser dado aos diversos fatores que autorizam a ANP à diminuição das alíquotas dos royalties, considerando-se primordialmente a função social do dispositivo.

No que tange ao benefício econômico aos entes da federação a ser comprovado pelos operadores que solicitarem a redução da alíquota dos Royalties, a ANP deverá estabelecer critério objetivo

para averiguação do benefício econômico. Não é devida, no entanto, como analisado no decorrer do presente trabalho, a necessária previsão de nova participação estatal, como poderia sugerir a mera dicção legal.

Referências

ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier. 2010.

BABADAGLI, Tayfun. Development of Mature Oil Fields - A Review. *Journal of Petroleum Science and Engineering* 57 (2007)

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2015

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CASTILHO, Marcelo. Increasing Recovery Factor in Brazil - Mature Offshore Fields. 2018

CHAMBRIARD, Magda; BRUCE, Tatiana; DELGADO, Fernanda; GONÇALVES, Pedro. Royalties e EOR em Campos Maduros no Brasil: Discussões sobre Alíquotas e Arrecadações. Caderno Opinião: FVG Energia. Junho, 2018

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ed. em e-book baseada a 12. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais

MINUTA DA AUDIÊNCIA PÚBLICA DE DISCUSSÃO DA RESOLUÇÃO 749/2018, disponível em: <http://www.anp.gov.br/consultas-audiencias-publicas/em-andamento/4449-consulta-e-audiencia-publicas-n-09-2018>. Acesso em 20 set.2018.

PREFEITO DE MACAÉ QUER REDUÇÃO DE ROYALTIES POSTERGANDO DESCOMISSIONAMENTO. EPBR. Disponível em: <https://epbr.com.br/investimentos-royalties-e-descomissionamento-com-aluizio-junior/>

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Fi-

nanceiro e Tributário. 18 ed. Rio de Janeiro: Renova.2011

Referências

- 1 Tabela consolidada com análise das contribuições recebidas na Consulta e Audiência Pública sobre o tema disponível em: http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/2018/n9/analise-contribuicoes.pdf. Na oportunidade, estiveram presentes diversos representantes do setor, como: Governo do Estado do Espírito Santo, IBP, Petrobrás, Firjan, ABPIP, Petrorio, Ompetro, entre outros.
- 2 Íntegra da resolução disponível em: <http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2018/setembro&item=ramp-749-2018>
- 3 Entre 2012 e 2017, a indústria de Petróleo no município de Macaé, por exemplo, desempregou cerca de 40 mil pessoas, conforme matéria publicada no portal EPBR e disponível em: <https://epbr.com.br/investimentos-royalties-e-descomissionamento-com-aluizio-junior/>
- 4 CHAMBRIARD, Magda; BRUCE, Tatiana; DELGADO, Fernanda; GONÇALVES, Pedro. Royalties e EOR em Campos Maduros no Brasil: Discussões sobre Alíquotas e Arrecadações. Caderno Opinião: FVG Energia. Junho, 2018. pg.11. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/site_coluna_opiniao_93_-_royalties_rev1.pdf
- 5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018. Pg 1058.
- 6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018. Pg 1059.
- 7 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ed. em e-book baseada a 12. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. Pg.858.
- 8 CHAMBRIARD, Magda; BRUCE, Tatiana; DELGADO, Fernanda; GONÇALVES, Pedro. Royalties e EOR em Campos Maduros no Brasil: Discussões sobre Alíquotas e Arrecadações. Caderno Opinião: FVG Energia. Junho, 2018. pg.17. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/site_coluna_opiniao_93_-_royalties_rev1.pdf
- 9 Minuta da Audiência Pública disponível em : <http://www.anp.gov.br/consultas-audiencias-publicas/em-andamento/4449-consulta-e-audiencia-publicas-n-09-2018>. Acesso em 20 set.2018.
- 10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2015. pg 174.
- 11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018. Página 576.
- 12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018. Página 576.
- 13 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. Pg. 287.
- 14 Art. 2º, III. Campo Maduro: campo de petróleo ou de gás natural com histórico de produção efetiva, realizada a partir de instalações definitivas de produção, maior ou igual a vinte e cinco anos, ou cuja produção acumulada corresponda a, pelo menos, 70% (setenta por cento) do volume a ser produzido previsto, considerando as reservas provadas (1p). O percentual mencionado pode ser obtido aplicando-se a fórmula: Produção Acumulada (Boe)/Produção Acumulada (boe) + Reservas 1P (boe).
- 15 BABADAGLI, Tayfun. Development of Mature Oil Fields - A Review. Journal of Petroleum Science and Engineering 57 (2007) 221-246. Disponível online em: www.sciencedirect.com
- 16 CASTILHO, Marcelo. Increasing Recovery Factor in Brazil - Mature Offshore Fields. 2018. Disponível em: www.anp.gov.br/images/Palestras/marcelo-castilho-rog2018.pdf. Acesso em 20 set. 2018.
- 17 Art. 2º, IV: Curva de Produção de Referência: curva de previsão da produção de hidrocarbonetos do campo, dada em barris de óleo equivalente (boe), conforme definido no Decreto nº 2705, de 3 de agosto de 1998, e definida pela ANP, levando em consideração o declínio histórico de produção do campo, o cumprimento das obrigações de trabalho e investimento assumidas por meio dos planos e programas aprovados pela ANP, e o Boletim Anual de Recursos e Reservas (BAR).
- 18 Art. 2º, V: Produção incremental: diferença positiva entre os volumes de petróleo e gás natural efetivamente produzidos em determinado mês e os volumes de produção mensal previstos para este mês correspondente à previsão calculada segundo a curva de produção de referência do campo.
- 19 Análise das contribuições obtidas nas consultas públicas disponível em: http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/2018/n9/analise-contribuicoes.pdf. Acesso em 20 set. 2018.
- 20 CASTILHO, Marcelo. Increasing Recovery Factor in Brazil - Mature Offshore Fields. 2018. Disponível em: www.anp.gov.br/images/Palestras/marcelo-castilho-rog2018.pdf. Acesso em 20 set. 2018.
- 21 ABRAHAM, Marcus. Curso de Direito Financeiro Brasileiro. Rio de Janeiro: Elsevier.2010. Pg. 66
- 22 TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 18 ed. Rio de Janeiro: Renova.2011. Pg. 191.
- 23 Minuta da Audiência Pública disponível em : <http://www.anp.gov.br/consultas-audiencias-publicas/em-andamento/4449-consulta-e-audiencia-publicas-n-09-2018>. Acesso em 20 set.2018.



INOVAÇÕES LEGISLATIVAS INTRODUZIDAS PELO ESTATUTO DAS EMPRESAS ESTATAIS AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DA PETROBRAS

LEGISLATIVE INNOVATIONS INTRODUCED BY THE STATUTE OF STATE-OWNED COMPANIES TO PETROBRAS' LICITATORY PROCEDURE

Rafaella Araujo Lessa Chapim | rafalessachapim@gmail.com-

Mestranda e Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduação lato sensu em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense. Formada na Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Resumo

O presente trabalho analisa o Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, discorrendo desde a previsão constitucional acerca do tema até as recentes inovações legislativas. Para tanto, inicia-se com a análise da edição do Decreto nº 2.745/98, com todas as suas polêmicas de eventual inconstitucionalidade e suas especificidades, em contraponto ao procedimento utilizado pelos demais órgãos da Administração Pública, de modo mais burocrático e complexo. Indaga-se em que medida a flexibilização de um procedimento relevante como o da licitação, não favoreceria a práticas escusas com o dinheiro público. Por fim, é analisado o recente Estatuto das Empresas Estatais, que veio a regulamentar a regra constitucional do art. 173, §1º da CRFB/88. O artigo se baseia nas legislações pertinentes ao tema bem como nos ensinamentos doutrinários..

Palavras-chave

licitação; inovações legislativas; administração pública; petrobras; estatuto das empresas estatais.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze Petrobras' simplified bidding process, ranging from the constitutional framework on the subject to recent legislative innovations. Therefore, the article starts with the analysis of Decree nº. 2.745/98, with all its controversies on its potential unconstitutionality, as well as its specificities, as opposed to the procedure used by the organs of public administration, in a more bureaucratic and complex way. The article also calls into question to which extent the flexibility of a relevant procedure such as the bidding process would motivate or not obscure practices while dealing with public money. Finally, one analyzes the recent Statute of State-owned companies, which came to regulate the constitutional rule of art. 173, §1º of CRFB/88. The present paper is based on relevant legal framework, as well as on legal literature on the topic.

Keywords

bidding; legislative innovations; public administration; petrobras; statute of state-owned companies.

Submetido: 13/04/2018 | Aceito: 18/12/2018

Introdução

Atualmente o tema das licitações, especialmente no âmbito das empresas estatais, vem sendo amplamente debatido nos meios acadêmicos, pelas mídias sociais e nos Tribunais pátrios, por envolver polêmicas e cenários de corrupção. Assim, há uma maior busca de conhecimento a respeito do tema, e tanto juristas como a própria sociedade buscam entender esse universo de regras que consubstanciam serviços públicos, seus custos e o próprio interesse público.

Antes de entrar na temática proposta, imperioso esclarecer alguns pontos. O primeiro seria que a Constituição Federal de 1988 consubstancia uma série de direitos e garantias fundamentais, e para que estes possam ser plenamente gozados, faz-se necessária a edição de lei regulamentadora.

Entretanto, caso essas normas regulamentadoras, uma vez necessárias ao exercício dos direitos constitucionais, não sejam editadas pelo poder competente, fica caracterizada a omissão que ofende a própria Constituição, tornando os artigos que estabelecem direitos e garantias totalmente ineficazes.

O art. 173, § 1º, da CRFB/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 afirma que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, como é o caso da Petrobras. Ademais, o dispositivo também determina que, quando da licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, deve ser observado o princípio da administração pública (inciso III deste artigo).

Assim, considerando o que preceitua a Constituição Federal de 1988, outro ponto a ser esclarecido é, que desde a promulgação da Carta Magna, o artigo em comento constituía uma norma sem a devida regulamentação, sendo suprido pela edição de um decreto, a saber, o Decreto nº 2.745/1998.

No entanto, o referido decreto sempre sofreu fortes críticas pelo TCU e pela doutrina acerca da sua constitucionalidade, o que culminou em

uma ação de inconstitucionalidade, que até os dias atuais aguarda julgamento em seu mérito, tendo sido liminarmente autorizada a sua aplicabilidade.

Diante deste contexto, resta a controvérsia se a adoção de um procedimento simplificado (leia-se, menos burocrático, menos complexo, e consequentemente mais célere) caracterizaria alguma inconstitucionalidade ou imprimiria um caráter inovador em matéria administrativa.

Recentemente, foram editadas legislações inovadoras acerca do assunto, o que tornou imprescindível a inclusão das mesmas neste trabalho, bem como uma análise em conjunto com o tema inicialmente proposto. Estas são: Estatuto das Estatais da Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; bem como o seu Regulamento, por meio do Decreto nº 8.945/2016 e o Regulamento da Petrobras para Licitações e Contratos.

Partindo desse pressuposto, torna-se imprescindível uma análise quanto aos mecanismos que são impostos à Administração Pública *versus* ao que se aplica com o procedimento simplificado na Petrobras. Isso sem deixar de lado princípios norteadores da licitação e do Direito Público, resguardados pelo manto constitucional.

Dessa forma, a fundamentação da aplicação de um procedimento, digamos, mitigado, mesmo em uma sociedade de economia mista que, como é cediço, recebe verba pública, deve ser amplamente discutida e analisada. Isto porque corre-se o risco de alargar os caminhos que levam a contratações escusas, e subversões dos princípios que compõem a própria Administração Pública, quais sejam, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e economicidade, além da eficiência a ser observada.

Tais circunstâncias, assim, favorecem as seguintes reflexões: seria um procedimento simplificado considerado como constitucional frente ao zelo que é imposto aos demais Órgãos da Administração? Haveria de fato alguma mitigação da licitação simplificada em aspectos formais que resguardam o próprio bem jurídico tutela-

do pela Administração? Uma eventual desburocratização com o Estatuto das Estatais e o novo regulamento da Petrobras imprimiriam mais ganho ou geraria maiores perdas à Administração?

O tema é bastante polêmico e vem sendo debatido em recentes decisões, inclusive da Suprema Corte Brasileira.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentá-lo a partir da análise da legislação pertinente, da exposição da doutrina acerca do tema, com escopo de alcançar a relevância jurídica pretendida, além de discutir como esse menor rigor burocrático em contratar fere algum dispositivo normativo ou princípio constitucional, e como se distancia das licitações promovidas pelos demais Órgãos da Administração Pública.

1. Ponderações acerca da licitação: da constitucionalidade do processo simplificado ao rigor do procedimento da Administração Pública

No que concerne ao tema de licitações, cumpre inicialmente estabelecer o seu conceito, que, nos ensinamentos de Rafael Oliveira,¹ “é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais, para a celebração de contratos”.

Assim, temos a licitação como regra, e tal certeza decorre da própria Constituição Federal de 1988, e tem seu procedimento estabelecido na Lei Federal nº 8.666/93.

No entanto, cumpre-nos esclarecer a exceção: com a edição da Emenda Constitucional nº 19/98, que alterou a redação do art. 22, inc. XXVII, e do art. 173, §1º da CRFB/88, houve inovação quanto ao regime jurídico conferido especialmente às empresas estatais.

De tal análise podemos constatar que uma das alterações trazidas pela EC 19/98 foi a ratificação de eventual regime licitatório específico para as empresas estatais, que seria diferente do estabelecido na Lei Geral de Licitações, que é aplicado para os demais órgãos da Administração Pública.

Acerca das empresas estatais, Alexandre Santos Aragão² afirma que:

No direito positivo brasileiro e na sua doutrina, as empresas controladas pelo Estado são denominadas genericamente de ‘empresas estatais’, sendo as suas duas principais espécies as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

As empresas públicas e sociedades de economia mista possuem importantes aspectos conceituais comuns: ambas são pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta constituídas pelo Estado após prévia e específica autorização legislativa para desenvolverem atividades de conteúdo econômico, conforme dispõe o art. 5º, II e III, Decreto-lei 200/1967, que não possui diferenças fundamentais em relação aos arts. 3º a 6º do Estatuto das Estatais, devendo, portanto, ser interpretados e aplicados conjuntamente na definição das empresas públicas e sociedades de economia mista.

Assim, passaremos a tratar das sociedades de economia mista, em especial, da Petrobras.

1.1 A previsão constitucional do procedimento licitatório e a Lei de Licitações

Inicialmente, devemos ressaltar que a redação anterior do art. 22, inciso XXVII da CRFB/88 versava acerca da competência privativa da União para editar normas gerais de licitação. Entretanto, esse dispositivo não se prestava a estabelecer a diferença entre o regime jurídico dos entes e órgãos da Administração, mas generalizava a aplicabilidade das referidas regras.

Em se tratando de normas constitucionais, o art. 37, inc. XXI da Carta Magna estabelece os princípios norteadores aplicáveis a qualquer ente da Administração Pública, bem como determina como regra geral o dever de processo de licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações. Salienta-se que este dispositivo é regulamentado pela Lei Federal nº 8.666/93, também conhecida como Lei de Licitações, especificando normas de licitação e contratos para a Administração Pública. Para Diógenes Gasparini³:

A Constituição Federal, com a redação que

lhe deu a EC n. 19/98, ao anunciar no art. 37, XXI, a obrigatoriedade da licitação para a Administração Pública, direta e indireta, não retirou ninguém dessa compulsoriedade, mas facultou a instituição de procedimentos diferenciados. Assim, todos estão obrigados a licitar, ainda que os procedimentos sejam diversos. Essa obrigatoriedade, no entanto, não alcança, por certo, os atos tipicamente comerciais ligados ao desempenho de suas atividades.

Assim, no que concerne à Lei das Licitações, nº 8.666/93, que como vimos regulamenta o art. 37, inciso XXI, da CF/88, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, estabelece em seu art. 1º o que segue:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Embora o parágrafo único determine que a lei deve ser aplicada inclusive à sociedade de economia mista, havia discussão acerca do regime jurídico delas, até que foi estabelecido que tal regramento excepcionava o caso da Petrobras. Assim, tal possibilidade de utilização de procedimento diverso para as empresas estatais justificava-se pela posição ocupada por essas empresas no mercado financeiro e empresarial. No entanto, não se trata de entendimento unânime, pois há na literatura quem entenda não existir diferenciação no texto constitucional a ensejar um regime licitatório diferenciado para as estatais exploradoras de atividade econômica e estatais prestadoras de serviço público, ou seja, essas justificativas vem a ser questionadas pelo Tribunal de Contas de União (TCU) e por parte da doutrina.

Diante de um procedimento mais moroso e burocrático, nos termos do que preceituava a legislação licitatória clássica, poderia ferir de morte a competitividade das empresas estatais no mercado, onde impera a livre concorrência.

Como vimos, art. 1º, parágrafo único da Lei de Licitações não deixa quaisquer dúvidas, uma vez que prevê que “subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Por sua vez, o art. 173, § 1º, III da CRFB/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98 prevê o que se segue:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Dessa leitura, impende afirmar que o procedimento licitatório é dever das empresas estatais, mas havia dúvidas quanto à obrigatoriedade de submissão dessas empresas aos preceitos da Lei Federal nº 8.666/93, ou ainda quanto à utilização de procedimento licitatório diverso. Neste ínterim, da mesma forma podemos interpretar a redação do art. 119 da Lei de Licitações. Referido dispositivo prevê a edição de regulamentos próprios pelas empresas estatais, sem, contudo, deixar de observar as regras constantes nessa lei, tal como demonstraremos a seguir:

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais en-

tidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.

Ainda sob o prisma do que preceitua o art. 37 da Carta Maior, trata seu *caput* dos princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses princípios basilares são imprescindíveis para toda a administração pública direta e indireta, sendo imperiosa sua aplicação no que diz respeito ao momento licitatório a preceder suas contratações bem como a posteriores serviços públicos prestados e a aquisições de materiais.

A respeito de seus serviços e suas aquisições, a Administração de um modo geral, está fulcrada na Lei nº 8.666/93, que se dá de forma obrigatória, e não facultativa, sob pena de violação expressa de norma constitucional.

Cumprido salientar que essa legislação exige por regra a licitação. Essa é a regra a ser seguida, exceto nos casos em que existe previsão em legislação própria observados os ditames de cunho constitucional e legal.

Em se tratando da Petrobras, que possui normas particulares, imperioso dizer que este tratamento diferenciado de possuir um procedimento licitatório simplificado para os contratos de aquisição de obras e serviços ampara-se no art. 67 da Lei nº 9.478/97, que prevê a regulamentação por meio de um decreto. E é assim que chegamos ao Decreto nº 2.745/98, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras – e veremos que, com o advento do novo estatuto, tal regulamento está revogado, valendo pelo prazo de anos estabelecido na própria Lei nº 13.303/2016.

1.2 A Lei nº 8.666/93 versus o Decreto nº 2.745/98

Considerando a abordagem realizada até este momento, um questionamento impende ser feito: qual seria o contraponto entre o que preceitua a Lei das Licitações (com seu procedimento clássico, que configura regra geral para a Administração Pública) e o Decreto da Petrobras (com procedimento licitatório simplificado, que excepciona a regra geral)?

Para dirimir esta conjectura, precisamos analisar os dois instrumentos legislativos em epígrafe, ressaltando que hoje existe nova legislação, a firmar o Estatuto das Estatais, cumprindo esclarecer que tal análise prévia é necessária, uma vez que este decreto, por anos, sustentou um procedimento licitatório diferenciado para a, até então, empresa mais relevante do país.

Em se tratando do Decreto aplicado no âmbito da Petrobras, temos no parecer de Barroso⁴ o que segue:

O Decreto nº 2.745/98, em seu item 3.1, enumerou as modalidades de licitação aplicáveis à consulente, de maneira idêntica ao dispositivo correspondente da Lei nº 8.666/93 (art. 22), a saber: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Interessa especificamente à consulente a distinção existente entre os regimes da Lei nº 8.666/93 e do Decreto relativamente aos critérios a serem utilizados para a definição da modalidade licitatória aplicável, em particular no que diz respeito ao convite.

Assim, esse Decreto utiliza-se de maior subjetividade do que os referidos critérios e por isso existe posição que afirma que, “além de ilegal, por vulnerar o que dispõe a Lei no 8.666/93, o Decreto violaria nesse ponto os princípios constitucionais da Administração Pública, em particular a impessoalidade e a moralidade.”⁵

Neste sentido, cumpre transcrever o que dispõem a Lei nº 8.666/93 e o Decreto nº 2.745/98, respectivamente:

Lei no 8.666/93

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior [concorrência, tomada de preços e convite] serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I – para obras e serviços de engenharia:

- a) convite – até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços – até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência – acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite – até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços – até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência – acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Decreto no 2.745/98

3.3. Para a escolha da modalidade de licitação serão levados em conta, dentre outros, os seguintes fatores:

- a) necessidade de atingimento do segmento industrial, comercial ou de negócios correspondente à obra, serviço ou fornecimento a ser contratado;
- b) participação ampla dos detentores da capacitação, especialidade ou conhecimento pretendidos;
- c) satisfação dos prazos ou características especiais da contratação;
- d) garantia e segurança dos bens e serviços a serem oferecidos;
- e) velocidade de decisão, eficiência e presteza da operação industrial, comercial ou de negócios pretendida;
- f) peculiaridades da atividade e do mercado de petróleo;
- g) busca de padrões internacionais de qualidade e produtividade e aumento da eficiência;
- h) desempenho, qualidade e confiabilidade exigidos para os materiais e equipamentos;
- i) conhecimento do mercado fornecedor de materiais e equipamentos específicos da indústria de petróleo, permanentemente qualificados por mecanismos que verifiquem e

certifiquem suas instalações, procedimentos e sistemas de qualidade, quando exigíveis.

A esse respeito, precisamos destacar alguns pontos que exaltam a aplicabilidade do Decreto da Petrobras como algo vantajoso, em uma última análise. Assim, destacam-se também as diretrizes estabelecidas pela Lei nº 8.666/93 para o mercado de petróleo. Isto porque devem ser levadas em conta as dimensões econômicas dos negócios do setor. Nota-se que a licitação pode ser vista como um mecanismo que pode conferir maior agilidade e eficiência à atuação da estatal, caso exista previsão para se adotar uma modalidade de licitação de maior ou menor complexidade e onerosidade em função das circunstâncias e necessidades de cada caso.

Vale ainda esclarecer que a busca pelo interesse público, com a conjunção da obtenção da melhor proposta, com a prestação do melhor serviço ou aquisição do bem mais adequado deve ser a missão da Administração Pública no momento de licitar. E da mesma forma deve ocorrer com as empresas estatais.

Para tanto, alguns critérios constantes do Decreto nº 2.745/98 precisam ser observados sempre no momento de licitar, tais como prazo, garantia e segurança dos bens e serviços oferecidos, eficiência e presteza na operação pretendida, desempenho, qualidade e confiabilidade.

1.3 Constitucionalidade do Procedimento Licitatório Simplificado do Decreto nº 2.745/98

No que se refere ao procedimento de licitação da Petrobras, que se dá de modo simplificado, mesmo após inúmeras tentativas de atacar o disposto no Decreto nº 2.745/98, o STF não chegou a se pronunciar quanto a sua constitucionalidade, sempre adiando enfrentar o mérito dessa decisão.

Em se tratando do procedimento licitatório simplificado da Petrobras e de seu Decreto, Rafael Oliveira⁶ defende o que segue:

A licitação promovida pela PETROBRAS tem gerado divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pois o art. 67 da Lei 9.478/1997, ao tratar especificamente da PETROBRAS, exigiu a realização da licitação simplificada,

remetendo ao decreto do Presidente da República a competência para regular o respectivo procedimento. Em seguida, foi editado o Decreto 2.745/1998, que estabelece o procedimento simplificado de licitação da mencionada estatal.

O problema é que a citada Lei não trouxe qualquer norma substancial sobre o procedimento de licitação, abrindo ampla margem de atuação para que o Executivo regulamentasse o tema, o que suscita a eventual violação aos princípios de legalidade e da separação de poderes.

Sendo assim, o referido autor filiou-se à corrente de que não havia inconstitucionalidade no Decreto adotado para a Petrobras, nem mesmo em seu procedimento simplificado de licitação, conforme se comportava o STF e conforme entendia parte da doutrina, uma vez que a Petrobras figura como estatal com atividade econômica diferenciada, da qual se exigia menos rigor nas suas contratações para que não perdesse poder de mercado na livre concorrência.

Em resumo, podemos concluir que os critérios adotados pelo Decreto nº 2.745/98 para o procedimento de licitação não visam frustrar o caráter de competição da licitação e, por consequência, não existe afronta aos princípios constitucionais a que está submetida a Petrobras. Dessa forma, não existe qualquer inconstitucionalidade em tese pela adoção de procedimento diverso do imposto pela Lei nº 8.666/93.

Cumprido esclarecer, assim, que como no mandado de segurança nº 26.783, a posição firmada pelo STF foi reiterada pela Ministra Ellen Gracie, que decidiu a questão da liminar pleiteada. Nesta decisão, a Ministra afirmou que o TCU não possui competência para declarar a inconstitucionalidade do art. 67, da Lei nº 9.478/1997 e, por consequência, do Decreto nº 2.745/1998, afrontando ainda o que prevê o art. 177, da CRFB/88 (quanto ao regime de exploração da atividade econômica do petróleo).

Cumprido salientar que esta não foi a primeira decisão acerca do tema, uma vez que existem diversos precedentes do STF, tais como o MS 25.888MC/DF (relator Min. Gilmar Ferreira Mendes, DJU 22.3.2006), o MS 25.986/EDDF (relator Min. Celso de Mello, DJU 30.6.2006),

e o MS 26410MCD (rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU 2.3.2007), entre outros.

Considerando o que foi decidido em todos esses mandados de segurança, o STF se comportou sempre da mesma maneira, e afirmando que “A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes”.

Além disso, em decisão acerca do tema, entendeu a Min. Ellen Gracie, em 06/07/07, no Mandado de Segurança 26.783-6/DF, a suspensão dos efeitos de decisão proferida pelo TCU no julgamento da Tomada de Contas nº. 04.287/2004-4, como abaixo transcrito:

Evidencia-se, em sede de cognição sumária, a plausibilidade jurídica no pedido, conforme salientado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, quando abordou tema absolutamente idêntico ao da presente impetração nos autos do MS 25.888-MC/DF, DJ 22.03.2006, “a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobrás, consequentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177).

(...)

Nesse mesmo sentido, destaco os precedentes liminares deferidos por esta Corte nos autos do MS 25.986-ED/DF, rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.06.2006 e MS 26410-MC/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 02.03.2007.

Ante o exposto, defiro o pedido de medida

liminar, para suspender os efeitos, da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União (acórdão n.º. 1249/2007), quando do julgamento realizado na tomada de contas n.º. 04.287/2004-4.⁸

Cumprе salientar nas decisões pretéritas acerca do tema, especialmente no julgamento da Medida Cautelar em Mandado de Segurança n.º. 26.410-1/DF, impetrado contra o TCU, que o relator do processo Min. Ricardo Lewandowski decidiu pela suspensão dos efeitos de decisão proferida pelo TCU, contrária à utilização do Decreto 2.745/98 pela Petrobras, conforme trecho da decisão que segue⁹:

Bem examinados os autos, verifico, em sede de cognição sumária, que existe plausibilidade jurídica no pedido liminar.

Defiro, portanto, o pedido de medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, Acórdão 150/2006, proferido nos autos do processo TC 016.170/2005-2, até o julgamento final do presente mandado de segurança, sem prejuízo de ulterior análise da questão trazida à minha apreciação.

Diante dessas decisões reiteradas, percebe-se que o STF já vinha dando indícios de como decidiria a questão, chegando a firmar entendimento sobre a constitucionalidade do Decreto 2.745/98 que, de acordo com seus acórdãos, estaria em consonância com a Constituição Federal, especialmente quanto ao art. 173. Ao mesmo tempo, com isso restou reconhecida que à Petrobras aplicam-se as disposições do Decreto em comento, o que de imediato afasta a incidência da Lei 8.666/93 nos seus procedimentos licitatórios e consequentes contratações.

No que concerne à constitucionalidade, destacou o professor Alexandre Santos Aragão¹⁰:

As decisões iniciais do STF a respeito da paridade de regimes referindo-se apenas à natureza jurídica da atividade econômica exercida – excluindo a paridade de regime do art. 173 às atividades titularizadas pelo Estado. Em tais oportunidades, o STF não adentrou naqueles pormenores, até porque eram desnecessários para os casos até então julgados, em que a empresa estatal que exercia a atividade sob *publicatio* de qualquer maneira

não possuía concorrentes privados: tratava-se de exercício com exclusividade de atividade sob *publicatio*.

Impende salientar que o STF declarou a constitucionalidade do art. 67 da Lei do Petróleo e do Decreto 2.745/98, além de sua aplicabilidade à Petrobras, o que afasta a incidência dos termos da Lei 8.666/93 no que com ela for conflitante ou quando traga disposição especial em relação à Lei Geral de Licitações.

Note-se que não houve julgamento definitivo da questão pelo STF, considerando que as referidas decisões monocráticas apenas caracterizam os reiterados precedentes que estavam aguardando julgamento do mérito (alguns com parecer da Procuradoria-Geral da República opinando pelo indeferimento da segurança requerida pela Petrobras). Nada obstante, essa discussão tornou-se inócua, considerando a edição da nova Lei n.º 13.303/2016.

2. Licitação: uma questão de (des) burocratização sob o prisma do Estatuto das Estatais.

Com o advento do novo Estatuto das Estatais, a Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, passou a versar sobre normas para a empresa pública, a sociedade de economia mista, bem como as suas respectivas subsidiárias. Dessa nova legislação, mais da metade veio a tratar de licitações e contratos, pelo disposto nos artigos 27 ao 85.

Antes de adentrar na análise propriamente do Estatuto das Estatais, cumprе salientar que tal legislação há muito era ansiosamente aguardada, a fim de dirimir eventuais divergências e polêmicas, totalizando quase 18 anos de espera. Conforme foi amplamente demonstrado ao longo deste trabalho, havia previsão constitucional acerca dessa regulamentação, pelo art. 173, §1º da CRFB, com nova redação dada pela EC 19/1998.

Impende destacar o contexto em que o projeto dessa nova lei tramitou: escândalos que vieram à tona a partir das investigações da polícia federal, denominada “Lava Jato”, operação que evidenciou um desvio de proporções gigantes em que tinha a Petrobras como cenário e pano de fundo, demonstrando contratações escusas com

grandes empresas e empresários de renome nacional.

No que concerne ao Estatuto das Estatais, ensina o professor Alexandre Santos de Aragão¹¹, em sua obra específica sobre o assunto que:

O Estatuto das Estatais – Lei 13.303/2016, de 30.06.2016 -, foi previsto pelo § 1º do art. 173 da CF, com a redação da Emenda Constitucional 19/1998, a indigitada Reforma Administrativa, com o objetivo de homogeneizar o regime jurídico das estatais exploradoras de atividades econômicas, aproximando-o do regime aplicável às empresas privadas em geral.

Assim, em análise à nova legislação, percebemos que a Lei nº 13.303/2016 veio a estabelecer normas sobre regime societário, licitações, contratos e controle das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, exploradoras de atividades econômicas (ainda que em regime de monopólio), e prestadoras de serviços públicos.

Nota-se que com o advento da Lei nº 13.303/2016 restaram fixadas normas “homogêneas” de licitação, que devem ser aplicadas a toda e qualquer empresa estatal, sem nenhuma previsão de ressalva legislativa a distinguir se deve ser a estatal prestadora de serviço público ou de atividade econômica.

Com efeito, há muito buscava-se harmonizar a assimetria normativa no tratamento da licitação, uma vez que cada estatal era tratada de forma diversa, em razão de legislações esparsas e demasiadamente questionadas quanto à sua constitucionalidade. Assim, de acordo com o regime jurídico apresentado, e de acordo com as respectivas atividades desenvolvidas pela empresa estatal, havia as escolhas dos critérios a que eram tratadas.

Além do posicionamento dos Tribunais, que divergiam quanto ao aspecto do regime jurídico com relação à Petrobras, imperioso também notar o constante questionamento por parte do TCU, que não interpretava sistematicamente a legislação em face da Petrobras, perseguindo a declaração da inconstitucionalidade por entender violação expressa ao texto constitucional, especificamente quanto aos procedimentos licitatórios. Havia ainda a divergência doutrinária

acerca do tema, situação que sempre movimentou a discussão no âmbito do direito administrativo a respeito da melhor interpretação da lei, nomeadamente aquela que possibilita a diferenciação do procedimento licitatório, beneficiando a Petrobras com uma forma simplificada de licitar. Assim, a partir da análise da atividade desenvolvida pela Petrobras, podemos concluir que tal atividade era submetida ao regime das estatais econômicas que atuam em regime de concorrência no mercado, ou seja, o mesmo regime aplicado às demais empresas da iniciativa privada.

Da mesma forma era no âmbito da licitação da Petrobras, com tratamento diferenciado em virtude do Decreto e Regulamento já mencionados neste trabalho. Esse benefício à Petrobras era motivado não só pelo fato de ela ser uma empresa estatal, mas também por ser uma empresa com exploração da atividade econômica. Dessa forma, concluímos que as demais empresas estatais que são prestadoras de serviços públicos devem ser submetidas às regras da Lei Geral de Licitações, assim como as demais entidades da Administração Pública Direta e Indireta. Tudo isso a partir da definição do regime jurídico a que cada uma se submete.

Ressalta-se, assim, que a Petrobras, tal como as demais estatais econômicas, não precisaria realizar licitação para o desempenho de suas “atividades-fim”, submetendo-se ao Decreto nº 2.745/98 apenas para contratações relacionadas às suas “atividades-meio”, ou seja, às atividades instrumentais.

Em razão de tamanha discrepância de tratamento e especificidades, surgiam celeumas infundáveis, que por vezes chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Se por um lado a Petrobras justificava tal prerrogativa por uma questão mercadológica, de sua própria sobrevivência no nicho do petróleo, por outro lado havia entendimentos contrários a condenar a forma de licitar da empresa em razão desta receber verba pública.

Os motivos para tal interpretação diferenciada eram nobres e de certa forma aceitáveis: era imprescindível a Petrobras adequar-se ao mercado, com a flagrante necessidade de imprimir menos

rigor e maior celeridade na exploração das atividades econômicas, considerando que concorria diretamente com empresas de ponta da iniciativa privada que não possuem obstáculos burocráticos, o que colocavam-nas em posição já mais favorável em relação às estatais. Assim, era aceitável que a Petrobras precisasse desse tipo de procedimento, ao contrário das demais entidades administrativas, que não atuam em caráter de exploração econômica e não encaram como entrave o rigor das normas clássicas de licitação.

Cumprir mencionar que a Petrobras tentava equilibrar dois aspectos opostos: de um lado, precisava concorrer e ter paridade de mercado, o que exige um comportamento próprio das empresas da iniciativa privada; e, de outro lado, sua forma pública, com verba pública, na busca dos interesses públicos, o que justificaria a aplicação de normas exclusivamente de direito público.

Assim, na busca por tal harmonização e na persecução do interesse público, além dos lucros e do crescimento no mercado, tornou-se imprescindível dirimir de vez as controvérsias existentes com a edição de uma norma a igualar o tratamento entre as estatais que possuem o mesmo regime jurídico.

Nesse contexto, com a alteração dada ao art. 173, §1º da CRFB pela EC 19/1998, viu-se que o Estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica (como é o caso da Petrobras) deveria prever normas acerca de licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, sem ignorar os princípios norteadores da administração pública mencionados no capítulo anterior.

A despeito de a norma constitucional acima prever a criação de normas a submeter as estatais econômicas, a Lei nº 13.303/2016 foi além uma vez que abarcou questões de estatais que atuam em regime de monopólio, além das estatais prestadoras de serviços públicos. Com efeito, não se pode ignorar a distinção no que tange ao regime jurídico (para as estatais exploradoras de atividades econômicas e as prestadoras de serviços públicos) previstos pela própria Constituição da República.

Em suma, distinguimos as estatais da seguinte forma para motivar o respectivo regime licita-

tório a ser adotado: as estatais exploradoras de atividade econômica estão ligadas ao princípio da livre concorrência, da paridade e da obtenção de lucro, e por sua vez as prestadoras do serviço público são de titularidade estatal, na persecução dos seus objetivos precípuos, sendo o maior deles, a prevalência do interesse público. Em razão disso, não havia possibilidade de tratar as duas da mesma forma, até mesmo quanto às regras licitatórias. No entanto, é complexo imaginar um Estatuto que pretende ter normas homogêneas, o que se torna um ponto crítico ao novo Estatuto.

Cumprir salientar que, da mesma forma que as empresas do âmbito do direito privado não possuem o mesmo tratamento dado à Administração Pública, não deveriam as empresas estatais de natureza de regime privado serem submetidas a regras da iniciativa privada.

Com isso, deveria o legislador ter fixado normas diferenciadas de licitação voltadas às estatais exploradoras de atividades econômicas em regime concorrencial, o que não ocorreu nessa inovação legislativa, gerando imensa expectativa por parte dos operadores de direito público.

Outro ponto relevante na Lei nº 13.303/2016 refere-se ao fato de que esta se limitou a tentar unificar as legislações existentes, abrangendo temas constantes da Lei 10.520/2002 (que trata do pregão) e da Lei 12.462/2011 (que estabelece o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

Aponta-se ainda que ocorreram relevantes avanços no que tange às políticas na gestão das empresas estatais. Assim, limitou-se a discricionariedade do gestor, impondo-se a moralização das nomeações dos dirigentes de tais empresas. Além disso, a nova lei ainda deixou a desejar quanto a fixação de normas de licitação.

Considerando o tão mencionado lado concorrencial que desafia as empresas estatais, especialmente no que se refere à Petrobras, pode a sua concorrência restar prejudicada pelo novo Estatuto, colocando em risco sua atuação no respectivo mercado de petróleo.

Essa corrida em aprovar um novo Estatuto que viesse a uniformizar a legislação acerca da Pe-

trobras pode estar relacionada aos recentes fatos apurados na operação “Lava Jato”, que evidenciaram escândalos de desvio de dinheiro público, e o grande clamor público gerado a partir dos desdobramentos do caso.

Impende destacar que com a edição de um novo Estatuto para as Estatais, o Decreto 2.745/1998, que tratava do procedimento licitatório simplificado da Petrobras, restou revogado, uma vez que a norma que lhe conferia validade, a saber o art. 67 da Lei 9.478/1997, também foi revogado pelo art. 96, II, da Lei 13.303/2016. Salienta-se que tal dispositivo remetia ao decreto presidencial que definia o procedimento licitatório simplificado para a referida empresa estatal federal.

Das mudanças trazidas pelo Estatuto das Estatais, a nova Lei nº 13.303/2016, que veio a regulamentar os procedimentos licitatórios das empresas estatais, inovou em diversos pontos, quando comparadas com as atuais normas existentes para a Administração Pública Direta, como veremos. Assim, uma das inovações ao antigo regime aplico à Petrobras veio pelo o § 4.º do artigo 31 da Lei nº 13.303/2016, que autoriza as empresas públicas e as sociedades de economia mista a previsão de procedimentos de manifestação de interesse privado, o que antes era restrito apenas a projetos de concessão de serviço público ou de parcerias público-privadas.

Sendo assim, esta mudança reflete no comportamento com relação às empresas privadas, que passam a poder contribuir com estudos técnicos e projetos para futuras licitações e contratos pretendidos pelas estatais, o que não é permitido para a Administração Pública em geral. No entanto, isso gera críticas, uma vez que restringe a própria Administração Pública a receber estudos e projetos privados.

2.1. Novo Estatuto e o Regime Diferenciado de Contratação (RDC).

No que concerne ao Estatuto das Estatais, uma das principais alterações trazidas nova Lei nº 13.303/2016 foi a inclusão do Regime Diferenciado de Contratação (RDC). Dessa forma, aplicam-se às estatais a partir dessa legislação: os modos de disputa aberto, fechado e misto (art. 52), a inversão de fases como regra (art. 51), os

critérios de julgamento “maior retorno econômico”, “melhor conteúdo artístico” e “melhor destinação de bens alienados” (art. 54), a polêmica “contratação integrada” (art. 42, VI), a pré-qualificação permanente de fornecedores e produtos (art. 64).

Com efeito, em relação a tal inovação, seria necessário refletir se a nova lei eventualmente colidiria com as principais características do RDC, tendo em vista que na Lei das Estatais a utilização do RDC dá-se de modo irrestrito.

À guisa de exemplo, temos o fato de o Estatuto das Estatais estabelecer o modo de disputa aberto, fechado ou misto, o que gera certa discricionariedade ao agente público, que deverá apresentar justificativas contundentes, a fim de garantir a celeridade do procedimento. Estas motivações apresentadas ficariam a cargo de profissionais técnicos, o que pode gerar certas divergências.

Ademais, percebemos que houve uma fusão de legislação no Novo Estatuto, que abrange aspectos da Lei Geral de Licitações, bem como da Lei de Pregão, além de vastas diretrizes trazidas da Lei de Regime Diferenciado de Contratações - RDC, com poucas novidades.

Notadamente, as questões inovadoras acerca de licitações da Lei nº 13.303/2016 são as relativas ao Regime Diferenciado de Contratações – RDC, especialmente no que diz respeito às contratações integradas. Nesse contexto, na contratação integrada, o vencedor da licitação, esta realizada apenas com anteprojeto, fica responsável pelos projetos e pela execução da obra ou do serviço.

Destaca-se que existe certa vantagem nesse tipo de contratação, uma vez que, caso surjam erros de projeto durante a fase de execução do contrato, o contratado não faz jus a aditivos, uma vez que deu causa a eles. Por sua vez, deve-se esclarecer que a desvantagem deste tipo de contratação é que não deveria existir licitação sem projeto, o que poderia gerar dificuldade para os licitantes apresentarem as suas propostas, uma vez que não haveria projeto parâmetro, o que poderia comprometer a isonomia e a objetividade no julgamento das propostas.

Nesse contexto, cumpre destacar que a criação do Regime Diferenciado de Contratações – RDC ocorreu a partir das necessidades geradas em razão das licitações com vistas aos empreendimentos voltados para a Copa do Mundo de Futebol e para os Jogos Olímpicos. Assim, o Governo editou sucessivas medidas provisórias, a fim de ampliar a incidência das regras relativas ao Regime Diferenciado para diversos segmentos, chegando a englobar as obras do PAC¹², numa tentativa de expandir essa nova modalidade. Finalmente, em 2015, o Governo Federal, por meio de uma medida provisória, passou a submeter o Regime Diferenciado no âmbito da segurança pública e em estabelecimentos penais, além de obras e serviços de engenharia relacionados à mobilidade urbana ou à ampliação de infraestrutura logística, de acordo com o Ministério de Planejamento federal¹³.

Seguindo-se com a tentativa de maior abrangência das regras do RDC, foram criadas as novas regras acerca de licitações da Lei nº 13.303/2016, e desta vez, alcançou-se as empresas públicas e sociedades de economia mista.

2.2. As hipóteses de contratação direta no Estatuto das Estatais.

As contratações diretas – dispensa de licitação e inexigibilidade de licitação – vêm a ser outro ponto que merece destaque, uma vez que essas hipóteses estão previstas de forma mais clara em comparação com as regras previstas na clássica Lei de Licitações, Lei nº 8.666/1993.

Em se tratando da contratação direta por dispensa de licitação, houve uma redução considerável do número de hipóteses, excluindo as hipóteses que não são aplicáveis às estatais, como por exemplo, aquelas relativas às forças armadas.

Por sua vez, quanto à inexigibilidade, destaca-se a supressão da “singularidade” como condição para contratação especialista de notório saber. Em análise à Lei nº 8.666/1993, percebemos que para que ocorra a contratação de especialista será exigido um binômio da notoriedade em conjunto com a singularidade do objeto.

Entretanto, com a nova lei basta estar o serviço enquadrado em algum dispositivo elencado no art. 30, inciso II.

Outro ponto que merece destaque foi a questão da atualização dos montantes referente a contratações que envolvem “pequenos valores”, que enseja contratação direta por dispensa de licitação. Assim, os valores que na Lei nº 8.666/1993 eram de quinze mil reais para obras e serviços de engenharia, e oito mil reais nos demais casos, foi majorado para cem mil e cinquenta mil, respectivamente. Isto representa não só uma necessária atualização de valores fixados em lei, que já estavam defasados, mas também significa dizer que foi concedida uma maior flexibilização às empresas estatais, o que engloba também a Petrobras.

2.3. No tocante aos prazos contratuais

Com relação aos prazos contratuais, as hipóteses de prorrogação de contratos com limitações de até 60 meses também são, de certo modo, restritas, dificultando projetos, em médio prazo, na Administração Pública. No entanto, a previsão de prazos exíguos também pode ser considerada salutar para a Administração à medida que haverá sempre apreciação de novas propostas, a fim de garantir o proveito nas suas contratações.

A seu turno, o art. 71 da Lei das Estatais inovou ao prever que os contratos limitar-se-ão ao prazo de 5 anos, permitindo ultrapassá-los nos casos em que: a) os projetos estejam contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista; b) a pactuação por prazo superior a cinco anos seja prática rotineira de mercado e a imposição de prazo menor inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio.

2.4. A vigência da Lei nº 13.303/2016.

No que diz respeito à vigência do novo Estatuto, esclareceu o professor Alexandre Santos de Aragão¹⁴ que:

O Estatuto só veio a ser promulgado, após a aprovação do projeto de lei apresentado pelo Senador Tasso Jereissati, em 30.06.2016, quase vinte anos depois de sua previsão constitucional (EC 19/1998), na esteira da crise das estatais propiciada pelo déficit público e excessos de interferências governamentais em seus preços, e, também, pela Operação Lava Jato, que, como se sabe, tem como objeto es-

quem as de corrupção ocorridos sobretudo em empresas estatais, mormente na Petrobras. No âmbito da União Federal, o Estatuto das Estatais foi regulamentado pelo Decreto 8.945, de 27.12.2016, que se voltou preponderantemente para os temas de governança corporativa e do que denominamos de Direito Administrativo Societário (tópico III.11), pouco tratando das outras matérias que foram objeto do Estatuto.

Mesmo com toda a mora em ser editado, o Estatuto das Estatais ainda está sujeito a uma grande *vacatio legis* em certas matérias.

A redação do artigo 97 da Lei nº 13.303/2016, prevê de forma expressa que tal lei entra em vigor na data da sua publicação. Nada obstante, deve ser destacado o disposto no artigo 91 da mesma Lei, que estabelece o seguinte:

Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

§ 1.º A sociedade de economia mista que tiver capital fechado na data de entrada em vigor desta Lei poderá, observado o prazo estabelecido no *caput*, ser transformada em empresa pública, mediante resgate, pela empresa, da totalidade das ações de titularidade de acionistas privados, com base no valor de patrimônio líquido constante do último balanço aprovado pela assembleia-geral.

§ 2.º (VETADO).

§ 3.º Permanecem regidos pela legislação anterior procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até o final do prazo previsto no *caput*.

Nesse ínterim, antes de analisar o dispositivo legal acima, impende destacar o que sustenta Alexandre Santos de Aragão¹⁵:

Apesar do seu art. 97 estabelecer a sua vigência imediata após a publicação, o *caput* do art. 91, contraditoriamente, prevê a sua completa e imediata aplicação apenas às estatais que forem criadas após a sua edição. Para as que forem criadas antes da edição, o Estatuto fixa o prazo de até 24 meses para que sejam feitas as adaptações que forem necessárias.

Note-se, o prazo de 24 meses é máximo, podendo a regulamentação de cada ente federativo ou a própria empresa reduzi-lo. Além disso, o dispositivo se refere somente às adaptações que forem necessárias (...). As que forem desnecessárias, como o mero cumprimento dos requisitos de nomeação dos dirigentes que vierem a ser designados (art. 17), tem incidência imediata.

Nos termos dos dispositivos acima citados, as estatais que já existem dispõem de 24 meses para promoverem adaptações para o cumprimento da Lei nº 13.303/2016. Conclui-se que não estão obrigadas a cumprirem as novas previsões antes desse prazo. Entretanto, pode ser fixado prazo inferior, se assim desejarem, por se tratar de prazo máximo, como visto.

Esta regra será também aplicada às licitações e contratos, que conforme o § 3.º do artigo 91, as licitações iniciadas ou contratos celebrados dentro desse período de 24 meses a contar da publicação da Lei nº 13303/2016, seguirão às regras anteriores, e por sua vez as posteriores serão submetidas ao novo regime imposto pelo Estatuto.

Assim, na prática, esta nova Lei somente tem vigência imediata para novas estatais, que são aquelas criadas a partir da publicação da Lei, em 01 de julho de 2016, o que ainda não ocorreu. Até lá, o novo regime de licitações e contratos permanece adormecido, sendo que o propósito de moralizar as instituições acaba por ser perdido, de certo modo, como será visto a seguir.

2.5. O Estatuto e o contexto de corrupção no âmbito da Petrobras.

Não há como ignorar todo o contexto em que o novo Estatuto foi instituído, e a grave crise institucional e política em que imergiu todo o país. Esse sentimento que cresceu, de repúdio a todos os escândalos comprovados, somado ao clamor social que gritava por medidas mais rigorosas, deram a impressão de que um sistema mais burocrático viria a solucionar as mazelas descobertas.

Assim, questiona-se até que ponto podemos considerar os eventos de corrupção decorrerem da flexibilização dos procedimentos simplificados usados pelas empresas exploradoras de atividade econômica, até então.

Seria o aumento do formalismo ou mesmo a burocratização dos procedimentos a fórmula para combater todos os atos de corrupção que foram e estão sendo apurados?

No decorrer da operação Lava Jato, e em razão dos fatos apurados, chegou-se a questionar se a mitigação dada pelo Decreto da Petrobrás poderia ter favorecido todos os crimes praticados com o dinheiro público, na Petrobrás.

Seria uma interpretação prematura, uma vez que tais poderiam ter acontecido em qualquer órgão ou entidade, mesmo naqueles submetidos à Lei Geral de Licitações. Certo é que não ficou provado um nexos que evidenciasse que todos os crimes tiveram decorrência direta com a flexibilização dos procedimentos pelas estatais.

Em resumo, constatou-se acordos escusos entre os licitantes e os gestores da Petrobras, sem nenhuma vinculação com a forma de licitar, ou a sua flexibilização. Constata-se que, mais uma vez, a legislação vem em busca de ser a resposta para os anseios sociais, de um contexto complexo e de difícil compreensão pela coletividade.

Nesse ponto, busca-se lei (aspectos externos), quando a alternativa mais adequada seria a melhor gestão (aspectos internos), observando, assim o já previsto na Lei da Transparência, com a transparência e publicidade dos atos e processos que envolvam a Administração Pública.

Assim, é mais mudança de comportamento do que imposição de mais regras, a mudança de cultura do que edição de Estatutos, o que fica ainda mais evidente ao se analisar a Lei nº 13.303/2016, considerando que foram incorporados vários conceitos e regras que já eram submetidas pelo Decreto nº 2.745/98, além de Estatuto não prever medida alguma a combater as práticas que ensejaram a operação *Lava Jato*.

Além disso, se analisarmos as diversas contratações em todos os âmbitos da Administração Pública, e veremos que mesmo onde impera a burocracia da máquina pública houve corrupção. E é evidente, vemos diariamente por meio das dezenas de delações e sentenças a grandes gestores do Poder Executivo, o que evidencia que esse maior rigor técnico, não impediram tais eventos abomináveis, e o mesmo não seria culpa da fle-

xibilização da gestão pública.

Não se pode negar a fragilidade de um procedimento mais flexibilizado, especialmente quando estiver dinheiro público envolvido. No entanto, não se pode culpar o Decreto pela triste realidade descortinada na Petrobras, onde o fato preponderante foi a total falta de compromisso dos gestores, que ignoraram a missão precípua do Estado que é persecução do interesse público.

Acerca desse ponto, o professor Alexandre Santos de Aragão¹⁶, de forma certa sustentou que:

Na mesma senda o Estatuto das Estatais, que, como será minuciado ao longo de todo o presente capítulo, estabeleceu mecanismos de governança corporativa, disciplinou a ingerência de políticas públicas na gestão empresarial das estatais, aproximou em alguns pontos as empresas públicas do regime das sociedades anônimas, e estabeleceu procedimentos licitatórios e modelos contratuais mais voltados a resultados que ao atendimento de requisitos formais.

É possível, no entanto, que, com notícias de corrupção envolvendo empresas estatais, sobretudo a maior delas, a Petrobras, vozes começam a surgir vendo como solução para essas mazelas o fortalecimento das exigências publicistas em relação às empresas estatais, submetendo-as o máximo possível ao mesmo regime jurídico geral da Administração Pública.

Não nos parecer que o recrudescimento dos mecanismos tradicionais do Direito Administrativo, com toda a sua rigidez, seja o remédio mais adequado para essas mazelas, sobretudo no âmbito das empresas estatais. Em primeiro lugar, porque, se essa fosse a melhor solução, esses mesmos vícios não ocorreriam nas entidades de direito público, em princípio submetidas a todas as exigências típicas do direito administrativo, o que, como é de conhecimento comum, infelizmente não é o caso.

Como visto, existem muitos benefícios, mas não seria a solução para todos os problemas enfrentados pelas estatais, especialmente àquelas envolvidas em grandes casos de corrupção. E cumpre ainda destacar o que a Petrobras estabeleceu como normas e diretrizes norteadoras, conforme consubstanciado no próprio sítio eletrônico da referida empresa estatal federal¹⁷:

Estão em curso investigações sobre a prática de supostas irregularidades em desfavor da Petrobras. As investigações são conduzidas pela Polícia Federal Brasileira e pelo Ministério Público Federal, no âmbito da “Operação Lava Jato”. A operação é bastante ampla e envolve investigações relacionadas a diversas práticas criminosas cometidas por indivíduos em diferentes partes do país e setores da economia.

Ao longo de 2014, o Ministério Público Federal focou parte de suas investigações em irregularidades envolvendo fornecedores e empreiteiras responsáveis pelo fornecimento de bens e serviços à Petrobras e, nesse sentido, revelou a existência de um esquema de pagamentos indevidos envolvendo estas empresas.

O referido esquema de pagamentos indevidos envolveu um grande número de fornecedores e empreiteiras, que utilizaram recursos recebidos em contratos de fornecimento de bens e serviços com a Petrobras para fazer pagamentos indevidos a partidos políticos, agentes políticos, ex-administradores da Petrobras e outros envolvidos no esquema, corrompendo-os para que estes não só se omitissem na adoção de providências contra o funcionamento da organização criminosa, como também para que praticassem determinados atos no seu interesse.

Somos coautores nas ações de improbidade administrativa ajuizadas pelo Ministério Público Federal e pela União Federal e, em todas as ações que ingressamos, até o momento, pedimos a condenação dos réus e o pagamento de indenização por danos morais causados à Petrobras.

(...)

Maior rigor nas contratações: Tornamos mais rigoroso o processo de gestão de fornecedores para aumentar a segurança nas contratações de bens e serviços e mitigar riscos de corrupção. Agora, para integrar o cadastro, as empresas têm de prestar informações detalhadas sobre estrutura, finanças e mecanismos de *compliance* (conformidade) e combate à fraude e à corrupção, sendo ainda avaliadas pelo processo conhecido como *Due Diligence* de Integridade.

2.6. O novo regulamento da Petrobras para Licitações e Contratos (RLCP).

Acerca da temática de licitações em contratos no âmbito da Petrobras, cumpre destacar que foi editado, em janeiro de 2018, o novo Regulamento da Petrobras para Licitações e Contratos, atendendo os requisitos do art. 40 do Estatuto das Estatais, a fim de aprimorar as práticas da empresa.

Dentre os principais pontos desse novo regulamento, podemos destacar os seguintes: cadastramento e procedimentos auxiliares, licitações, *Due Diligence de Integridade (DDI)*, contratação direta e contratos.

No que tange ao cadastramento, o novo regulamento criou o Procedimento de Manifestação de Interesse Privado (PMIP), a fim de permitir que a empresa convoque interessados a apresentar estudos e pesquisas para subsidiar a Petrobras em seus empreendimentos. Para tanto, a empresa mantém um cadastro com empresas aptas a atender os critérios de habilitação dos fornecedores, o que deve ser previamente comprovado.

No âmbito das licitações, a mudança que restou clara foi o abandono a modalidade convite, para adesão de um procedimento de pregão, com escopo de ampliar a participação de fornecedores e aprimorar o certame licitatório e dar mais transparência. Além disso, devem ser observados dois critérios: maior retorno econômico à Petrobras, ou maior redução de despesas. Caso contrário, o fornecedor deverá ter um desconto do valor que foi contratado e que não gerou o retorno econômico contratado.

Ademais, com o novo regulamento, as empresas interessadas em ser fornecedoras da Petrobras devem atender aos critérios estabelecidos no Programa Petrobras de Prevenção à Corrupção (Due Diligence de Integridade (DDI), assumindo um compromisso público de observância às leis e políticas pertinentes, e submetendo-se a diligências e fiscalizações.

No que concerne às contratações diretas, de acordo com o novo regulamento, deverá ser criada uma Comissão de Negociação pela Petrobras, toda vez que pretender se utilizar de dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade de licitação. Tal comissão tem por finalidade analisar as condições de contrato, bem como negociar, assegurando a lisura do procedimento.

Por fim, merece ainda destaque a padronização das minutas de contrato, de acordo com as exigências legais, bem como que o contrato deve prever uma matriz de riscos em anexo, e autoriza ainda relações negociais através dos seguintes instrumentos: acordos (comerciais e de confidencialidade, convênio, protocolos de intenção e termos de cooperação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nada obstante todos os avanços alcançados com o advento da Lei nº 13.303/2016, conforme foi visto, em que foram conquistados alguns avanços, a Lei das Estatais perdeu oportunidades de prever pontos estratégicos, além de apresentar alguns pontos que merecem aperfeiçoamento.

No que concerne aos institutos relativos à licitação, muito embora haja inovação da Lei, que passou a permitir a utilização do modo de disputa aberto, fechado ou misto, nos moldes do RDC, esta estabeleceu o uso do pregão como a modalidade preferencial, o que torna totalmente inócua tal modalidade. Isto porque existe incompatibilidade entre o seu uso com os moldes de disputa do RDC, o que traz ao dispositivo uma inviabilidade lógica na sua utilização prática. Além disso, embora haja certa semelhança entre o modo de disputa aberto e o pregão, a princípio, existem diferenças substanciais entre definir modalidade e conceituar apenas regimes de execução de procedimentos.

Outro aspecto em que a Lei pecou foi quanto à omissão grave, ao deixar de regulamentar os procedimentos inerentes ao desempenho de atividades comerciais, em competição com a iniciativa privada. Isso pode, e muito, engessar as empresas estatais de exploração de atividade econômica, que dependem de competitividade e paridade para se manterem nos mercados. Assim, uma vez que essas estatais, no desempenho de suas funções, praticam atos em que há competição com as empresas do setor privado, não pode se submeter a critérios burocráticos da licitação, o que pode gerar sérias desvantagens.

Dessa maneira, ao se omitir quanto a aspectos tão relevantes, a Lei das Estatais acaba por abrir algumas lacunas para as empresas estatais, podendo comprometer sua atuação e manutenção

no mercado, que significa maior insegurança para essas estatais, tais como a Petrobras.

Como é cediço, as sociedades de economia mista que exploram atividade econômica possuem um regime diferenciado no âmbito da Administração Pública, que levam em consideração as facetas de flexibilidade, agilidade, competitividade e eficiência que a elas são inerentes, em razão a própria existência dessas entidades, bem como à busca em atingir o interesse público.

Para tanto, existem critérios de regime diferenciado que dispõem acerca das licitações e seus respectivos contratos, sendo tais critérios aplicáveis a tais empresas, especialmente à Petrobras.

Com isso, muito embora já houvesse previsão constitucional acerca do tema, foi com a reforma administrativa que isso se evidenciou, uma vez que ocorreram profundas alterações a partir da Emenda Constitucional nº 19/98, especialmente quanto a redação do art. 173 e seu parágrafo primeiro.

Assim, após a Lei do petróleo autorizar, foi editado Decreto da Petrobras a fim de estabelecer procedimento licitatório simplificado, compatível com as atividades inerentes à empresa, que precisava de uma forma mais flexível para que viesse a sobreviver e competir no mercado privado, frente às suas concorrentes.

Por sua vez, forçoso é reconhecer que, com a edição do Decreto da Petrobras, houve maior agilidade nas compras e contratação, possibilitando a escolha de fornecedor com grau satisfatório de atendimento, evitando os fracassos em licitações, e, com isso, evitou-se o desperdício de tempo e dinheiro, o que acabou por primar pelos princípios da economicidade e eficiência para a Administração Pública.

Conforme foi vastamente demonstrado, as empresas estatais precisam se adaptar ao mercado competitivo, necessitando de uma forma menos rigorosa e burocrática, promovendo certa mitigação dos procedimentos, a fim de se alcançar maior paridade na concorrência com relação às empresas privadas que atuam no mesmo ramo de atividade. Sendo assim, esta modernização da legislação de licitações e contratos das estatais, com o advento da Lei nº 13.303/2016, que es-

tabeleceu o Estatuto das Estatais, representa um marco no cenário nacional.

Inegável que tal inovação legislativa cumpriu sua missão em abarcar grandes avanços em certos aspectos, no entanto, como visto, pecou por omissão em aspectos demasiadamente relevantes às empresas estatais, como a Petrobras, e em certos pontos manteve intacto o procedimento burocrático da Administração Direta, o que pode ter consequências mercadológicas sérias.

Impende destacar que a Lei perdeu tempo em questões de licitação voltadas para entidades administrativas que não atuam no cenário concorrencial, ao invés de se buscar estabelecer um modelo verdadeiramente novo e apropriado para entidades estatais de exploração de atividades econômicas, em regime concorrencial, por possuírem regime jurídico de direito privado.

No que diz respeito aos avanços, muito se deve à inclusão dos ditames e regras do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, além de aspectos acerca das hipóteses de contratação direta e prazo de vigência de contratos. Desta forma, tal Lei representa um grande avanço para as estatais, mas não podem ser ignoradas a necessidade e a possibilidade de um aprimoramento da norma, a fim de se alcançar os objetivos de moralidades pretendidos, tão caro como vimos nos recentes escândalos de corrupção em que a Petrobras foi envolvida.

Assim, faz-se mister que se acalore os debates quanto a maior transparência da gestão pública, além de promover os procedimentos mais céleres e eficientes de modo a se aprimorar a atuação das estatais, para que estas encontrem grau de paridade no mercado em que desenvolvem suas atividades.

Além disso, os órgãos de controle já identificaram que o que garante a moralidade à gestão não são leis e procedimentos burocráticos, mas sim uma mudança na conscientização, que é o que se propõe com as regras de integridade e *compliance*, temas de destaque na atualidade, e com o novo Regulamento da Petrobras para Licitações e Contratos. Por óbvio que a solução proposta neste trabalho não pretende exaurir a complexidade da matéria abordada, tampouco se apresentar com ares de permanência, mas o

que se pretendeu foi a construção de uma proposta que se adaptasse ao papel precípua da Petrobras, quanto ao instituto da licitação.

À guisa de conclusão, face a pluralidade de assuntos, temos que diante do paradigmático aspecto que a licitação das estatais envolvem, especialmente no que tange à Petrobras, não restam dúvidas que diante de seu hibridismo jurídico, esta merece destaque e diferenciação quanto aos procedimentos, a fim de garantir sua posição concorrencial no mercado, na persecução de atuar de forma plena, na busca do interesse público, sendo vital uma maior flexibilização e mitigação, o que esperamos não se perder com o novo Estatuto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de economia Mista*. 1ª ed. São Paulo, Gen Forense, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *REGIME JURÍDICO DA PETROBRAS, DELEGAÇÃO LEGISLATIVA E PODER REGULAMENTAR: VALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO INSTITUÍDO PELO DECRETO Nº 2.745/98*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei Federal nº 9.478/97. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>.

BRASIL. Decreto nº 2.745/98. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2745.htm>.

BRASIL. Lei Federal n.º 13.303/2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm>.

BRASIL. Decreto nº 8.945/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Decreto/D8945.htm>.

- BRASIL. Ministério do Planejamento. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/asuntos/investimento-e-pac/sobre-o-pac>>.
- BRASIL. Ministério do Planejamento. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/asuntos/investimento-e-pac/publicacoes-nacionais>>.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4ª Ed. Malheiros, 2003.
- CASOS & TEXTOS SOBRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA./Governo do Estado do Rio de Janeiro. Secretaria de Estado de Administração./Fundação Escola de Serviço Público: 2º Concurso, 1997.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, V. 4, 2ª Edição, Forense Universitária, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14ª ed. Atlas, 2002.
- FIGUEIREDO, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense 2009.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 6ª ed. Saraiva, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Biblioteca Tempo Brasileiro 76, Rio de Janeiro, 1984.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Saraiva, São Paulo, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto Jurídico Das Empresas Estatais - Lei 13.303/2016 – “Lei Das Estatais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Juliana Bonacorsi de Palma. *Empresas estatais e parcerias institucionais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 59-92, maio/ago. 2016. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/64297/62509>>.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed. Malheiros, São Paulo, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 12, março, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br/>>. Acesso em: 02 de abril de 2017.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 1ª ed. Gen Método, São Paulo, 2013.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativo*. 2ª ed. Gen Método, São Paulo, 2014.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. 2ª ed. Gen Método, São Paulo, 2013.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres, Juliano Heinen, Marinês Dotti, Rafael Maffini. *Comentários à Lei das Empresas Estatais. Lei Nº 13.303/16*. Fórum, Belo Horizonte, 2018.
- PIOVESAN, Filipe da Silva, José Sérgio da Silva Cristóvam. *A Nova Lei das Estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a Lei Geral de Licitações*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 223-248, maio/ago. 2017. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/64297/62509>>.
- REISDORFER, Guilherme F. Dias. *O novo regulamento da Petrobras para licitações e contratos*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº132, fevereiro de 2018. Disponível em <<http://www.justen.com.br/pdfs/IE132/IE-132-Guilherme-regulamento-PB-v2.pdf>>.
- REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UCP, Porto Alegre: Síntese, v.15 Coleção Acadêmica de Direito, 1999.
- REVISTA BIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO, Porto Alegre: ano VI, 2005, n. 31, Interesse Público, 2005.
- WILLEMANN, Flávio de Araújo. *Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras*, 2ª Edição, Lumen Juris, 2011.
- ZYMLER, Benjamin. *Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei*

13.303/2016). Disponível em <<http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/05/estatuto-empresas-estatais.pdf>>.

Referências

- 1 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Licitações e contratos Administrativos*. 3ª ed. Gen Método, São Paulo, 2014, p. 25.
- 2 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Gen Forense, 2017, p 132 e 133.
- 3 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6ª ed. Saraiva, 2001, p. 408.
- 4 BARROSO, Luis Roberto. *REGIME JURÍDICO DA PETROBRAS, DELEGAÇÃO LEGISLATIVA E PODER REGULAMENTAR: VALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO INSTITUÍDO PELO DECRETO Nº 2.745/98*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>>.
- 5 BARROSO, Luis Roberto. *REGIME JURÍDICO DA PETROBRAS, DELEGAÇÃO LEGISLATIVA E PODER REGULAMENTAR: VALIDADE CONSTITUCIONAL DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO INSTITUÍDO PELO DECRETO Nº 2.745/98*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-luis-roberto-barroso-procedimento.pdf>>.
- 6 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Licitações e contratos Administrativos*. 3ª ed. Gen Método, São Paulo, 2014, p. 57.
- 7 STF, Mandado de Segurança nº 26.783, Ministra Ellen Gracie. Decisão de 06/07/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2536042>>.
- 8 STF, Mandado de Segurança nº 26.783, Ministra Ellen Gracie. Decisão de 06/07/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2536042>>.
- 9 STF, Mandado de Segurança nº 26.783, Ministra Ellen Gracie. Decisão de 06/07/2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2536042>>.
- 10 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Gen Forense, 2017, p 108.
- 11 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 1ª ed. São Paulo, Gen Forense, 2017, p.175.
- 12 “Criado em 2007, o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) promoveu a retomada do planejamento e execução de grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética do país, contribuindo para o seu desenvolvimento acelerado e sustentável”. BRASIL. Ministério do Planejamento. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/investimento-e-pac/sobre-o-pac>>.
- 13 BRASIL. Ministério do Planejamento. Disponível em <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/investimento-e-pac/publicacoes-nacionais>>.
- 14 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 1ª ed. São Paulo, Gen Forense, 2017, p.175.
- 15 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 1ª ed. São Paulo, Gen Forense, 2017, p.175.
- 16 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. 1ª ed. São Paulo, Gen Forense, 2017, p.172 e 173.
- 17 PETROBRAS, Sítio eletrônico da. Disponível em <<http://lavajato.hotsitespetrobras.com.br/>>. Acessado em 31 de março de 2017.

REGIMES JURÍDICOS DO PETRÓLEO NA FEDERAÇÃO RUSSA

LEGAL OIL REGIMES IN RUSSIAN FEDERATION

Marina Olegovna Goncharenok Lobato | Marina.ogt@gmail.com

Resumo

O artigo traça um panorama acerca da regulação do petróleo na Rússia desde o período czarista, passando pela União Soviética até chegar ao momento presente. Assim, o estudo apresenta os diferentes regimes jurídicos de exploração do petróleo na Rússia, de modo a contextualizar o enquadramento jurídico dos investimentos estrangeiros. Por fim, o artigo traça a política atualmente em vigor para a produção e exploração de hidrocarbonetos, concedendo enfoque às atividades offshore e ao plano de manejo da Zona do Ártico. Assim, analisam-se dois regimes jurídicos, licenciamento e acordos de partilha de produção, de modo a oferecer um entendimento mais acurado acerca da atual regulamentação dessa área que possui relevância ímpar para a economia da Federação Russa.

Palavras-chave

aspectos históricos da regulamentação de petróleo na Rússia; regimes jurídicos da indústria de petróleo; licenciamento; acordos de partilha de produção; investimentos estrangeiros

Abstract

The paper traces a panorama of the oil regulation in Russia from the tsarist period, through the Soviet Union to the present moment. Thus, the paper presents the different legal regimes of oil exploration in Russia, in order to contextualize the legal framework of foreign investments. Finally, the paper outlines the policy currently in force for the production and exploitation of hydrocarbons, focusing on offshore activities and the management plan of the Arctic Zone. The paper analyzes the legal regimes of licensing and of production sharing in order to provide a better understanding of the current regulation of this area. It should be highlighted that this area has a unique relevance to the economy of the Russian Federation.

Keywords

historical aspects of oil regulation in Russia; legal regimes of the oil industry; licensing; production sharing agreements; foreign investments.



Introdução

O presente artigo propõe analisar os regimes jurídicos de petróleo na Rússia. Inicialmente, serão abordados principais aspectos históricos da sua regulamentação, considerando que, tradicionalmente, as normas que regulamentavam o petróleo na Rússia faziam parte de documentos normativos mais gerais sobre a mineração. O artigo perpassará pela análise de principais documentos normativos de três períodos do Direito de Mineração: legislação de mineração no período do Império Russo, no período da União Soviética e na etapa atual de seu desenvolvimento. Assim como abordará as questões relevantes como a propriedade e o direito de uso do subsolo, inclusive petróleo, nos documentos jurídicos mais relevantes.

Uma ênfase será dada à análise de legislação que regulamenta o petróleo no período atual que é caracterizado pela ausência de um documento normativo único. Nesse contexto, serão analisadas as principais leis, como, por exemplo, a Lei Federal de Subsolo, a Lei Federal sobre Acordos de Partilha de Produção, a Lei Federal sobre Plataforma Continental da Federação Russa entre outros.

O artigo analisará de forma mais detalhada os regimes jurídicos da indústria de petróleo, como licenciamento e acordos de partilha de produção, assim como, tratará das suas principais características. Ressalta-se, contudo, que os acordos de partilha de produção que estão em vigor atualmente foram firmados antes de entrada em vigor da Lei sobre Acordos de Partilha de Produção e, portanto, os direitos das partes são regidos pelas previsões dos próprios acordos, como resultado, a lei posterior não é aplicada aos três acordos.

Como o uso de subsolo é considerado uma atividade onerosa, o artigo analisará, de forma sucinta, o sistema de pagamentos, previstos tanto na Lei de Subsolo, quanto na legislação tributária, principalmente, no Código Tributário da Federação Russa. Em seguida, serão traçadas algumas peculiaridades sobre a regulamentação da atividade do Investidor estrangeiro na Federação Russa, sendo que, há possibilidade de certas limitações pelo Estado.

Por fim, serão abordados alguns aspectos da política de petróleo atual na Federação Russa, ressaltada a relevância de produção e de exportação de hidrocarbonetos para economia do país. A necessidade de diversificação de mercados tradicionais, a política energética, programas de proteção ambiental e a importância de criação da legislação específica sobre Ártico são algumas das prioridades do Estado que serão traçados no artigo.

1. Aspectos Históricos da Regulamentação do Petróleo na Rússia

Pode-se demonstrar de forma breve que, desde o Séc. XVIII, houve uma regulamentação da produção de petróleo na Rússia. Essa regulamentação, por sua vez, fez parte dos documentos normativos que tratavam da mineração. Há quem destaque três principais períodos no desenvolvimento da legislação sobre a mineração: a legislação de mineração no período do Império Russo, no período da União Soviética e na etapa atual de seu desenvolvimento.¹ O primeiro documento normativo, que deu origem à regulamentação de mineração, é considerado *Указ “Об учредении Приказа Рудоконных дел”* (o Decreto “Sobre o Estabelecimento da Ordem dos Assuntos Mineiros” (tradução livre)) de Pedro I de 1700. Por meio desse documento foi criado um órgão competente para as questões de busca e de exploração de minérios.² Em 1719, Czar Pedro I editou um novo *Указ “Об учреждении Берг-Коллегиума для введения в оном дел о рудах и минералах”* (Decreto “Sobre o estabelecimento de um “Berg-Collegium” para conduzir as questões relativas aos minérios e minerais” (tradução livre)). O “Berg-collegium” era um órgão do Império que lidava com a regulamentação das questões relativas aos minérios e minerais.³ O Decreto ainda previa a permissão de procurar, extrair e fundir todos os tipos de metais, contudo, após a descoberta, o Berg-Collegium devia conceder uma permissão oficial para a exploração.⁴ É relevante ressaltar ainda que, nesse período, foi considerado que tudo aquilo, que se encontrava no subsolo, pertencia ao Império, portanto, todos aqueles que exploravam deviam pagar 1/10 dos seus ganhos ao Império de tributo.⁵ Podia haver isenção de pagamento por um período determi-

nado caso os ganhos líquidos fossem menores que os investimentos na exploração.⁶

As fábricas e usinas podiam ser tanto de propriedade do Império, quanto privadas. No período da regência da Czarina Anna Ioanovna, em 1740, foi determinada a política de privatização das usinas que pertenciam ao Império, uma vez que o mesmo não possuía verba suficiente para modernização e o aumento da produção.⁷

O início da regência da Czarina Catarina II caracterizou-se pela política de nacionalização de usinas e fábricas privatizadas. Como resultado dessa política, dois terços de fábricas e usinas ficaram sob o controle do Império.⁸ Contudo, novamente, a falta de investimentos para a modernização provocou a diminuição de produção. Como resultado, no *Манифест 28 июня 1782 г.* (Manifesto de 28 de junho de 1782 (tradução livre)), foi reconhecido o direito de propriedade de terra e de subsolo e, com isso, os proprietários de solo se tornaram os donos de subsolo e passaram a possuir o direito de exploração.⁹ Tal política do Império, no entanto, foi limitada ao decorrer dos dez anos seguintes por outros atos normativos. Assim, o Decreto da Catarina II de 1792 previa a possibilidade de uma forma de desapropriação das terras nas quais fossem descobertos metais preciosos e minerais.¹⁰

Posteriormente, elaborou-se a *Устав Горный Российской Империи* (Carta de Mineração do Império Russo (tradução livre)) em 1832.¹¹ Em 1842¹², a Carta foi ampliada e revista, sendo que foram introduzidos artigos específicos que continham normas sobre as peculiaridades da exploração dos campos de petróleo.¹³ As Cartas posteriores ampliavam o rol de normas que tratavam da exploração de petróleo, especificando as condições de busca e de exploração, assim como mecanismos e instituições competentes para o controle.¹⁴

Na Carta de Mineração do Império Russo de 1893, o Capítulo IV era composto de 74 artigos e regulamentava, entre outras questões, a busca e a exploração de petróleo nas terras pertencentes ao Império e nas terras privadas.¹⁵ Assim, os proprietários de terras, pessoas físicas ou organizações, tiveram privilégios na exploração de

petróleo, contudo, caso não fosse possível a exploração, as terras deviam ser vendidas e podiam ser até confiscadas.¹⁶ Certas categorias precisavam de uma permissão oficial do Ministro da Agricultura e da Propriedade do Estado¹⁷ (tradução livre) para a busca e a exploração, entre eles eram estrangeiros.¹⁸ Outros não precisavam, em regra, de uma licença para a busca quando não havia perfuração de superfície; com a perfuração precisava-se de uma permissão do governo local que tinha a duração de um ano, em regra, e que garantia a exclusividade na busca.¹⁹

Os particulares podiam arrendar as terras do Império onde havia comprovadamente petróleo para a exploração. Com isso, deviam realizar um pagamento único (bônus) ou em uma espécie de royalties.²⁰

Além da Carta de Mineração, houve um número bastante amplo de Instruções do Ministro da Agricultura e da Propriedade do Estado, regulamentando a busca, exploração, as questões de segurança, transporte, dentre outras.²¹

No período da União Soviética, por meio do Decreto de 26 de outubro de 1917, o *Декрет “О Земле”*, (Decreto “Sobre a Terra” (tradução livre)), proclamou a nacionalização da terra e de todos os recursos naturais, em particular, do subsolo. O Estado era o único proprietário tanto de terra, quanto de subsolo.²² Em 1920, foi elaborado o *Декрет “О Недрах Земли”* (Decreto “Sobre o Subsolo” (tradução livre)), que serviu de base para o posterior *Горное положение Союза ССР* (Estatuto de Mineração da União Soviética – (tradução livre)) em 1927.²³ Nos anos seguintes, foram elaboradas leis específicas sobre o subsolo em várias repúblicas-membros da União Soviética.²⁴

Ressalta-se que, no período de março de 1921 e novembro de 1929, foi promovida a *НЭП - Новая Экономическая Политика* (Nova Política Econômica (tradução livre)), cujo objetivo, dentre outros, foi superar a crise econômica e restaurar a economia nacional por meio de apoio à iniciativa privada e ao estabelecimento de relações de mercado.²⁵ A crise foi provocada tanto pelas consequências da Primeira Guerra Mundial, quanto pela Guerra Civil com o “comunismo militar”.^{26, 27} Assim, já em 1921, o

legislador passou a vislumbrar a desnecessidade de uma regulamentação exagerada da atividade econômica privada pelas autoridades locais. As indústrias pequenas foram submetidas ao regime simplificado de registro. Além disso, foi prevista a desnacionalização dos empreendimentos pequenos e artesanais.²⁸

A *Горный закон РСФСР* (Lei de Mineração da República Soviética Socialista Russa (tradução livre)) de 1928, no seu artigo primeiro,²⁹ previa que o Estado na figura de “trabalhador rural ou urbano” é o proprietário do subsolo, e que o subsolo podia ser explorado por particulares somente por meio de uma permissão do governo, seja por meio da realização de um concurso ou sem o mesmo.³⁰ O possuidor do direito de uso do subsolo podia transferir ou cessar, integralmente ou parcialmente, seu direito de uso. Além disso, a concessão da exploração do subsolo foi sujeita ao pagamento de uma taxa.³¹ Conforme o artigo 109 a da Lei de Mineração da República Soviética Socialista Russa, o primeiro descobridor devia pagar 5% da extração real ao Estado, quando se trata da exploração de petróleo. A participação de pessoas físicas e jurídicas estrangeiras podia acontecer somente após uma permissão expressa do Conselho dos Comissários do Povo da União Soviética (tradução livre)³², conforme o artigo terceiro da Lei de Mineração da República Soviética Socialista Russa.³³

Em 1975, o Conselho Supremo da União Soviética editou “*Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о недрах*” (As Bases da Legislação da União Soviética e das Repúblicas Soviéticas sobre o Subsolo (tradução livre)) que serviram de suporte à elaboração do *Кодекс РСФСР о недрах* (Código de Subsolo da República Soviética Socialista Russa (tradução livre)) de 1976 que ficou em vigor até 1992.³⁴ O Código de Subsolo era bastante detalhado, no entanto, na prática, tanto as Bases da legislação da União Soviética sobre o subsolo, quanto o Código foram substituídos pelos atos administrativos do governo e dos ministérios.³⁵

Nos anos de 1990, com a fim da União Soviética e a assinatura em 1992 do *Федеративный Договор* (Pacto Federativo (tradução livre))³⁶ começa o novo período moderno. O Pacto Fe-

derativo deu a base para a Constituição da Federação Russa de 1993. Ressalta-se ainda que, em 1992, foi aprovada a *Закон РФ “О недрах”* (Lei Federal de Subsolo (Lei n. 2395-1 de 21.02.1992) (tradução livre)³⁷ que, entre outras, regulamentou as questões relativas ao petróleo; essa mesma Lei foi significativamente modificada em 1995, assim como, foram acrescentados 11 novos artigos.³⁸ No mesmo período, outros documentos normativos foram elaborados. Em conjunto, eles constituem o sistema jurídico que regula relações na área: *Федеральный закон “О соглашениях о разделе продукции”* (Lei Federal sobre Acordos de Partilha de Produção (Lei Federal n. 225-ФЗ de 30.12.1995) (tradução livre)³⁹; *Федеральный закон “О континентальном шельфе Российской Федерации”* (Lei Federal sobre Plataforma Continental da Federação Russa (Lei Federal n. 187-ФЗ de 30.11.1995) (tradução livre))⁴⁰; *Федеральный закон “Об иностранных инвестициях в Российской Федерации”* (Lei Federal sobre Investimentos Estrangeiros na Federação Russa (Lei Federal n. 160-ФЗ de 9.07.1999) (tradução livre));⁴¹ *Федеральный закон “О промышленной безопасности опасных производственных объектов”* (Lei Federal de Segurança Industrial de Instalações de Produção Perigosa (Lei Federal n. 116-ФЗ de 21.07.1997) (tradução livre))⁴²; *Федеральный закон “О таможенном тарифе”* (Lei Federal de Tarifa Alfandegária (Lei Federal n. 5003-1 de 21.05.1993) (tradução livre))⁴³ entre várias outras leis, como Código Civil e Código Tributário Nacional, além de diversos regulamentos.⁴⁴

2. Regulamentação Jurídica de Petróleo na Contemporaneidade

A ausência de um documento normativo único que regule as relações na área de petróleo é uma peculiaridade do regime jurídico de petróleo na Rússia. Como resultado, vários documentos normativos devem ser analisados para o entendimento de um sistema complexo e, por vezes, contraditório, isso em razão da ausência de normas unificadas.⁴⁵

Na realidade, entre 1993 e 1995, houve um projeto de lei de petróleo⁴⁶ que não entrou em vigor. Seus principais objetivos foram, segundo

seu artigo primeiro: o estabelecimento das bases das relações decorrentes dos negócios de petróleo e produtos petrolíferos na Federação Russa; a garantia da unidade do espaço econômico; a garantia de direitos e interesses legais de pessoas jurídicas e físicas, assim como, a regulamentação de todas as questões relativas ao petróleo e o estabelecimento de um funcionamento efetivo dos mercados de petróleo e dos produtos petrolíferos. Esse projeto de lei foi adotado pela Duma⁴⁷ (câmara baixa do parlamento da Federação Russa) e foi aprovado pelo Conselho da Federação⁴⁸ (senado do parlamento da Federação Russa), no entanto, foi vetado pelo presidente.⁴⁹

2.1. Regimes Jurídicos de Petróleo na Federação Russa

O Estado Federal é considerado o proprietário do petróleo quando o mesmo se encontra no subsolo, como previsto na Lei Federal de Subsolo (Lei n. 2395-1 de 21.02.1992) no seu artigo 1.2. Por sua vez, a disposição e a exploração do subsolo dependem de regulação conjunta da Federação e de todos os seus membros, conforme o mesmo artigo. Ressalte-se, ainda, que a exploração e a disposição de petróleo no mar territorial, na zona econômica exclusiva e na plataforma continental são de competência da Federação Russa e constituem “parcelas de subsolo de significado federal” (tradução livre)⁵⁰, conforme o artigo 2.1 da Lei de Subsolo. Segundo Perchik, o subsolo dentro do território da Federação Russa é de propriedade da própria federação, enquanto que, na zona econômica exclusiva e na plataforma continental, o Estado exerce seus direitos soberanos e jurisdição reconhecidos pelos documentos normativos internacionais e pela legislação russa.⁵¹ Assim, o Estado possui o direito de propriedade do subsolo e de seus recursos naturais. No entanto, após a extração de petróleo, são possíveis diversas formas de propriedade dos hidrocarbonetos a depender do regime jurídico adotado no caso concreto.

É possível verificar a combinação de métodos administrativos específicos para o regime de licenciamento e de civis específicos para o regime de partilha de produção na regulação do uso de subsolo.⁵² Ressalte-se, contudo, a maior relevância e frequência da utilização do regime de licenciamento no uso de subsolo. Com isso,

o investidor estrangeiro, que tem interesse em explorar áreas de petróleo, deve se submeter a processo licitatório.

Na hipótese de extração de petróleo, após a obtenção de licença por via licitatória, quem se torna seu proprietário, converte-se no titular do direito de usar o subsolo. O possuidor de licença torna-se o proprietário do petróleo no momento da extração.⁵³ Já no regime de partilha de produção, a situação é diversa: todo o petróleo obtido na exploração é de propriedade do Estado até o momento da divisão da produção. Como pontua Perchik, esse momento de divisão, na maioria das vezes, ocorre na saída do hidrocarboneto do campo de petróleo ou na entrada do oleoduto principal.⁵⁴ No artigo oitavo da Lei Federal sobre Acordos de Partilha de Produção é previsto como acontece partilha da produção entre o investidor e o Estado.

2.1.1. Regime Licitatório

O processo licitatório está previsto no artigo 11 da Lei Federal de Subsolo. Essa Lei traz as principais características do processo licitatório, contudo, há outros documentos normativos que trazem previsões mais detalhadas, como, por exemplo, o “*Положения о порядке лицензирования пользования недрами*” (Regulamento sobre o Procedimento de Licenciamento do Uso de Subsolo n. 3314-1 de 15.07.1992 (tradução livre))⁵⁵.

O processo licitatório representa o procedimento unificado que permite a concessão de diversos tipos de licenças para a garantia dos programas da Federação Russa para seu desenvolvimento econômico e industrial. De acordo com o artigo 6.1 do Regulamento sobre o Procedimento de Licenciamento do Uso de Subsolo, há licenças para o estudo geológico de recursos de subsolo, para extração de recursos naturais, para a construção e operação de estruturas subterrâneas, que não se relacionam com a extração entre outras. Possibilita-se a expedição de licença combinada, o que dá direito ao usuário do subsolo, tanto de proceder a estudos geológicos, quanto de sua posterior exploração. Há certas peculiaridades para as licenças do uso do subsolo na plataforma continental e dentro da zona econômica exclusiva da Federação Russa que estão previstas no ar-

tigo 12 do Regulamento sobre o Procedimento de Licenciamento do Uso de Subsolo como, por exemplo, a observância de requisitos adicionais e a elaboração de um regime específico em conjunto com os órgãos que garantem a proteção de fronteiras do Estado Russo.

Conforme o artigo 15 da Lei de Subsolo, deve ser garantida a igualdade de oportunidades para todas as pessoas jurídicas e físicas na obtenção de licenças. Há duas modalidades de licitação para o uso de subsolo e para a celebração do acordo de partilha de produção: leilão⁵⁶ e concorrência⁵⁷, cuja previsão encontra-se no artigo 13.1 da Lei de Subsolo. O leilão deve ser entendido como uma modalidade na qual se declara vencedor aquele que oferecer o maior lance, em parcela única, sendo este igual ou superior ao valor estabelecido na avaliação, sendo que o leilão pode possuir forma aberta ou fechada.⁵⁸ Por outro lado, na concorrência, deve ser provada a posse de tecnologia e conhecimentos pela concorrente, bem como a qualidade e a viabilidade técnica do projeto, assim, como, a efetividade dos resultados da prospecção, isso levando em conta a necessidade de respeitar-se o meio ambiente e de servir ao desenvolvimento econômico-social *in loco* do território. A concorrência pode ser aberta a todos os interessados ou fechada a um número restrito de participantes. Nessa última hipótese, a licitação ocorre mediante convite aos possíveis interessados que a comissão de licitação identifica como convenientes ao certame.⁵⁹

A informação sobre leilões e concorrências encontra-se publicada nos sítios oficiais do governo russo, em um prazo mínimo de 90 dias antes do dia do processo licitatório na modalidade concorrência e 45 dias na modalidade de leilão, conforme dispõe o artigo 13.1 da Lei de Subsolo. O acesso a tais informações pode ser obtido no sítio oficial da Agência Federal para o Uso de Subsolo (Rosnedra) (tradução livre)⁶⁰, órgão responsável pela administração da propriedade estatal em esfera de uso de subsolo e está sob a autoridade do Ministério dos Recursos Naturais e Ecologia (tradução livre).⁶¹ As principais funções da Agência Federal são: organização de estudos geológicos do subsolo, realização de exame dos projetos de exploração geológica, organi-

zação de processo licitatório na modalidade leilão e concorrência, emissão e registro de licenças para o uso de subsolo, assim como sua suspensão e o término, organização da exploração geológica do subsolo, entre várias outras funções, previstas no “*Положения о Федеральном агентстве по недропользованию*” (Regulamento sobre a Agência Federal para Uso de Subsolo de 17.06.2004 (tradução livre)).^{62,63}

No artigo 14 estão estabelecidas as razões de recusa de um pedido de participação no processo licitatório. Dentre outras razões, destaque-se: a violação dos requisitos e das condições pré-estabelecidos, o oferecimento de dados falsos, a falta de provas de possuir especialistas qualificados, meios financeiros e técnicos necessários e o não cumprimento de requisitos previstos na legislação dos antimonopólios.

A licença representa, portanto, uma permissão especial de uso do subsolo dentro do território específico, por prazo determinado, conforme o disposto do artigo 11 da Lei de Subsolo. Além disso, a licença deve conter dados sobre o usuário do subsolo, sobre o órgão que concedeu a licença e a base para a concessão, indicação dos limites do subsolo, o período de validade da licença, condições associados aos pagamentos cobrados sobre o uso do subsolo, o nível de extração entre outros previstos nas disposições normativas como, por exemplo, o artigo 12 da Lei de Subsolo. Pode existir um contrato entre os órgãos competentes à emissão da licença e o usuário do subsolo, hipótese em que haverá a especificação de condições de licença, com base no artigo 11 da Lei de Subsolo.

É relevante ressaltar ainda que, como regra geral, não há a possibilidade de transferência do direito de uso de subsolo e, conseqüentemente, da licença de uso de subsolo a terceiros, salvo nos casos previstos na própria Lei de Subsolo, conforme artigo 17.1 da Lei de Subsolo. A Lei de Subsolo prevê a possibilidade de transferência do direito de uso sem a necessidade de participar em concurso em casos de reorganização da pessoa jurídica, conforme previsão legal da legislação russa (transformação de forma organizacional e legal, fusão, divisão); em casos de cessação de atividades e sua adesão à entidade jurídica diversa que preencha os requisitos para prosseguir com

as atividades especificadas na licença (entre outros, recursos e meios técnicos e financeiros, especialistas qualificados para a execução dos trabalhos com segurança); transferência do direito de uso de uma sociedade empresária matriz para a sua filial e vice-versa; aquisição da propriedade da sociedade empresária decretada falida entre outros casos expressamente previstos no artigo 17.1 da Lei de Subsolo.

Assim, somente nos casos expressamente previstos na legislação será permitida a transferência do direito de uso de subsolo, em hipótese em que a licença, nesse caso será reeditada.

2.1.2. Regime de Acordos de Partilha de Produção

Por outro lado, há outro regime, chamado de regime de partilha de produção. Nesse modelo, o estado é entendido como o proprietário do petróleo extraído. O modelo de partilha de produção está previsto na Lei Federal sobre os Acordos de Partilha de Produção. Com base em seu artigo primeiro, essa Lei representa a base jurídica para as relações “do processo de investimento russo e estrangeiro na busca, exploração e produção de matérias-primas minerais no território da Federação Russa, bem como na plataforma continental e ou dentro da zona econômica exclusiva da Federação Russa com base em acordos de partilha de produção” (tradução livre)⁶⁴, como a própria lei explícita. O artigo oitavo da mesma Lei prevê como há o compartilhamento da produção e intensifica que a partilha depende do acordo firmado entre o Estado e o investidor. Segundo Natalia Ivanovna Zerschikova, os contratos de partilha de produção podem ser entendidos como contratos de direito civil e contratos de investimento que possuem a forma de uma concessão econômica, portanto, são considerados “contratos comerciais mistos”.⁶⁵

O contrato com investidor é firmado em uma base reembolsável e por um período determinado: o investidor recebe direitos exclusivos de pesquisa, exploração e extração de recursos naturais na área específica.⁶⁶ Com isso, ele compromete-se a realizar os trabalhos por sua conta e risco. Trata-se de um contrato em que as partes acordam, inclusive, em relação a questões tributárias, desse modo, aplica-se um regime tribu-

tário especial baseado na parte 26.4 do Código Tributário da Federação Russa de 05.08.2000, Lei Federal n. 117-~~Φ~~3⁶⁷: uma parcela dos tributos é substituída por uma parte dos recursos extraídos.⁶⁸ São dois grupos de pagamentos que devem ser realizados pelo investidor: pagamentos previstos no próprio acordo de partilha de produção⁶⁹ e pagamento referente aos custos tributários.⁷⁰ Não se deve perder de vista que acordo deve prever todas as condições específicas e necessárias para o uso do subsolo e seu posterior manejo.

Ressalte-se que, esse tipo de acordo de partilha de produção pode ser firmado somente em relação às parcelas do subsolo que façam parte de uma lista específica e previamente determinada por uma Lei Federal.⁷¹ A partilha de produção, por sua vez, também não é representada por uma única forma, podendo ser a “partilha direta” e indireta⁷² ou “direta e regular”⁷³.

Atualmente, na Rússia há três campos petrolíferos explorados com base nos acordos de partilha de produção: Xarjaginskoe⁷⁴, Sakhalin-1⁷⁵ e Sakhalin-2⁷⁶. Eles foram firmados antes da entrada em vigor da Lei sobre Acordos de Partilha de Produção. Nesses três, há a participação de investidores estrangeiros. No entanto, são bastante comuns as críticas de diversas naturezas à atuação de investidores estrangeiros nesses três projetos.⁷⁷ Como também não é rara a formulação de críticas em relação à Lei sobre Acordos de Partilha de Produção que, em tese, estaria maculada por uma “inoperabilidade fática” decorrente de um procedimento bastante complexo e burocratizado.⁷⁸ Como pontua Pivanova, o regime de partilha de produção é pouco funcional, posto que menos de 1% de hidrocarbonetos são explorados por meio desses projetos.⁷⁹ Além disso, o procedimento para exploração de hidrocarbonetos na plataforma continental, com base no regime de partilha de produção, é de difícil cumprimento, uma vez que o mesmo possui condições não realizáveis ou, ainda, condições que se excluem mutuamente.⁸⁰

Além disso, é relevante mencionar a existência de aspirações e críticas quanto à necessidade de procederem a modernizações tanto na Lei de Subsolo, quanto em outros documentos normativos, de modo a se permitir um maior aporte

de investimentos estrangeiros e nacionais.⁸¹ As sociedades empresárias russas que atuam na área também precisam do aporte de investimentos e de tecnologias de ponta, o que pode ser oferecido pelo investidor estrangeiro que tenha seus interesses garantidos e seus riscos minimizados.⁸²

2.1.3. O Uso do Subsolo como Atividade Onerosa

Como já mencionado, o uso do subsolo representa uma atividade exercida mediante contraprestação onerosa. Além da onerosidade de cunho contratual, no caso de um acordo de partilha de produção ou de cunho licitatório na hipótese de licenças diversas, há a incidência de diversos tributos conforme o regime jurídico adotado em cada caso concreto. Assim, produz-se um sistema complexo de pagamentos no uso do subsolo. Entre todos os pagamentos, em primeiro lugar, devem ser mencionados aqueles estabelecidos na própria Lei de Subsolo: alguns deles devem ser pagos uma parcela única, enquanto outros mediante prestação continuada.⁸³ Os pagamentos únicos, chamados de bônus, são cobrados quando ocorre um evento que especificado na licença. O valor mínimo estabelecido para os pagamentos únicos é de 10%, no entanto, será a licença que estabelecerá o valor final a ser pago pelo usuário do subsolo.⁸⁴ Os pagamentos realizados regularmente são relativos à concessão de direitos exclusivos de pesquisa e avaliação do subsolo, bem como à realização de estudos geológicos de avaliação do subsolo para a construção, dentre outras várias hipóteses.⁸⁵ Inclusive, não se deve perder de vista a existência de previsão de pagamento de taxas: pela obtenção de informações geológicas do subsolo, quando a pesquisa fora previamente realizada pelo estado, pela participação no leilão ou no processo de concorrência e pela emissão das licenças.⁸⁶

Em segundo lugar, integram o rol de custos a serem suportados pelo usuário do subsolo os pagamentos estabelecidos na legislação tributária,⁸⁷ como, por exemplo, o imposto sobre a extração de minerais⁸⁸, cuja regulamentação está prevista no Capítulo 26 do Código Tributário da Federação Russa.⁸⁹ Esse imposto é pago a depender do volume e da espécie de hidrocarboneto extraído, assim, por exemplo, com base no ar-

tigo 337 parte 2, alínea 3 do Código Tributário Nacional da Federação Russa, para fins de cálculo, o óleo deve ser “desidratado, dessalinizado e estabilizado”.

O usuário do subsolo deve ser arcar também com o imposto sobre os rendimentos de sociedades empresárias, que equivalente, em regra, a 20%. O capítulo 25 do Código Tributário Nacional prevê como deve ser calculado o tributo incidente sobre os lucros. Vale ressaltar que a citada norma permite a redução do valor das despesas incorridas. Em acréscimo, destaque-se a incidência do Imposto sobre o Valor Agregado (IVA), de 18%, pago em razão das vendas de bens, obras e serviços, conforme o artigo 154 do Código Tributário da Federação Russa, e também a incidência tributária sobre a importação de bens, segundo o artigo 151 do Código Tributário. No Capítulo 21, há a previsão de isenção quanto ao pagamento de IVA no caso de importação de equipamentos que não possuam análogos russos.

Por outro lado, mesmo não sendo um tributo, deve ser mencionado o fato gerador tributário na hipótese de exportação de petróleo e de alguns produtos derivados, tal como previsto no artigo 3.1 na Lei Federal de Tarifa Alfandegária.⁹⁰ Para fins de cálculo, não se considera o pagamento direto, mas indireto.⁹¹ Além dos pagamentos brevemente mencionados, há outros, estabelecidos na legislação tributária da Federação Russa.

Ressalta-se, ainda, que os usuários do subsolo, com base no acordo de partilha de produção, possuem um regime específico previsto na Lei sobre Acordos de Partilha de Produção. No entanto, como todos os três acordos atualmente em vigor foram celebrados antes da vigência da nova normativa, conforme o artigo 39 parte 6 da Lei de Subsolo, aplicam-se as condições previstas nos próprios acordos de partilha de produção.

2.2. Regulamentação da Atividade do Investidor Estrangeiro

Em 1999, entrou em vigor a Lei Federal sobre Investimentos Estrangeiros (Lei Federal n. 160-Φ3 de 09.07.1999).⁹² Conforme o artigo 6º da Lei, os investidores estrangeiros podem realizar diversos investimentos, desde que não proibidos

pela legislação da Federação. A pessoa jurídica estrangeira pode realizar suas atividades no território da Federação Russa por meio de uma filial, sendo necessária sua acreditação para o exercício de atividades, com base no artigo quatro parte 3, além disso, o investidor estrangeiro pode se tornar sócio de uma sociedade empresária russa quando adquire parte de sua composição societária, conforme dispõe o artigo quatro parte 6 da Lei Federal sobre Investimentos Estrangeiros na Federação Russa. Além disso, a Lei regula diversas garantias do investidor estrangeiro, assim como, as etapas de seu registro e seus direitos no território da Federação Russa.

Segundo Morozova, o convencional para estruturar, na Rússia, um negócio entre investidores estrangeiros e parceiros russos é constituir uma *joint venture* por meio da criação de uma sociedade *offshore*.⁹³ Como explica Morozova, há duas razões principais para isso: por um lado, maiores vantagens tributárias e a proteção concedida por tratados de investimentos bilaterais e, por outro, o uso de regras previsíveis e já estruturadas de governança corporativa para regência da relação entre investidores estrangeiros e seus parceiros russos.⁹⁴ Nesse tocante, observa autora, a existência de permissivo na legislação russa que autoriza acordos corporativos entre seus membros e/ou acionistas, contudo, há controvérsia no tocante a interpretação da legislação russa como um todo e à definição da jurisprudência pelos tribunais da Federação Russa.⁹⁵

Em alguns casos, pode haver limitação da participação de investidores estrangeiros, como, por exemplo, demonstram o artigo 2.1 parte 5 e o artigo 9º parte 3 da Lei de Subsolo. De acordo com o artigo 2.1, algumas parcelas de subsolo possuem status de “parcelas de subsolo de importância federal”⁹⁶ (tradução livre), a lista oficial dessas parcelas de subsolo é elaborada pelo governo da Federação Russa e atualizada frequentemente.⁹⁷ Em relação às parcelas de petróleo, essa lista inclui aquelas com reservas de petróleo a partir de 70 milhões de toneladas (artigo 2.1 parte 3.2) da Lei de Subsolo), como também parcelas situadas na plataforma continental da Federação Russa, nas águas marinhas internas e no mar territorial (artigo 2.1 parte 3.)).

No artigo 2.1 parte 5, há a previsão de que caso, durante o estudo geológico, o usuário do subsolo, pessoa jurídica com a participação de investidores estrangeiros ou sendo propriamente o investidor estrangeiro, descubra parcela do subsolo que seja considerada de relevância federal, segundo o artigo 2.1 parte 3 da Lei de Subsolo, o governo da Federação Russa pode se recusar a conceder a licença de exploração de campo petrolífero ou, sendo a licença combinada, o usuário do subsolo pode perder o direito de exploração, possuindo, todavia, direito a reembolso referente às despesas efetuadas, conforme o Regulamento específico de 2009.⁹⁸

Como pontua Kvitko, há restrições que se aplicam não somente em relação aos investidores estrangeiros, como também aos investidores russos privados na obtenção de licenças para exploração de grandes campos de hidrocarbonetos e para áreas da plataforma continental. As parcelas do subsolo consideradas de importância federal são de propriedade do Estado e somente investidores russos e empresas estatais com experiência de, no mínimo cinco anos, podem ter pretensão de participar em um licenciamento para desenvolver um campo petrolífero *offshore*.⁹⁹ Segundo Pivanova, somente duas sociedades empresárias na Rússia correspondem a esses critérios: as duas são as sociedades anônimas abertas “Gazprom” e “Rosneft”.¹⁰⁰

O artigo 9º, parte 3, da Lei de Subsolo prevê que somente pessoas jurídicas constituídas de acordo com as disposições da legislação da Federação Russa e que possuam experiência no desenvolvimento de parcelas do subsolo da plataforma continental, a não menos de cinco anos, podem ser usuárias do subsolo de parcelas de importância federal da plataforma continental da Federação Russa e do subsolo do território da Federação da Rússia que se estendem até à sua plataforma continental. Além disso, o mesmo artigo estabelece que o capital social pertencente ao Estado seja superior a 50% e/ou em relação aos quais a Federação Russa possua o direito de dispor, direta ou indiretamente, de mais de cinquenta por cento do número total de votos atribuíveis às ações votantes (*stakes*), que constituem os capitais sociais dessas sociedades empresárias. Como resultado dessa imposição

normativa, mesmo a participação do investidor russo privado fica praticamente inviabilizada nos campos petrolíferos *offshore*.

No entanto, é de conhecimento comum que, para realização de pesquisas na plataforma continental, o aporte de investimentos estrangeiros é extremamente relevante. Com isso, segundo Pivanova, as condições fiscais e legais devem ser favoráveis para o melhor proveito do potencial da plataforma continental, mesmo porque os projetos *offshore* são de longa duração e exigem investimentos bastante vultosos, isso sem mencionar a atual dependência das sociedades empresárias russas à aquisição de tecnologias estrangeiras, bem como a necessidade de superar a falta de infraestrutura a fazer frente aos desafios da exploração dos recursos naturais na plataforma continental.¹⁰¹

É relevante ressaltar ainda que, no âmbito internacional, a Federação Russa assinou a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, sendo que a mesma foi ratificada e entrou em vigor em 1960¹⁰², com isso, uma decisão arbitral estrangeira pode ser reconhecida e executada na Federação Russa, desde que cumpridas as exigências elencadas na própria Convenção. Por essa razão, pode haver a previsão de cláusula arbitral com investidor estrangeiro que imponha a análise de controvérsia eventualmente surgida por tribunal arbitral estrangeiro com o posterior reconhecimento e execução da decisão no território russo.

Por outro lado, o país adotou a *Федеральный закон “О международном коммерческом арбитраже”* (Lei de Arbitragem Comercial Internacional (Lei n. 5338-1 de 7.07.1993 1993) (tradução livre)).¹⁰³ Essa Lei é aplicável quando uma das partes possuir a sede de seu estabelecimento comercial no estrangeiro, diante da presença substancial de obrigações a serem cumpridas no estrangeiro, quando o objeto da disputa possuir forte ligação ou fortes vínculos com lugar situado no estrangeiro ou, por último, na hipótese de haver disputas surgidas em relação aos investimentos estrangeiros na Federação Russa ou de investimentos russos no estrangeiro, conforme o disposto no artigo primeiro, parte 3, da Lei de Arbitragem Comercial Internacional.

Inclusive, registre-se que a Federação Russa possui um grande número de tratados bilaterais de investimentos (*bilateral investment treaties (BITs)*) que têm como objetivo oferecer garantias adicionais ao investidor estrangeiro do país com qual fora firmado tratado bilateral de investimentos. No momento, há tratados cuja validade expirou, há os assinados que não entraram em vigor e outros, a grande maioria, que estão em vigor. De acordo com os dados publicados no sítio oficial de [Investment Policy Hub](#), atualmente, 63 tratados bilaterais de investimentos com a Federação Russa estão em vigor.¹⁰⁴

Como pontua Rachkov, com base no artigo 15 parte 4 da Constituição da Federação Russa e no artigo 5º ponto 3 da *Федеральный закон “О международных договорах Российской Федерации”* (Lei Federal sobre os Acordos Internacionais da Federação Russa (Lei Federal n. n. 101-ФЗ de 15.07.1995) (tradução livre))¹⁰⁵, os tribunais russos devem aplicar os tratados bilaterais de investimentos de forma direta, todavia, na prática, é rara sua aplicação.¹⁰⁶ O Rachkov pontua que, de 1992, quando foram criados os tribunais arbitrais na Rússia, até 2016 somente 11 acordos bilaterais foram mencionados em atos arbitrais; no caso os acordos com a Bulgária, Itália, Cazaquistão, Chipre, EUA, Ucrânia, França, Alemanha, Suécia, Suíça e Iugoslávia.¹⁰⁷

3. Política da Federação Russa em Relação à Produção e Exportação de Hidrocarbonetos

A economia da Federação Russa depende fortemente da indústria de petróleo e de gás e de sua exportação, portanto, o país tem interesse em manter níveis altos na produção e exportação de hidrocarbonetos. No quadro atual, verifica-se a importância da descoberta de novos campos petrolíferos *onshore*, assim como, a necessidade de pesquisa e de exploração de zonas na plataforma continental russa (*offshore*).

Em contrapartida, verifica-se também a necessidade russa de diversificar os mercados de exportação que, tradicionalmente, foram representados pelos países da Europa.¹⁰⁸ Ressaltam Natalya Morozova e Rob Patterson que a situação geopolítica foi agravada em razão das sanções aplica-

das à Federação Russa pelos Estados Unidos e pela União Europeia, inicialmente, por causa do conflito com a Ucrânia. Tal fato dificultou o financiamento externo de certos projetos de alto custo e o acesso às tecnologias de ponta.¹⁰⁹ Em concreto, foram afetados vários projetos desenvolvidos na plataforma continental da Federação Russa.¹¹⁰ O agravamento do quadro ocorreu com a afetação negativa das receitas da Federação Russa em virtude da queda significativa dos preços do petróleo no mercado internacional no período 2015-2016.¹¹¹

De acordo com os dados oficiais da Agência Federal Russa de Estatística, Rosstat¹¹², que não contabiliza nos seus dados o condensado de gás, a produção diária foi de 10,39 milhões de barris (10,39 bpd).¹¹³ A produção total em 2017, incluindo o condensado de gás, foi de 546,7 milhões de toneladas.¹¹⁴ Com base nos dados, oferecidos por Reuters¹¹⁵, no ano de 2017, a produção de petróleo na Rússia teve uma média diária de 10,98 milhões de barris (10,98 bpd), o que a colocou no primeiro lugar entre os países produtores de petróleo. Registre-se, contudo, que a produção foi reduzida propositalmente em razão do acordo assinado, inicialmente, em dezembro de 2016¹¹⁶ e prorrogado mais duas vezes, com os países membros da OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) e com mais dez países não membros; o objetivo, entre outros, do acordo foi o de diminuir a produção, de modo a estabilizar o preço do petróleo no mercado internacional.¹¹⁷

De acordo com a agência de informação russa TASS¹¹⁸, a Federação Russa cumpriu o acordo em reduzir sua produção diária em 300 mil de barris em 2017.¹¹⁹ Contudo, em março de 2018 o seu cumprimento foi de 93,4%.¹²⁰ Ressalte-se ainda que, em novembro de 2017, foi reafirmado o acordo entre os membros e não membros da OPEP por meio da Declaração de Cooperação que vigorará no ano de 2018 com a possibilidade de reajustes em junho de 2018, conforme os níveis de preço do mercado internacional de petróleo.¹²¹

Deve-se ressaltar ainda o crescente interesse do governo russo na zona Ártica que, em realidade, representa uma das regiões mais relevantes para a Rússia na exploração de recursos naturais. Com

o objetivo de desenvolver o Ártico, foram elaborados alguns documentos normativos estratégicos pelo governo como, por exemplo, “*Основы государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 года и дальнейшую перспективу*” (“Os Fundamentos da Política do Estado da Federação Russa no Ártico até 2020 e além” (tradução livre)), adotada em 2008¹²²; “*Стратегия развития Арктической зоны Российской Федерации и обеспечения национальной безопасности на период до 2020 года*” (“Estratégia de Desenvolvimento da Zona do Ártico da Federação Russa e a Garantia da Segurança Nacional para o Período até 2020” (tradução livre)), adotada em 2013¹²³, assim como *Государственная программа Российской Федерации “Социально-экономическое развитие Арктической зоны Российской Федерации на период до 2020 года*” (o Programa Estatal sobre o “Desenvolvimento Social e Econômico da Zona Ártica da Federação Russa” de 2017 (tradução livre))¹²⁴. Em 2015, foi criada uma [*Государственная комиссия по вопросам развития Арктики*](#) (Comissão governamental para analisar as questões relativas ao desenvolvimento do Ártico (tradução livre)).¹²⁵ Os principais objetivos da Comissão, dentre outros, são: 1) esclarecimento de metas e objetivos da política de Estado da Federação Russa no Ártico, levando em consideração as mudanças políticas internas e externas; 2) aumento de efetividade dos programas e projetos para um desenvolvimento estável da Zona Ártica; 3) coordenação das atividades dos órgãos executivos federais, locais e outras organizações e entidades.¹²⁶

Contudo, mostra-se relevante a elaboração de uma lei específica que tratará de questões relevantes para o desenvolvimento da Zona de Ártico. A primeira versão do projeto de Lei foi elaborada em 1998 pelos membros do Conselho da Federação, mas, posteriormente, foram elaborados outros projetos: em 1999, pela *Duma*, câmara baixa do Parlamento Russo; em 2013, pelo Ministério do Desenvolvimento Regional da Federação Russa em conjunto com o Instituto de Legislação e Direito Comparado; em 2014 e 2015, foram oferecidas mais algumas versões que não tiveram uma recepção adequada para se

tornarem leis efetivas.¹²⁷ Em realidade, a questão permanece em aberto. No entanto, há que se considerar que a Zona Ártica possui suas peculiaridades e que estas devem ser levadas em consideração no período de elaboração de uma norma geral para o desenvolvimento social e econômico da região.¹²⁸ Atualmente, o Ministério de Desenvolvimento Econômico está no processo de elaboração de um Novo Projeto de Lei para a Zona Ártica. De acordo com a Agência de Federação Russa TASS¹²⁹, até junho de 2018 está prevista a apresentação desse Projeto de Lei sobre o Desenvolvimento da Zona do Ártico da Federação Russa e sobre a Criação de Zonas de Apoio no Território de Extremo Norte da Rússia pelo Ministério de Desenvolvimento Econômico¹³⁰.

É relevante ressaltar a existência do *Государственная программа Российской Федерации “Охрана окружающей среды” на 2012 - 2020 годы* (Programa de Governo da Federação Russa de “Proteção Ambiental” para os anos de 2012-2020 (tradução livre)), cujo principal objetivo é o aumento do “nível de segurança ambiental e a conservação de sistemas naturais”.¹³¹ Com isso, haverá, por exemplo, estímulos às sociedades empresárias para que as mesmas implementem tecnologias inovadoras que reduzam ou eliminem os efeitos negativos ao meio ambiente por meio da realização de programas de modernização ecológica da produção, bem como pela reabilitação ecológica dos respectivos territórios.¹³²

Por fim, há que se mencionar a Estratégia Energética, adotada pelo governo da Federação Russa até 2030.¹³³ Seu principal objetivo consiste em maximizar tanto o uso dos recursos naturais energéticos, como o potencial do setor energético, de modo a garantir um crescimento econômico sustentável associado à melhora significativa dos níveis de qualidade de vida da população, além, obviamente, de fortalecer as posições econômicas externas da Federação Russa. Em realidade, apesar da inegável relevância para o desenvolvimento econômico e social da Federação Russa a produção e a exportação de hidrocarbonetos, verifica-se uma tentativa do governo de tornar essa produção sustentável ou, ao menos, menos agressiva ao meio ambiente.

Considerações finais

Ao final desse panorama, pode-se adquirir consciência acerca dos movimentos legislativos russos desde o império até o momento atual na regulação do subsolo e, mais propriamente, na exploração do petróleo. Essa regulação ocorre por via da conjugação de diferentes leis, normas infralegais e acordos internacionais, o que, de certa forma, apresenta um mosaico legislativo que, em muito, dificulta o trato com o sistema jurídico russo no âmbito da pesquisa e exploração dos hidrocarbonetos. Falta um Direito do Petróleo que sistematize e organize a matéria, o que certamente contribuiria para conceder maior segurança jurídica aos investidores nacionais e estrangeiros.

Bibliografia

ISAEV, Igor Andreevich. História do Estado e do Direito da Rússia (**История государства и права России**). Moscou: Jurist, 2004.

IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. Direito de Mineração (**Горное право.**). Moscou: ПравоТЕК, 2010.

KVITKO, Roman. Aperfeiçoamento das Condições para Atrair Investidores na área de Uso de Subsolo. (tradução livre) (**Совершенствование условий привлечения инвесторов в недропользовании.**). Disponível em: <<https://zakon.ru/blog/2015/5/15/covershenstvo-vanie-uslovij-privlecheniya-investorov-v-ne-dropolzovanii>>. Acesso em: 10.04.2018.

MOROZOVA, Natalya; PATTERSON, Rob. Russia. *The Oil and Gas Law Review*, 5º ed., dez. 2017. Disponível em: <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-oil-and-gas-law-review-edition-5/1151509/russia>>. Acesso em: 10.04.2018.

PERCHIK, Aleksandr Ilích. Direito de Mineração. Dicionário. (**Горное право. Словарь.**). Moscou: Kvadratum, 2000.

PERCHIK, Aleksandr Ilích. Direito de Mineração (**Горное право.**). Moscou: Filologiya tri, 2002.

PILIASOV, Aleksandr Nikolaevich, ZAMIATINA, Nadezhda Yur'evna. O Direito do Ár-

tico da Rússia: como ele será? (tradução livre) (*Арктическое право России: Каким ему быть?*). Livro eletrônico. Disponível em: <https://fictionbook.ru/author/a_n_pilyasov/rabochie_tetrad_i_vyipusk_1_arkticheskoe_read_online.htm>. Acesso em: 03.04.2018.

PIVANOVA, Anna Vasil'evna. Análise Comparativa do Regulamento Jurídico da Produção de Petróleo e Gás na Plataforma Continental na República Federativa do Brasil e na Federação Russa. (tradução livre) (*Сравнительная характеристика правового регулирования добычи нефти и газа на континентальном шельфе в Федеративной Республике Бразилия и в Российской Федерации.*). Economia Teórica e Aplicada. (*Теоретическая и прикладная экономика*), n. 2, 2014. pp. 26-35. Disponível em: <http://e-notabene.ru/etc/article_6246.html>. Acesso em: 04.04.2018.

PONOMAREV, K.S. Uso do subsolo e clima de investimento na Federação Russa: experiência pós-soviética. (tradução livre) (*Недропользование и инвестиционный климат в Российской Федерации: постсоветский опыт.*). Palestra proferida na Conferência Internacional em Cazaquistão no dia 28 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.zakon.kz/4862409-nedropol-zovanie-i-investicionnyj.html>>. Acesso em: 05.04.2018.

RACHKOV, Il'ya Vital'evich. Aplicação de Tratados de Investimentos Bilaterais pelos Tribunais Russos. (tradução livre) (*Применение двусторонних инвестиционных договоров российскими судами.*). Disponível em: <<http://отрасли-права.рф/article/18461>>. Acesso em: 12.04.2018.

ROMANOVA, Viktoriya Valer'evna. Sobre as peculiaridades do regime jurídico do petróleo e derivados. (tradução livre) (*Об особенностях правового режима нефти и нефтепродуктов.*) *Energeticheskoye Pravo* (Энергетическое право), n. 2, 2014. pp. 11-15.

ZERSCHIKOVA, Natalia Ivanovna. Peculiaridades da Aplicação dos Acordos de Partilha de Produção na Rússia. (tradução livre)

(*Особенности применения соглашений о разделе продукции в России*). Mudanças econômicas e sociais: fatos, tendências e prognóstico. (*Экономические и социальные перемены: факты, тенденции, прогноз*), n. 3, 2008. pp. 75-84.

Artigos de jornais

KATKOVA, Ekaterina. Sanções Petrolíferas: a Rússia não tem como Perfurar. (tradução livre) (*Санкции на нефть: России нечем бурить.*). Disponível em: <<https://www.gazeta.ru/business/2018/03/15/11683075.shtml>>. Acesso em: 12.04.2018.

AGÊNCIA DE INFORMAÇÃO RUSSA TASS. A Lei sobre o Desenvolvimento do Ártico pode ser Analisada pelo Governo após as Eleições. (tradução livre) (Закон о развитии Арктики могут внести в правительство после выборов.). Disponível em: <<http://tass.ru/obschestvo/4931329>>. Acesso em: 12.04.2018.

AGÊNCIA DE INFORMAÇÃO RUSSA TASS. Membros da "OPEP+" analisarão em junho a possibilidade de prorrogação de acordo após 2018. (tradução livre) (Участники ОПЕК+ на встрече в июне обсудят возможность продления сделки после 2018 года.) Disponível em: <<http://tass.ru/ekonomika/5090392>>. Acesso em: 03.04.2018.

AGÊNCIA DE INFORMAÇÃO REUTERS. A Produção Diária de Petróleo na Federação Russa Atingiu seu Máximo de Trinta Anos em 2017. (tradução livre) (*Суточная добыча нефти в РФ выросла до максимума 30 лет в 17г.*) Disponível em: <<https://ru.reuters.com/article/businessNews/idRUKBN1ER-153-ORUBS>>. Acesso em: 23.03.2018.

Referências

- 1 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 62.
- 2 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 63.
- 3 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 64.
- 4 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 64.
- 5 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 65.
- 6 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 65.
- 7 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 66.
- 8 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 67.
- 9 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 67.
- 10 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 67.
- 11 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 68.
- 12 Em 1839, foi elaborada a Инструкция о нефтяном промысле (Instrução sobre a exploração de petróleo (tradução livre)), que é considerada o primeiro documento normativo que expressamente trata do assunto. In: Aleksandr Il'ich Perchik. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 84
- 13 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. pp. 69-70.
- 14 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. pp. 69-73.
- 15 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 85.
- 16 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. pp. 85-86.
- 17 Министр Земледелия и Государственных Имуществ.
- 18 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 86.
- 19 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. pp. 87-88.
- 20 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. pp. 87-88.
- 21 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 91.
- 22 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 91.
- 23 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 92.
- 24 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 92.
- 25 ISAEV, Igor Andreevich. História do Estado e do Direito da Rússia (**История государства и права России**). Moscou: Jurist, 2004. pp. 632-633.
- 26 “Военный коммунизм”.
- 27 ISAEV, Igor Andreevich. História do Estado e do Direito da Rússia (**История государства и права России**). Moscou: Jurist, 2004. pp. 632-633.
- 28 ISAEV, Igor Andreevich. História do Estado e do Direito da Rússia (**История государства и права России**). Moscou: Jurist, 2004. p. 645.
- 29 A LEI DE MINERAÇÃO DA REPÚBLICA SOVIÉTICA SOCIALISTA RUSSA (**Горный закон РСФСР**) de 1928. “Artigo 1: O subsolo dentro do território da República Soviética Socialista Russa constitui a propriedade do estado operário-camponês e não pode ser objeto de propriedade privada ou cooperativa.” (tradução livre) (“1. Недра земли в пределах Р.С.Ф.С.Р. составляют собственность рабоче-крестьянского государства и не могут быть предметом ни частной, ни кооперативной собственности.”) Disponível em: <http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_3503.htm>. Acesso em: 25.03.2018.
- 30 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 93.
- 31 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 93.
- 32 Совет Народных Комиссаров Союза ССР.
- 33 A LEI DE MINERAÇÃO DA REPÚBLICA SOVIÉTICA SOCIALISTA RUSSA. Disponível em: <http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_3503.htm>. Acesso em: 25.03.2018.
- 34 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. pp. 95-96.
- 35 PERCHIK, Aleksandr Il'ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 100.
- 36 ПАКТО ФЕДЕРАТИВО. (**Федеративный Договор “О разграничении предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти Российской Федерации и органами власти автономной области, автономных округов в**

- составе Российской Федерации” от 31.03.1992). Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_120322/>. Acesso em: 03.04.2018.
- 37 LEI FEDERAL DE SUBSOLO (Федеральный закон “О недрах” от 21.02.1992 N 2395-1 (ред. от 30.09.2017)). Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_343/>. Acesso em: 03.04.2018.
- 38 PERCHIK, Aleksandr Il’ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. pp.100-101.
- 39 LEI FEDERAL SOBRE ACORDOS DE PARTILHA DE PRODUÇÃO. (Федеральный закон “О соглашениях о разделе продукции” от 30.12.1995 N 225-ФЗ). Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8816/>. Acesso em: 04.04.2018.
- 40 LEI FEDERAL SOBRE PLATAFORMA CONTINENTAL (Федеральный закон “О континентальном шельфе Российской Федерации” от 30.11.1995 N 187-ФЗ.). Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8560/>. Acesso em: 04.04.2018.
- 41 LEI FEDERAL SOBRE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NA FEDERAÇÃO RUSSA. (Федеральный закон “Об иностранных инвестициях в Российской Федерации” от 9 июля 1999 года N 160-ФЗ). Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_343/>. Acesso em: 09.04.2018.
- 42 LEI DE SEGURANÇA INDUSTRIAL DE INSTALAÇÕES DE PRODUÇÃO PERIGOSA. (Федеральный закон “О промышленной безопасности опасных производственных объектов” от 21.07.1997 N 116-ФЗ (ред. от 07.03.2017) Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_15234/6e24082b0e98e57a0d005f9c20016b1393e16380/>. Acesso em: 04.04.2018.
- 43 LEI FEDERAL DE TARIFA ALFANDEGÁRIA. (Федеральный закон “О таможенном тарифе” от 21.05.1993 N 5003-1 (ред. от 28.12.2016)). Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1995/>. Acesso em: 04.04.2018.
- 44 [ROMANOVA, Viktoriya Valer’evna](#). Sobre as peculiaridades do regime jurídico do petróleo e derivados. (tradução livre) (Об особенностях правового режима нефти и нефтепродуктов.) *Energeticheskoye Pravo* (Энергетическое право), n. 2, 2014. p. 11.
- 45 [ROMANOVA, Viktoriya Valer’evna](#). Sobre as peculiaridades do regime jurídico do petróleo e derivados. (tradução livre) (Об особенностях правового режима нефти и нефтепродуктов.) *Energeticheskoye Pravo* (Энергетическое право), n. 2, 2014. p. 11.
- 46 PROJETO DE LEI FEDERAL SOBRE AS ESPECIFICIDADES DO VOLUME DE NEGÓCIOS DE PETRÓLEO E DERIVADOS DE PETRÓLEO NA FEDERAÇÃO RUSSA. (Проект Федерального закона “Об особенностях оборота нефти и нефтепродуктов в Российской Федерации”). Disponível em: <<http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PR-I&n=147684#09286499949179585>>. Acesso em: 10.04.2018.
- 47 Дума.
- 48 Совет Федерации.
- 49 PERCHIK, Aleksandr Il’ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 161.
- 50 “Участки недр федерального значения”.
- 51 PERCHIK, Aleksandr Il’ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p.122.
- 52 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: PravoTEK, 2010. pp.168-169.
- 53 PERCHIK, Aleksandr Il’ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 131.
- 54 PERCHIK, Aleksandr Il’ich. Direito de Mineração (Горное право.). Moscou: Filologiya tri, 2002. p. 131.
- 55 RESOLUÇÃO DO GOVERNO DA FEDERAÇÃO RUSSA SOBRE A ENTRADA EM VIGOR DO REGULAMENTO SOBRE O PROCEDIMENTO DE LICENCIAMENTO DO USO DE SUBSOLO. (Постановление ВС РФ “О порядке введения в действие Положения о порядке лицензирования пользования недрами” от 15.07.1992 N 3314-1 (ред. от 05.04.2016)) Disponível em: <www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_852/>. Acesso em: 28.03.2018.
- 56 Аукцион.
- 57 Конкурс.
- 58 PERCHIK, Aleksandr Il’ich. Direito de Mineração. Dicionário. (Горное право. Словарь.). Moscou: Kvadratum, 2000. pp. 36-38.
- 59 PERCHIK, Aleksandr Il’ich. Direito de Mineração. Dicionário. (Горное право. Словарь.). Moscou: Kvadratum, 2000. pp. 146-147.
- 60 AGÊNCIA FEDERAL PARA USO DE SUBSOLO (ROSNEDRA). (tradução livre) (Федеральное агентство по недропользованию (Роснедра)). Disponível em: <www.rosnedra.gov.ru/>. Acesso em: 29.03.2018.
- 61 MINISTÉRIO DOS RECURSOS NATURAIS E ECOLOGIA. (tradução livre) (Министерство природных ресурсов и экологии Российской Федерации.) Disponível em: <www.mnr.gov.ru/about/>. Acesso em: 08.04.2018.
- 62 RESOLUÇÃO DO GOVERNO DA FEDERAÇÃO RUSSA SOBRE A APROVAÇÃO DO REGULAMENTO SOBRE A AGÊNCIA FEDERAL PARA USO DE SUBSOLO. (tradução livre) (Постановление Правительства РФ “Об утверждении Положения о Федеральном агентстве по недропользованию” от 17.06.2004 N 293 (ред. от 07.07.2016)). Disponível em: <www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_48132/>. Acesso em: 11.04.2018.
- 63 Além do Ministério dos Recursos Naturais e de Ecologia e da Agência Federal para Uso de Subsolo, há

outros órgãos e ministérios que regulam assuntos relevantes: Ministério de Energia, Ministério de Desenvolvimento Econômico, órgãos locais dos sujeitos da Federação Russa dentro da sua competência, entre outros.

64 LEI FEDERAL SOBRE OS ACORDOS DE PARTILHA DE PRODUÇÃO. Artigo 1. “Настоящий Федеральный закон, принятый в развитие законодательства Российской Федерации в области недропользования и инвестиционной деятельности, устанавливает правовые основы отношений, возникающих в процессе осуществления российских и иностранных инвестиций в поиски, разведку и добычу минерального сырья на территории Российской Федерации, а также на континентальном шельфе и (или) в пределах исключительной экономической зоны Российской Федерации на условиях соглашений о разделе продукции.”

65 ZERSCHIKOVA, Natalia Ivanovna. Peculiaridades da Aplicação dos Acordos de Partilha de Produção na Rússia. (tradução livre) (**Особенности применения соглашений о разделе продукции в России**). Mudanças econômicas e sociais: fatos, tendências e prognóstico. (Экономические и социальные перемены: факты, тенденции, прогноз), n. 3, 2008. pp.75-84, p.76.

66 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. Direito de Mineração (Gornoe pravo.). Moscou: PravoTEK, 2010. p.356.

67 CÓDIGO TRIBUTÁRIO DA FEDERAÇÃO RUSSA. (**Налоговый кодекс Российской Федерации от 05.08.2000 N 117-ФЗ** (ред. от 07.03.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.04.2018). Глава 26.4. Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28165/>. Acesso em:03.04.2018.

68 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. Direito de Mineração (Gornoe pravo.). Moscou: PravoTEK, 2010. p.357.

69 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. Direito de Mineração (Gornoe pravo.). Moscou: PravoTEK, 2010. pp.381-384.

70 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. Direito de Mineração (Gornoe pravo.). Moscou: PravoTEK, 2010. pp.384-387.

71 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. Direito de Mineração (Gornoe pravo.). Moscou: PravoTEK, 2010. p.363.

72 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. Direito de Mineração (Gornoe pravo.). Moscou: PravoTEK, 2010. pp.373-377.

73 ZERSCHIKOVA, Natalia Ivanovna. Peculiaridades da Aplicação dos Acordos de Partilha de Produção na Rússia. (tradução livre) (**Особенности применения соглашений о разделе продукции в России**). Mudanças econômicas e sociais: fatos, tendências e prognóstico. (Экономические и социальные перемены: факты, тенденции, прогноз), n. 3, 2008. pp.75-84, p.77.

74 **Харьгинское нефтяное месторождение.**

75 **Сахалин-1.**

76 **Сахалин-2.**

77 ZERSCHIKOVA, Natalia Ivanovna. Peculiaridades da Aplicação dos Acordos de Partilha de Produção na Rússia. (tradução livre) (**Особенности применения соглашений о разделе продукции в России**). Mudanças econômicas e sociais: fatos, tendências e prognóstico. (Экономические и социальные перемены: факты, тенденции, прогноз), n. 3, 2008. pp. 75-84, pp. 79-81.

78 PONOMAREV, K.S. Uso do subsolo e clima de investimento na Federação Russa: experiência pós-soviética. (tradução livre) (Недропользование и инвестиционный климат в Российской Федерации: постсоветский опыт.). Palestra proferida na Conferência Internacional no Cazaquistão no dia 28 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.zakon.kz/4862409-nedropolzovanie-i-investicionnyj.html>>. Acesso em: 05.04.2018.

79 PIVANOVA, Anna Vasil'evna. Análise Comparativa do Regulamento Jurídico da Produção de Petróleo e Gás na Plataforma Continental na República Federativa do Brasil e na Federação Russa. (tradução livre) (**Сравнительная характеристика правового регулирования добычи нефти и газа на континентальном шельфе в Федеративной Республике Бразилия и в Российской Федерации**). *Economia Teórica e Aplicada*. (Teоретическая и прикладная экономика), n. 2, 2014. pp. 26-35. Disponível em: <http://e-notabene.ru/etc/article_6246.html>. Acesso em: 04.04.2018.

80 PIVANOVA, Anna Vasil'evna. Análise Comparativa do Regulamento Jurídico da Produção de Petróleo e Gás na Plataforma Continental na República Federativa do Brasil e na Federação Russa. (tradução livre) (**Сравнительная характеристика правового регулирования добычи нефти и газа на континентальном шельфе в Федеративной Республике Бразилия и в Российской Федерации**). *Economia Teórica e Aplicada*. (Teоретическая и прикладная экономика), n. 2, 2014. pp.26-35. Disponível em: <http://e-notabene.ru/etc/article_6246.html>. Acesso em: 04.04.2018.

81 KVITKO, Roman. Aperfeiçoamento das Condições para Atrair Investidores na área de Uso de Subsolo. (tradução livre) (Совершенствование условий привлечения инвесторов в недропользовании.). Disponível em: <<https://zakon.ru/blog/2015/5/15/cover-shenstvovanie-uslovij-privlecheniya-investorov-v-ne-dropolzovani>>. Acesso em: 10.04.2018.

82 KVITKO, Roman. Aperfeiçoamento das Condições para Atrair Investidores na área de Uso de Subsolo. (tradução livre) (Совершенствование условий привлечения инвесторов в недропользовании.). Disponível em: <<https://zakon.ru/blog/2015/5/15/cover-shenstvovanie-uslovij-privlecheniya-investorov-v-ne-dropolzovani>>. Acesso em: 10.04.2018.

83 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. Direito de Mineração (Gornoe pravo.). Moscou: PravoTEK, 2010. pp. 330-331.

84 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. Direito de Mineração (Gornoe pravo.). Moscou: PravoTEK,

- 2010, pp. 331-333.
- 85 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. *Direito de Mineração (Горное право.)*. Moscou: PravoTEK, 2010, pp. 333-334.
- 86 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. *Direito de Mineração (Горное право.)*. Moscou: PravoTEK, 2010, 330-331.
- 87 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. *Direito de Mineração (Горное право.)*. Moscou: PravoTEK, 2010, 330-331.
- 88 **Налог на добычу полезных ископаемых.**
- 89 CÓDIGO TRIBUTÁRIO DA FEDERAÇÃO RUSSA. ([Налоговый кодекс Российской Федерации \(часть вторая\) от 05.08.2000 N 117-ФЗ \(ред. от 07.03.2018\) \(с изм. и доп., вступ. в силу с 01.04.2018\)](#)). Disponível em: <www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28165/e6d44e47786df6c9aabe-b01919ecdb24f6a2e7da/>. Acesso em: 06.04.2018.
- 90 LEI FEDERAL DE TARIFA ALFANDEGÁRIA. (**Федеральный закон “О таможенном тарифе” от 21.05.1993 N 5003-1 (ред. от 28.12.2016)**). Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_1995/>. Acesso em: 04.04.2018.
- 91 IZUMOV, Igor Vladimirovich. et ali. *Direito de Mineração (Горное право.)*. Moscou: PravoTEK, 2010, p.330.
- 92 LEI FEDERAL SOBRE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS NA FEDERAÇÃO RUSSA. (**Федеральный закон “Об иностранных инвестициях в Российской Федерации” от 09.07.1999 N 160-ФЗ.**). Disponível em: <www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_16283/>. Acesso em: 12.04.2018.
- 93 MOROZOVA, Natalya; PATTERSON, Rob. Russia. *The Oil and Gas Law Review*, 5º ed., dez 2017. Disponível em: <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-oil-and-gas-law-review-edition-5/1151509/russia>>. Acesso em: 10.04.2018.
- 94 MOROZOVA, Natalya; PATTERSON, Rob. Russia. *The Oil and Gas Law Review*, 5º ed., dez 2017. Disponível em: <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-oil-and-gas-law-review-edition-5/1151509/russia>>. Acesso em: 10.04.2018.
- 95 MOROZOVA, Natalya; PATTERSON, Rob. Russia. *The Oil and Gas Law Review*, 5º ed., dez 2017. Disponível em: <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-oil-and-gas-law-review-edition-5/1151509/russia>>. Acesso em: 10.04.2018.
- 96 “Участки недр федерального значения”.
- 97 Lista das partes do subsolo de importância federal atualizada no dia 29.03.2018. (**“Перечень участков недр федерального значения” (ред. от 29.03.2018)**). Disponível em: <<http://legalacts.ru/doc/perechen-uchastkov-neдр-federalnogo-znachenija/>>. Acesso em: 05.04.2018.
- 98 RESOLUÇÃO DO GOVERNO DA FEDERAÇÃO RUSSA SOBRE A APROVAÇÃO DO REGULAMENTO DE REEMBOLSO DE DESPESAS PARA A PESQUISA E AVALIAÇÃO DA DESCOBERTA DE MINERAIS, ASSIM COMO DE VALORES PAGOS DE ACORDO COM OS TERMOS DA LICENÇA COMBINADA POR MEIO DE UM PAGAMENTO ÚNICO PARA A UTILIZAÇÃO DO SUBSOLO ÀS PESSOAS AOS QUAIS FOI NEGADO O DIREITO DE USO DE SUBSOLO PARA A EXPLORAÇÃO E MINERAÇÃO NA ÁREA DE IMPORTÂNCIA FEDERAL, CONFORME O ARTIGO 2-1 DA LEI FEDERAL DE SUBSOLO. (tradução livre) (Постановление Правительства Российской Федерации “Об утверждении Положения о возмещении расходов на поиск и оценку открытого месторождения полезных ископаемых и суммы уплаченного в соответствии с условиями совмещенной лицензии разового платежа за пользование участком недр лицам, которым в соответствии с частью пятой статьи 2-1 Закона Российской Федерации “О недрах” отказано в предоставлении права пользования участком недр для разведки и добычи полезных ископаемых на участке недр федерального значения, и о выплате им вознаграждения” от 10 марта 2009 г. N 206 г. Москва.). Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_85723/178e0e9c725e539f6c4cab39d391b-6227821c9a5/#dst100008>. Acesso em: 10.04.2018.
- 99 KVIТKO, Roman. Aperfeiçoamento das Condições para Atrair Investidores na área de Uso de Subsolo. (tradução livre) (**Совершенствование условий привлечения инвесторов в недропользовании.**). Disponível em: <https://zakon.ru/blog/2015/5/15/sovershenstvovanie_usloviy_privlecheniya_investorov_v_nedropolzovanii>. Acesso em: 10.04.2018.
- 100 PIVANOVA, Anna Vasil’evna. Análise Comparativa do Regulamento Jurídico da Produção de Petróleo e Gás na Plataforma Continental na República Federativa do Brasil e na Federação Russa. (tradução livre) (**Сравнительная характеристика правового регулирования добычи нефти и газа на континентальном шельфе в Федеративной Республике Бразилия и в Российской Федерации.**). *Economia Teórica e Aplicada*. (Teоретическая и прикладная экономика), n. 2, 2014, pp. 26-35. em: <http://e-notabene.ru/etc/article_6246.html>. Acesso em: 04.04.2018.
- 101 PIVANOVA, Anna Vasil’evna. Análise Comparativa do Regulamento Jurídico da Produção de Petróleo e Gás na Plataforma Continental na República Federativa do Brasil e na Federação Russa. (tradução livre) (**Сравнительная характеристика правового регулирования добычи нефти и газа на континентальном шельфе в Федеративной Республике Бразилия и в Российской Федерации.**). *Economia Teórica e Aplicada*. (Teоретическая и прикладная экономика), n. 2, 2014, pp. 26-35. Disponível em: <http://e-notabene.ru/etc/article_6246.html>. Acesso em: 04.04.2018.
- 102 *The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. Disponível em: <<http://www.newyorkconvention.org/countries>>. Acesso em:

16.04.2018.

103 LEI DE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL. (Федеральный закон “О международном коммерческом арбитраже” от 7 июля 1993 года N 5338-1.). Disponível em: <www.consultant.ru/law/doc/5338/>. Acesso em: 12.04.2018.

104 INVESTMENT POLICY HUB. Disponível em: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/175#iiaInnerMenu>. Acesso em: 10.04.2018.

105 LEI FEDERAL SOBRE OS ACORDOS INTERNACIONAIS DA FEDERAÇÃO RUSSA. (Федеральный закон “О международных договорах Российской Федерации” от 15.07.1995 N 101-ФЗ.) Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_7258/>. Acesso em: 03.04.2018.

106 RACHKOV, Il'ya Vital'evich. Aplicação de Tratados de Investimentos Bilaterais pelos Tribunais Russos. (tradução livre) (Применение двусторонних инвестиционных договоров российскими судами.). Disponível em: <<http://отрасли-права.рф/article/18461>>. Acesso em: 12.04.2018.

107 RACHKOV, Il'ya Vital'evich. Aplicação de Tratados de Investimentos Bilaterais pelos Tribunais Russos. (tradução livre) (Применение двусторонних инвестиционных договоров российскими судами.). Disponível em: <<http://отрасли-права.рф/article/18461>>. Acesso em: 12.04.2018.

108 MOROZOVA, Natalya; PATTERSON, Rob. Russia. *The Oil and Gas Law Review*, 5º ed., dez 2017. Disponível em: <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-oil-and-gas-law-review-edition-5/1151509/russia>>. Acesso em: 10.04.2018.

109 MOROZOVA, Natalya; PATTERSON, Rob. Russia. *The Oil and Gas Law Review*, 5º ed., dez 2017. Disponível em: <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-oil-and-gas-law-review-edition-5/1151509/russia>>. Acesso em: 10.04.2018.

110 Deve-se ressaltar ainda que as sanções setoriais que foram aplicadas e ainda estão em vigência contra a Federação Russa dificultam sua economia. Tais sanções, como menciona Ekaterina Katkova, começaram a ser introduzidas em etapas a partir de 2014. Entre outras limitações, há a proibição de fornecimento de equipamentos à Rússia para exploração e produção de petróleo na plataforma continental em profundidade maior de 150 metros e para o desenvolvimento de exploração de rochas de xisto. Em 2017, foram introduzidas sanções adicionais que proibem o fornecimento de certos bens e tecnologias, havendo, ainda, a possibilidade de serem impostas restrições aos oleodutos de exportação. Devido às sanções, alguns investidores estrangeiros, se recusaram a manter a participação em alguns projetos *offshore* em andamento, como, por exemplo, a Exxon Mobil que atuava ^{em conjunto com a Rosneft.} Em razão das sanções dos EUA e da EU mais de 10 projetos de petróleo *offshore* foram congelados

*, com isso, segundo especialistas, a produção de petróleo na Rússia pode cair de 5 a 10% até 2025, implicando uma possível perda no orçamento de 150 bilhões de rublos. In: Ekaterina Katkova. Sanções Petrolíferas: a Rússia não tem como Perfurar. (tradução livre) (Санкции на нефть: России нечем бурить.). Disponível em: <<https://www.gazeta.ru/business/2018/03/15/11683075.shtml>>.

<www.gazeta.ru/business/2018/03/15/11683075.shtml>. Acesso em: 12.04.2018.

111 MOROZOVA, Natalya; PATTERSON, Rob. Russia. *The Oil and Gas Law Review*, 5º ed., dez 2017. Disponível em: <<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-oil-and-gas-law-review-edition-5/1151509/russia>>. Acesso em: 10.04.2018.

112 **Росстат.**

113 AGÊNCIA FEDERAL RUSSA DE ESTATÍSTICA, ROSSTAT. Segundo Rosstat, a média de produção diária foi de 10,764 milhões de barris em janeiro de 2017; 9,671 em fevereiro; 10, 655 em março; 10,237 em abril; 10,508 em maio; 10,183 em junho; 10,649 em julho; 10,608 em agosto; 10,174 em setembro; 10,529 em outubro; 10,126 em novembro e 10,582 em dezembro. Disponível em: <http://www.gks.ru/bgd/free/B04_03/IssWWW.exe/Stg/d02/104.htm>; <http://www.gks.ru/bgd/free/B04_03/IssWWW.exe/Stg/d02/174.htm>; <http://www.gks.ru/bgd/free/B04_03/IssWWW.exe/Stg/d03/237.htm>; <http://www.gks.ru/bgd/free/B04_03/IssWWW.exe/Stg/d03/39.htm>. Acesso em 23.03.2018.

114 AGÊNCIA FEDERAL RUSSA DE ESTATÍSTICA ROSSTAT. Disponível em: <http://www.gks.ru/bgd/free/B04_03/IssWWW.exe/Stg/d03/39.htm>. Acesso em 23.03.2018.

115 AGÊNCIA DE INFORMAÇÃO REUTERS. A Produção Diária de Petróleo na Federação Russa atingiu seu Máximo de Trinta Anos em 2017. (tradução livre) (Суточная добыча нефти в РФ выросла до максимума 30 лет в 17г.) Disponível em: <<https://ru.reuters.com/article/businessNews/idRUKBN1ER-153-ORUBS>>. Acesso em: 23.03.2018.

116 ORGANIZAÇÃO DE PAÍSES EXPORTADORES DE PETRÓLEO. *OPEC and non-OPEC Ministerial Meeting*. Disponível em: <http://www.opec.org/opec_web/en/press_room/3944.htm>. Acesso em: 23.03.2018.

117 ORGANIZAÇÃO DE PAÍSES EXPORTADORES DE PETRÓLEO. *2nd OPEC and non-OPEC Ministerial Meeting concludes*. Disponível em: <http://www.opec.org/opec_web/en/press_room/4306.htm>. Acesso em: 23.03.2018.

118 **TASS.**

119 AGÊNCIA DE INFORMAÇÃO RUSSA TASS. Membros da “OPEP+” analisarão em junho a possibilidade de prorrogação de acordo após 2018. (tradução livre) (Участники ОПЕК+ на встрече в июне обсудят возможность продления сделки после 2018 года.) Disponível em: <<http://tass.ru/ekonomika/5090392>>. Acesso em: 03.04.2018.

120 AGÊNCIA DE INFORMAÇÃO RUSSA TASS. Membros da “OPEP+” analisarão em junho a possibilidade de prorrogação de acordo após 2018. (tradução livre) (Участники ОПЕК+ на встрече в июне обсудят возможность продления сделки после 2018 года.) Disponível em: <<http://tass.ru/ekonomika/5090392>>. Acesso em: 03.04.2018.

121 ORGANIZAÇÃO DE PAÍSES EXPORTADORES DE PETRÓLEO. *Declaration of Cooperation*. Disponível em: <http://www.opec.org/opec_web/en/press_room/4696.htm>. Acesso em: 23.03.2018.

122 OS FUNDAMENTOS DA POLÍTICA DO ESTADO DA FEDERAÇÃO RUSSA NO ÁRTICO ATÉ 2020 E ALÉM. (tradução livre) (“Основы государственной политики Российской Федерации в Арктике на период до 2020 года и дальнейшую перспективу” (утв. Президентом РФ 18.09.2008)). Disponível em: <www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_119442/>. Acesso em: 10.04.2018.

123 ESTRATÉGIA DE DESENVOLVIMENTO DA ZONA DO ÁRTICO DA FEDERAÇÃO RUSSA E A GARANTIA DA SEGURANÇA NACIONAL PARA O PERÍODO ATÉ 2020. (tradução livre) (“Стратегия развития Арктической зоны Российской Федерации и обеспечения национальной безопасности на период до 2020 года”). Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_142561/>. Acesso em: 10.04.2018.

124 PROGRAMA ESTATAL SOBRE “O DESENVOLVIMENTO SOCIAL E ECONÔMICO DA ZONA ÁRTICA DA FEDERAÇÃO RUSSA”. (tradução livre) (Государственная программа Российской Федерации “Социально-экономическое развитие Арктической зоны Российской Федерации на период до 2020 года”). Disponível em: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_148920/43c22eb794a5a70b9d5480e14241ff53c3ac141a/>. Acesso em: 10.04.2018.

125 RESOLUÇÃO DO GOVERNO DA FEDERAÇÃO RUSSA SOBRE A APROVAÇÃO DO REGULAMENTO QUE TRATA DA COMISSÃO GOVERNAMENTAL PARA ANALISAR QUESTÕES RELATIVAS AO DESENVOLVIMENTO DO ÁRTICO. (tradução livre) (Постановление Правительства РФ “Об утверждении Положения о Государственной комиссии по вопросам развития Арктики” от 14 марта 2015 г. N 228). Disponível em: <<http://base.garant.ru/70901032/#ixzz5OM4dJn4t>>. Acesso em: 12.04.2018.

126 MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. (Ministerstvo ekonomicheskogo razvitiya Rossiyskoy Federatsii.) Disponível em: <<http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/arctic/comission/index>>. Acesso em: 12.04.2018.

127 PILLASOV, Aleksandr Nikolaevich, ZAMIATINA, Nadezhda Yur'evna. O Direito do Ártico da Rússia: como ele será? (tradução livre) (Арктическое право России: Каким ему быть?). Livro eletrônico. Disponível em: <https://fictionbook.ru/author/a_n_pilyasov/rabochie_tetradi_vyipusk_1_arkticheskoe_/read_online.htm>. Acesso em: 03.04.2018.

128 PILLASOV, Aleksandr Nikolaevich, ZAMIATINA, Nadezhda Yur'evna. O Direito do Ártico da Rússia: como ele será? (tradução livre) (Арктическое право России: Каким ему быть?). Livro eletrônico. Disponível em: <https://fictionbook.ru/author/a_n_pilyasov/rabochie_tetradi_vyipusk_1_arkticheskoe_/read_online.htm>. Acesso em: 03.04.2018.

129 AGÊNCIA DE INFORMAÇÃO RUSSA TASS. A Lei sobre o Desenvolvimento do Ártico pode ser Analisada pelo Governo após as Eleições. (tradução

livre) (Закон о развитии Арктики могут внести в правительство после выборов.). Disponível em: <<http://tass.ru/obschestvo/4931329>>. Acesso em: 12.04.2018.

130 MINISTÉRIO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. (Ministerstvo ekonomicheskogo razvitiya Rossiyskoy Federatsii.) Disponível em: <<http://economy.gov.ru/minec/main>>. Acesso em: 10.04.2018.

131 PROGRAMA DO GOVERNO RUSSO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL PARA OS ANOS 2012-2020. (tradução livre) (Государственная программа Российской Федерации “Охрана окружающей среды” на 2012 - 2020 годы.). Disponível em: <www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_162183/>. Acesso em: 13.04.2018.

132 PROGRAMA GOVERNAMENTAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL PARA OS ANOS 2012-2020. (tradução livre) (Государственная программа Российской Федерации “Охрана окружающей среды” на 2012 - 2020 годы.). Disponível em: <www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_162183/>. Acesso em: 13.04.2018.

133 ESTRATÉGIA ENERGÉTICA DA FEDERAÇÃO RUSSA ATÉ 2030. (tradução livre) (Энергетическая стратегия России на период до 2030 года.). Disponível em: <<https://minenergo.gov.ru/node/1026>>. Acesso em: 10.04.2018.

O SISTEMA DE INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS E A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO – A POSIÇÃO DO BRASIL NO CENÁRIO GLOBAL



Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia
Brazilian Journal of Oil, Gas and Energy Law

Felipe Saraiva Carneiro | felipe.saraivacarneiro@gmail.com

Formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Introdução

É por meio do confronto promovido pela diversidade que se gera o movimento dialético que produz o crescimento, e será nas relações com o outro que se poderá construir o verdadeiro caráter do indivíduo. O ambiente das relações internacionais se apresenta como um verdadeiro estado de natureza dos Estados, onde não há um ente superior, e a dinâmica entre seus agentes será, então, estabelecida pelo conflito que, por sua vez, objetiva atingir o fundamental plano da cooperação e respeito à soberania de cada Estado-nação – levando-se em consideração, de maneira quase paradoxal, a interdependência entre todos.

O Brasil, nessa dinâmica, historicamente luta não apenas pela sua independência – seja ela política em períodos passados, seja econômica em sua história mais recente –, mas pela definição da sua identidade: fundamental para estabelecer o seu posicionamento perante o ambiente internacional. O país percebera um movimento pendular ao longo do século passado no que tange a sua abertura ao exterior, sendo ora influenciado por governos populistas de esquerda, ora promovendo a abertura quase irrestrita ao capital externo, em uma política neoliberalizante. Hoje, apesar de receber vultosas somas de capital provenientes de investidores estrangeiros, e de se apresentar para o mundo como uma das maiores economias mundiais, recusa-se a abraçar um sistema de proteção aos investimentos estrangeiros e de declarar, de fato, a sua participação nessa dinâmica.

Diante de um fluxo cada vez mais intenso de capitais, que rompem as fronteiras nacionais para se estabelecerem sob a soberania de Estados alheios, estabelecendo um cenário onde a cooperação internacional se torna fundamental para o crescimento socioeconômico dos países, este trabalho visa, portanto, a expor o funcionamento desse sistema no que tange o fluxo de investimentos, com a devida ênfase na indústria do petróleo – diante do seu papel central e estratégico, tanto em questões ligadas à segurança nacional, quanto por ser hoje a commodity mais valorizada no mercado, sendo a indústria que movimenta as maiores somas de divisas.

1. O Direito Internacional dos investimentos

1.1 Panorama Histórico e Conceitual

A caracterização do século XIX como um período marcado pelo liberalismo político e econômico não gera divergências, sendo este século palco da segunda revolução industrial, da unificação alemã e da colonização de diversas regiões posteriormente denominadas como “países de terceiro mundo”. Foi uma época que apresentou uma perspectiva de ordem econômica estritamente privada, motivada por ideais liberais que atribuíam ao Estado a competência para a atividade política¹ – que de modo geral se prestava a atender a tais ambições econômicas, formando aí as bases para os grandes conflitos ocorridos na Europa no século seguinte.

A partir de então, no século XX, eventos como a Primeira e a Segunda Guerra Mundiais, e a crise econômica deflagrada em 1929 estimularam uma tendência à intervenção econômica estatal. Os 25 anos posteriores à Segunda Guerra Mundial foram marcados por esta intervenção dos Estados em seus respectivos sistemas econômicos, havendo uma visão generalizada de que os governos deveriam intervir diretamente para lidar com problemas econômicos e sociais, por meio de imposição, subsídios, regulamentação, controle de preços, planejamento e nacionalizações². Essa visão intervencionista ocasionava uma maior preocupação com setores estratégicos da economia, visto que estes eram fundamentais para o posicionamento internacional dos Estados, o que inevitavelmente atribuía à indústria de petróleo e gás uma posição central³.

A segunda metade do século XX foi marcada pelo fenômeno da *estagflação* – característica dos anos 70 –, apresentando um economia com inflação elevada e baixo crescimento econômico, que se tornaria berço para o desenvolvimento dos ideais neoliberais⁴. Tendo como um de seus alicerces a ideia de interdependência entre a economia dos Estados, o neoliberalismo – visando sempre a superar aquele quadro de estagflação – preferia a economia à política, defendendo a mútua dependência dos Estados impulsionada pelas corporações internacionais, e pregando, assim, a quebra de monopólios estatais e privatiza-

ção de empresas, a abertura comercial, e a desregulamentação do mercado de capitais, cabendo a este Estado a formulação de leis e normas que regulem a entrada e a proteção dos investimentos, diante, inclusive, da necessidade de empresas transnacionais de gozarem de considerável segurança jurídica ao colocarem seu capital em outros territórios⁵. A intervenção estatal passou a ser associada a uma má alocação dos recursos, e a liberdade econômica passou a ser valorizada⁶. O FMI e o Banco Mundial passaram a ocupar uma posição de destaque para impor uma nova visão econômica, que gerou privatizações, desregulamentação e uma maior liberdade de fluxo econômico e de investimentos mundiais, enquanto companhias estatais passaram a representar instituições ultrapassadas – era imperativa a redução da intervenção estatal⁷.

No entendimento de João Bosco Leopoldino da Fonseca, a paz e segurança internacional apoiam-se na interdependência e cooperação econômica entre os Estados, estando o desenvolvimento econômico de um estreitamente ligado ao dos demais⁸. Esta ideia relaciona-se ao princípio da cooperação internacional, que hoje permeia as relações internacionais, sendo fundamental para o desenvolvimento sustentável da humanidade⁹. Como afirma Celso A. de Mello, em referência à dinâmica mundial estabelecida no século XX, a “globalização é realizada pelas grandes empresas, que transformaram os Estados em seus reféns (...) é a intervenção de uma nova fase do capitalismo em que as economias dos diferentes Estados se encontram interligadas”¹⁰. Essas grandes empresas consistem nas empresas transnacionais, as maiores beneficiárias da abertura então promovida da liberalização tarifária, por exemplo¹¹.

O Direito Internacional dos Investimentos, nesse contexto, no âmbito do Direito Internacional Econômico, tem as suas normas marcadas pela descentralização regulatória e complexidade normativa¹² – sendo este corpo normativo composto tanto pelas normas internas de um Estado que disponham sobre a entrada e proteção dos investimentos estrangeiros, quanto pelos tratados internacionais e normas costumeiras. Tais normas, sejam elas de direito interno ou internacional, se relacionam diretamente ao fenôme-

no econômico, sendo, portanto, essencialmente mutáveis e maleáveis, com grande importância conferida à negociação entre seus agentes¹³.

Diretamente ligado à expansão dos fluxos de capitais pelo mundo, este ramo do direito irá repousar sobre uma relação triangular estabelecida entre o investidor, o Estado de sua Nacionalidade e o Estado Hospedeiro dos investimentos, em cujo núcleo figura uma operação de investimento. A disciplina tem por escopo, nesse sentido, a prospecção de novos investimentos e o impulso criador da atividade econômica, além de, levando em conta a heterogeneidade dos envolvidos, garantir a coexistência pacífica entre eles, com sanções que buscam garantir a continuidade da mencionada cooperação econômica¹⁴.

Um dos temas de maior relevância do ramo sob análise consiste na proteção conferida a esse investidor estrangeiro diante de atos de soberania realizados pelo Estado – cujo efeito mais temerário seria a expropriação dos investimentos realizados. Cabe, portanto, seguindo a abordagem do panorama histórico formador do atual sistema de proteção estabelecido pelo Direito Internacional dos Investimentos, uma exposição relativa à evolução desse sistema protetivo.

Como em qualquer relação contratual, ou mais amplamente, em qualquer relação de modo geral, a possibilidade do surgimento de conflitos e divergências deve ser considerada no momento de sua formação. Especificamente quanto aos vínculos criados no setor de energia, Timothy Martin afirma que o maior risco não consiste na incerteza quanto ao surgimento ou não de um conflito, mas em como as partes conseguirão lidar com aquele conflito de modo a obter um resultado satisfatório¹⁵. No âmbito das relações entre investidores e Estados, percebemos a clara presença de forças dicotômicas entre as partes envolvidas¹⁶: o Estado visa a atrair o investidor, conferindo a este meios de garantia de proteção aos seus investimentos e eventuais lucros, contudo pretende, o quanto menos, abrir mão de sua soberania. O investidor, por sua vez, interessa-se tão somente pela proteção de seus investimentos e pela segurança jurídica conferida por aquele Estado no qual está atuando, reduzindo ao máximo o risco de expropriação. Nesse sentido, leciona a professora Marilda Rosado de Sá

Ribeiro:

“(...) sempre estiveram presentes as questões de equacionamento entre a segurança do investidor, quanto ao retorno do seu investimento e às alterações unilaterais por parte do Estado hospedeiro, por um lado; e, por outro, a preocupação deste em manter um nível razoável de retorno econômico e bem-estar social para seu povo, incluindo adequados padrões regulatórios de segurança e respeito ao meio ambiente”¹⁷

No início, quando da expansão de investimentos para territórios além do Estado da nacionalidade do investidor, as soluções disponíveis para a resolução destas eventuais controvérsias era limitada. Via de regra, o investidor deveria levar a sua demanda para os tribunais judiciais internos do próprio Estado onde alocara seu capital¹⁸. Esta alternativa, diante do temor da falta de parcialidade desses tribunais, não representava um meio que provia o investidor de toda a segurança jurídica e da garantia de um julgamento justo que ele esperava. Nos dizeres de Thomas Wälde, “*no country, society or culture exists in the world where there is no suspicion of foreigners*”¹⁹. A única maneira, portanto, de tornar aquela eventual disputa internacional seria por meio do acesso à proteção diplomática, devendo o investidor acionar o Estado do qual era originário.

A proteção diplomática consiste no direito de os Estados protegerem a pessoa e os bens de seus nacionais, quando estes estiverem atuando em países estrangeiros e, nessa circunstância, sofrerem atos prejudiciais em violação ao direito interno²⁰. Nos dizeres de Francisco Rezek, a respeito da história da proteção diplomática:

“No domínio da responsabilidade internacional, o estudo da proteção diplomática tem merecido destaque desde quando, em função do interesse das antigas potências coloniais, a análise estatística revelou que nas mais das vezes o Estado reclamante – ou, se assim se pode dizer sem especial incômodo, o Estado vítima do ilícito internacional imputável a outra soberania – não pretendia ver-se ressarcido por dano causado diretamente à sua dignidade ou ao seu patrimônio, mas por alegada afronta ao patrimônio privado de um nacional seu – em geral investidor do hemisfério norte, seduzido pela rentabilidade dos

investimentos do hemisfério sul”²¹

No limite, a via diplomática não se apresenta como um meio eficaz para que sejam resolvidos os conflitos que surgem no decorrer das relações de investimento entre Estados e particulares, e a sua eficiência já se mostrou refém da disparidade entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, sendo um meio utilizado de maneira muitas vezes abusiva por aqueles²². Foi sob este argumento, inclusive, que se desenvolveu, no final do século XIX e início do século XX, a chamada Doutrina Calvo. Esta doutrina, que forneceu as bases para cláusula contratual de mesmo nome, foi elaborada pelo Ministro das Relações Exteriores da Argentina, e dispõe que o Direito Internacional não deve prestigiar teorias que sejam apenas aparentemente justas, mas que tem por efeito encobrir privilégios conferidos a uma minoria de Estados²³. O ministro defendeu, em 1868, que tanto estrangeiros quanto nacionais teriam os tribunais locais do país como única via de recurso contra atos administrativos estatais²⁴.

A mencionada cláusula – a Cláusula Calvo – era comum em contratos de concessão, e seus termos determinavam justamente que as partes renunciavam desde logo, e para todos os efeitos, a proteção diplomática de seus países de origem em caso de litígio relacionado ao contrato²⁵. Afirmam os países desenvolvidos da época que a cláusula não seria válida, visto tratar-se a proteção diplomática de um direito não só do investidor, enquanto lesado, mas do próprio Estado em defender um de seus nacionais²⁶.

Foi na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, que as teorias diplomáticas passaram a ser confrontadas, tomando-se por base, especificamente no âmbito da indústria do petróleo e gás natural, o princípio da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais²⁷. Ao longo do século em questão, a complexidade dos investimentos e o substancial aumento de seu fluxo, principalmente a partir da Nova Ordem Econômica Internacional²⁸, aumentou também a necessidade por um sistema efetivo de ordem e direito global, provendo aos agentes a segurança e confiança necessárias para o bom exercício deste jogo²⁹.

Nesse sentido, uma série de tratados e acordos

multilaterais e bilaterais foram assinados entre Estados tendo por objeto os investimentos estrangeiros, visando a satisfazer a indústria, composta tanto pelos Estados quanto pelos investidores, quanto a proteção e segurança a ser conferida a estes investimentos³⁰. O primeiro Acordo Bilateral de Investimentos (“BIT”) foi assinado em 1959 entre a Alemanha e o Paquistão, consistindo em acordo estruturado para promover e proteger investimentos entre os dois países³¹. Os BITs, assinados entre os Estados em favor do investidor estrangeiro, tem como principais cláusulas a vedação a expropriação direta ou indireta pelo Estado Hospedeiro; o dever de conferir ao investidor tratamento justo e equitativo; a cláusula da nação mais favorecida; o dever de não-discriminação; o tratamento nacional; garantias relativas à remessa dos lucros provenientes do investimento; e restrições contra expropriação³².

Principalmente em decorrência do vertiginoso fluxo de capital direcionados à América Latina, e dos processos de descolonização ocorridos no final do século XX, o número de assinaturas de BITs cresceu significativamente entre a década de 80 e os anos 2000, demonstrando a necessidade que países desenvolvidos sentiam de proteger o capital de seus investidores em território estrangeiro, e o interesse dos países deste continente em fomentarem tais investimentos³³. Hoje, mais de 2500 BITs encontram-se em vigor, e o Brasil não figura como parte efetiva em nenhum deles.

Uma característica importante desses acordos é que a sua substancial maioria prevê que qualquer controvérsia oriunda da atuação daquele investidor no Estado hospedeiro será submetida à arbitragem, principalmente no âmbito do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)³⁴, criado pela convenção de Washington em 1965, no seio do Banco Mundial, sobre a qual iremos nos debruçar mais à frente.

1.2 O Conceito de Investimento

De modo a expor as maneiras por meio das quais os investimentos estrangeiros são protegidos no âmbito do Estado hospedeiro, cabe a análise do que se define por investimento em si. Percebe-se

a relevância desta análise, por exemplo, quando nos deparamos com a cláusula 25(2) da Convenção de Washington, que aceita a jurisdição do tribunal ICSID quando o litígio a ela submetido disser respeito a um investimento estrangeiro³⁵ - sem, entretanto, defini-lo.

Esta definição não é uníssona na doutrina internacional, sendo um conceito dinâmico que depende da influência dos interesses envolvidos no tema, como os do investidor e dos Estados de nacionalidade e hospedeiro³⁶. Em sentença proferida pelo tribunal ICSID em 2004, no emblemático caso *Salini v. Marrocos*³⁷, foi abordada esta questão. O tribunal, nessa ocasião, entendeu que o investimento estrangeiro estava caracterizado, por apresentar os seguintes aspectos: um contrato, a presença de um risco ao qual o estrangeiro se submetera, uma certa duração, e a contribuição ao desenvolvimento do Estado hospedeiro. Esta definição assemelha-se à definição construída pela ciência econômica, que o define como a aplicação de recursos em atividade econômica e o desenvolvimento desta atividade por um nacional de um Estado que não o receptor daqueles recursos, consistindo esta uma atividade de risco, que perdure por um período de médio a longo prazo³⁸. As regras definidas pelo caso *Salini v. Marrocos*, contudo, não tem mais a unanimidade dos tribunais internacionais, utilizando apenas alguns dos critérios definidos pelo caso, como o aporte financeiro, o período significativo de tempo e o risco³⁹.

Mas não apenas os tribunais internacionais cuidam de definir o conceito que ora se persegue. Além de o direito interno de cada Estado muitas vezes cuidar da definição de investimentos estrangeiros, os já mencionados BITs também delimitam, dentre as suas disposições, que espécies de atividade aquele acordo visa a proteger no interior dos respectivos Estados. A título exemplificativo, o BIT assinado entre os Estados Unidos e Argentina define:

“1. For the purposes of this Treaty, a) “investment” means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation: (i) tangible and

intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges; (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof; (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value and directly related to an investment; (iv) intellectual property which includes, inter alia, rights relating to: literary and artistic works, including sound recordings, inventions in all fields of human endeavor, industrial designs, semiconductor mask works, trade secrets, know-how, and confidential business information, and trademarks, service marks, and trade names; and (v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law...” [Art 1, do Tratado Bilateral entre os Estados Unidos da América e a República Argentina sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, de 1991.]

Tradicionalmente, os BITs contém uma definição ampla de investimentos, que abrange praticamente todo capital estrangeiro que ingressa no Estado hospedeiro. Esta denomina-se “asset-based”, cuja cláusula utilizada para tal definição costuma conter as expressões “*every kind of asset*” ou “*any kind of asset*”, e está presente na maioria dos BITs assinados nos últimos dez anos⁴⁰.

Uma outra estratégia de definição de investimentos utilizada pelos BITs, em desuso nos últimos anos, consiste no uso do elemento tautológico⁴¹. Tal cláusula está presente em diversos BITs assinados pelos EUA na década de 90, como o celebrado com o pequeno Estado de Barém, em 1999, onde se lê que “*Investment of a national or company means every kind of investment owned or controlled directly or indirectly by the national or company, and includes, but it is not limited to, [...]*”⁴².

Contudo, com a evolução destes tratados, tal definição tendeu a se tornar mais restrita, visto que as partes nem sempre ambicionavam o mesmo tipo de proteção para todos os tipos de investimentos, diante das diversas implicações econômicas decorrentes destes, uma vez que recebidos pela economia nacional⁴³. Dessa maneira, percebe-se, por exemplo, que o modelo de BIT do Canadá de 2004, utiliza-se da definição de investimento por “*closed-list*”, que não prevê um conceito geral, mas uma lista finita de ativos

tangíveis e intangíveis a serem abarcados pelo acordo⁴⁴.

No âmbito do escopo deste estudo, uma questão fundamental a ser abordada consiste na classificação dos contratos assinados com o Estado como sendo ou não abrangidos na definição de investimento. Em relação à indústria de petróleo e gás, para otimizar a exploração desses recursos em seu território nacional, Estados atraem investidores para realizar as atividades exploratórias, estabelecendo entre eles uma relação comercial – formalizada por um contrato de exploração, como os de concessão ou partilha de produção.

No núcleo das definições geralmente conferidas aos investimentos pelos BITs, os direitos contratuais de qualquer natureza serão abarcados pelo conceito de investimento – sendo, portanto, passíveis de proteção, como a possibilidade de acesso à via arbitral em caso de litígio⁴⁵. Isso não significa, contudo, que qualquer violação do contrato assinado com o Estado poderá ser considerada como uma violação do tratado de investimentos. Apesar de não ser pacificamente estabelecido nos tribunais a distinção que deverá ser feita entre demandas decorrentes de quebra no contrato e as decorrentes de violação do tratado de investimentos, tal diferenciação implica diretamente a escolha da lei aplicável a cada um dos mencionados instrumentos⁴⁶ – sendo este o núcleo das discussões acerca da teoria de internacionalização dos contratos⁴⁷. Nesse sentido, fazemos alusão importante às chamadas “*umbrella clauses*”. Por meio destas cláusulas, que poderão ser inseridas em tratados de proteção a investimentos, um Estado – no papel de soberano – assume a responsabilidade de estender às relações contratuais estabelecidas com este as proteções conferidas aos investidores estrangeiros, elevando qualquer violação contratual ao nível de violação de uma obrigação internacional⁴⁸. Cláusula deste gênero encontra-se, por exemplo, no artigo 10 do Energy Charter Treaty: “Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or Investment of an Investor of any other Contracting Party”⁴⁹.

Demandas decorrentes da relação comercial (relativas ao contrato) ou de investimento são, na

prática, muito similares. Entretanto, o interesse do estrangeiro pela aplicação de normas de proteção ao investimento, independente de outras normas que possam ser levadas em consideração, deverá pautar-se na alegação de violação de algum instrumento internacional de proteção a investimentos (BIT, Convenção de Washington, *Energy Charter Treaty*)⁵¹.

1.3 As Principais Cláusulas de Proteção ao Investidor Estrangeiro

Por meio de poderes regulatórios e tributários, dentre outros poderes soberanos, o Estado hospedeiro dispõe de certo controle sobre os frutos e sobre a dinâmica dos investimentos realizados pelos agentes privados, ficando o investidor refém de tais poderes⁵². O papel do Direito Internacional de Investimentos, dessa forma, consiste em mitigar tal exposição a qual se submetem esses agentes. Será, portanto, uma das questões fundamentais para este Direito a definição de até que ponto um país hospedeiro pode introduzir uma mudança inesperada quanto à expectativa legítima dos investidores, causando prejuízos a estes⁵³.

Acordos Internacionais de Investimento (“AII”), como os mencionados BITS, contêm obrigações específicas a respeito do tratamento a ser conferido ao investimento, uma vez que este é estabelecido⁵⁴. Tais obrigações podem ser classificadas em padrões gerais de tratamento, que se dividem em “padrões absolutos” – sendo exemplo desse a obrigação de conferir ao investidor tratamento justo e equitativo – e “padrões relativos” – como a cláusula da nação mais favorecida e a cláusula de tratamento nacional⁵⁵.

Além dessas obrigações mencionadas, deve ser dada a devida relevância à possibilidade de o investidor remeter eventuais litígios a tribunais arbitrais internacionais⁵⁶, e à imposição de limitações ao poder expropriatório do Estado⁵⁷, que por escolha estrutural deste trabalho, serão tratadas em capítulos apartados. O princípio central desta proteção consiste no princípio da não-discriminação, e permeia cláusulas que se encontram na maioria dos BITS assinados mundialmente⁵⁸.

1.3.1 Tratamento Justo e Equitativo

Esta cláusula estabelece um padrão básico de tratamento, como internacionalmente compreendido, por meio do qual se pode analisar os atos realizados por este Estado no que tange as suas influências em relação ao investidor⁵⁹. Apesar de ser uma cláusula frequente em Acordos Internacionais de Investimento, ela não é dotada de uma definição bem estabelecida, deixando a tarefa a cargo de tribunais e doutrinadores⁶⁰.

Trata-se de uma determinação relativa à maneira de tratar o investidor internacional por meio de referencia a um tratamento relativamente determinado, em alusão a um padrão de tratamento. Apesar de presente tal cláusula na grande maioria dos BITS assinados mundialmente, estes não conferem uma definição clara à expressão. Exemplifica-se pela transcrição da respectiva cláusula do Artigo 3 do BIT assinado em 1999 entre China e Catar: “*Investments and activities associated with investments of investors of either Contracting Party shall be accorded **fair and equitable treatment** and shall **enjoy protection** in the territory of the other Contracting Party*” (grifos nossos).

O tratamento justo e equitativo pode ser entendido como aplicável não apenas em casos flagrantes de abuso do poder soberano do Estado perante o investidor, mas em atos que não preenchem requisitos como transparência, respeito às expectativas legítimas do investidor – inclusive no que tange as condições apresentadas no momento do investimento –, clareza nas decisões, respeito ao devido processo legal e ao princípio boafé⁶¹. Nesse sentido, cabe reproduzir trecho da decisão proferida pelo tribunal IC-SID no caso Tecmed v. México, que estabelece tais requisitos:

*“this provision of the Agreement, in **light of the good faith principle** established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that **does not affect the basic expectations** that were taken into account by the foreign investor to make the investment (...) **free from ambiguity** and totally **transparently** in its relations (...) The foreign investor also expects the host State to act **consistently** (...) The investor also expects the State to use the **legal instruments** that govern the actions of the investor or the investment **in conformity with the***

*function usually assigned to such instruments*⁶²(grifos nossos)

Em outra importante decisão, proferida no caso MTD Equity Sdn. Bhd. e MTD Chile S.A. v. República do Chile, em 2004, o tribunal entendeu a aplicação da cláusula da seguinte maneira:

*“Fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an **even-handed and just manner**, conducive to **fostering the promotion of foreign investment**. [The BIT’s] terms are framed as a pro-active statement – “to promote”, “to create”, “to stimulate” – rather than prescriptions for a passive behaviour of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors*⁶³(grifos nossos)

Na visão do tribunal neste caso, entende-se que o tratamento justo e equitativo será violado em casos onde o Estado altere substancialmente o corpo legal ou regulatório sob o qual fora feito o investimento em questão⁶⁴.

Diante da inexatidão com que os AII's descrevem a referida cláusula, cabe aos tribunais e à doutrina definí-la com maior clareza. Em casos recentes, a alegação feita por investidores quanto à violação do tratamento justo e equitativo ganha cada vez mais espaço nos tribunais, que muitas vezes negam argumentos quanto à ocorrência de expropriação indireta – tema que será tratado em item separado –, mas percebem a violação do tratamento justo e equitativo⁶⁵.

1.3.2 A Cláusula da Nação Mais Favorecida

No século XIX e XX, esta cláusula era frequentemente inserida em tratados comerciais, principalmente nos de Amizade, Comércio e Navegação. Ainda, tornou-se uma das obrigações centrais da política comercial da Carta de Havana, por meio da qual seus membros deveriam se comprometer a evitar a discriminação entre investidores estrangeiros⁶⁶.

De maneira diversa da cláusula relativa ao tratamento justo e equitativo, que se utiliza da referência a um padrão de tratamento determinado de maneira abstrata, esta espécie de cláusula se utiliza da estratégia de aludir ao tratamento conferido a um terceiro, obedecendo a uma espécie

de indexação, variando de acordo com o terceiro a que será referido. O BIT irá então estabelecer uma comparação entre terceiros e o investidor, determinando que este, enquanto investidor nacional de um Estado-parte do BIT, não receberá tratamento menos favorável, em relação a determinada matéria, do que aqueles nacionais de outros Estados. Pelo princípio do eisdem generis, deverá ser levado em consideração o fato de o investidor e aquele com quem este se comparar pertencerem à mesma categoria de investimentos⁶⁷.

Esta cláusula representa um padrão de tratamento que alguns consideram como sendo conexo ao princípio da igualdade entre as nações, contudo, a maior parte da doutrina entende que esta só será exigida caso seja criada por uma cláusula do tratado⁶⁸. Ela não terá, obviamente, natureza costumeira, visto que se refere aos acordos estabelecidos por cada estado, especificamente, em relação a outros particulares.

Há a possibilidade de se inserir exceções a este tratamento no próprio acordo que o estabelecer, eximindo o Estado de estender ao beneficiário da cláusula aqui tratada benefícios como os relativos a subsídios, benefícios fiscais, especificidades de áreas de integração econômica, dentre outros⁶⁹.

1.3.3 Tratamento Nacional

Como irá se perceber, esta determinação apresenta grande semelhança com a Cláusula da Nação Mais Favorecida, no sentido que, da mesma forma, faz alusão a um padrão relativo de tratamento, e não a um conceito abstrato como o de tratamento justo e equitativo. Não há, portanto, uma definição específica desta forma de tratamento. Estabelece-se que investidores estrangeiros receberão tratamento não menos favorável do que o conferido pelo Estado hospedeiro aos seus nacionais⁷⁰.

Para que seja aplicável, deve-se aferir se aquele investidor estrangeiro e o nacional do Estado hospedeiro encontram-se em circunstâncias similares, e ainda, se o tratamento conferido ao primeiro é, de fato, menos favorável que aquele conferido ao segundo⁷¹. Entretanto, Rudolf Dolzer afirma que estas questões não são tão simples, visto que deve-se levar em consideração

algumas questões – que permanecem sem resposta da jurisprudência internacional recente –, como quais seriam as políticas do Estado hospedeiro que poderiam justificar uma diferenciação, se seria necessário neste caso diferenciar uma discriminação *de jure* e *de facto*, ou em que medida deveria ser aferida a intenção discriminatória do Estado⁷².

A cláusula, contudo, de maneira geral, não será absoluta. Há a possibilidade de um Estado estabelecer exceções à imperatividade do tratamento nacional ao investidor, da mesma maneira que a cláusula descrita no item anterior. Esta possibilidade, por exemplo, está prevista no Artigo II (1) do BIT assinado entre os Estados Unidos e a Argentina, que permite que os países indiquem os setores da economia a serem isentos da obrigação aqui descrita, porém comprometendo-se a limitar ao mínimo estas exceções⁷³, que poderão dizer respeito a questões ligadas a saúde, ordem pública, e segurança nacional, por exemplo.

1.4 Resolução de Controvérsias no Direito Internacional de Investimentos – O Sistema ICSID

Em 1965 foi assinada em Washington aquela que é considerada a Convenção mais importante no que tange o tema dos direitos internacionais de investimentos, por meio da qual foi criado o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) – descrito por Rudolf Dolzer como o “*boldest innovative step in the modern history of international cooperation concerning the role and protection of foreign investment*”⁷⁴. O ICSID, destinado à administração das arbitragens internacionais relativas a investimentos estrangeiros e constituído no âmbito do Banco Mundial, tem por intuito fomentar o fluxo mundial de investimentos, conciliando os interesses contraditórios existentes entre Estados hospedeiros e investidores⁷⁵. Segundo Mauro Rubino-Sammartano, a intenção é evitar litígios e alcançar a cooperação entre sistemas caracterizados por diferentes fatores sócio-econômicos, permitindo-os atingir seus objetivos estabelecidos nas relações contratuais⁷⁶.

Salienta a professora Marilda Rosado que a arbitragem internacional de investimentos se destaca como mecanismo tradicionalmente incluído

nos acordos de investimentos, e que a “maioria dos acordos internacionais consagra não só o direito do Estado de nacionalidade do investidor de recorrer a uma arbitragem internacional para resolver uma controvérsia decorrente do descumprimento do tratado pelo Estado hospedeiro, como também contempla a faculdade do próprio investidor estrangeiro realizar uma reclamação contra o Estado hospedeiro”⁷⁷.

Este procedimento irá permitir que o investidor tenha acesso direto ao *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) para resolver seus litígios perante o Estado hospedeiro, podendo, inclusive, demandar acerca da “adequação de medidas regulatórias adotadas por autoridades nacionais em relação aos padrões globalmente estabelecidos de tratamento dos investidores estrangeiros”⁷⁸, o que nos remete a questões concernentes ao tratamento justo e equitativo⁷⁹ e à vedação à expropriação, a ser tratada à frente.

O acesso poderá ser autorizado por conta da inserção de cláusula compromissória no contrato assinado com o Estado que remeta a disputa ao ICSID, ou por disposição de AIIs nesse sentido – como BITs ou *Energy Charter Treaty* –⁸⁰, apresentando este acesso diversas vantagens como a capacidade de se demandar diretamente contra o Estado hospedeiro, o direito a um foro neutro, a confidencialidade da disputa – o que previne a interferência de questões políticas –, uma maior informalidade no processo em comparação às vias judiciais – possibilitando renegociações do contrato –, e evita-se que seja aplicada exclusivamente a lei nacional do Estado-hospedeiro, internacionalizando-se a disputa⁸¹.

A aplicação do chamado princípio *kompetenz-kompetenz* estabelece que os tribunais arbitrais têm autoridade para, de maneira independente, delimitar a sua própria jurisdição⁸². Nesse sentido, o artigo 25 da Convenção de Washington se encarrega desta tarefa, prevendo três principais requisitos para a competência do tribunal arbitral a ser constituído sob as regras do ICSID, (i) a aferição do consentimento dessas partes; (ii) o caráter das partes; e (iii) a natureza da disputa⁸³.

1.4.1 Consentimento das Partes

O procedimento arbitral, de modo geral, de-

pende do consentimento das partes, sendo o poder de decidir do árbitro diretamente derivado da autonomia de vontade das partes⁸⁴. No caso das arbitragens em procedimentos ICSID, as partes serão sempre um investidor privado e um Estado (chamada arbitragem mista)⁸⁵, devendo ambos expressarem o seu consentimento. Não basta, portanto, que os Estados envolvidos sejam parte da Convenção, devendo haver, via de regra, o consentimento expresso por escrito relativo ao litígio específico, como previsto no artigo 25 da Convenção.

A Convenção de Washington, ao se referir à necessidade de consentimento para a aceitação da jurisdição do Tribunal, refere-se ao consentimento mútuo das partes como sendo um requisito indispensável. Ao longo dos anos, contudo, os tribunais arbitrais ICSID vêm ampliando o seu entendimento quanto a esse aspecto, entendendo que a assinatura pelo Estado de acordos como os BITs, ou de outros tratados que prevejam a possibilidade do acesso ao procedimento ICSID, consiste em oferta unilateral de arbitragem, sendo esta equivalente ao necessário consentimento da parte deste⁸⁶.

Em procedimentos no âmbito do ICSID, ambos o Estado e o investidor poderão ser os autores da demanda, contudo, na substancial maioria dos casos, será o investidor aquele que irá acionar o Tribunal. Sendo o consentimento do Estado suprido pela sua oferta unilateral de arbitragem, representada pela assinatura de BIT ou equivalente, o consentimento do investidor considerer-se-á como proferido uma vez que este submeta a sua demanda perante o tribunal⁸⁷. A maioria dos casos de arbitragem de investimento nos últimos anos se instaura com base na oferta do Estado contida em BIT, e na aceitação de tal oferta pelo investidor, seja por meio de documento escrito, seja pela demanda de instauração da arbitragem⁸⁸. Ainda nesse sentido, segundo Thomas Wälde:

*“Since the 1980s, investment treaties (bilateral and multilateral) provide increasingly for a direct ‘consent’ by the host state to arbitration by the investor. The host state ‘consent’ is contained in the treaty and the investor perfects the ‘arbitration agreement’ with the notification of its request for arbitration to the host state”*⁸⁹

A exigência de consentimento mesmo após a assinatura da Convenção representa um requisito que serve a resguardar a soberania estatal, visto que, para que o Estado seja submetido ao procedimento arbitral no âmbito do ICSID, este deverá consentir não apenas no momento em que aceita fazer parte da Convenção de Washington, mas também posteriormente por meio de declarações por escrito, pela assinatura de tratados que supram tal manifestação⁹⁰, ou ainda, como também se entende ser possível, quanto o investidor aceita alocar seus investimentos de acordo com a legislação interna de proteção a investimentos de determinado Estado, e esta prevê a remessa de eventuais litígios ao tribunal ICSID⁹¹.

1.4.2 Qualidade das Partes

O sistema ICSID tem por escopo a solução de controvérsias por meio da administração de arbitragens de caráter misto, ou seja, entre um Estado e um particular – afastando da sua jurisdição, portanto, arbitragens entre dois Estados, e entre particulares⁹². Ainda, o acesso ao ICSID não é concedido a qualquer pessoa física ou jurídica, visto se tratar de um centro que visa à resolução de conflitos entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor dos investimentos. Sendo assim, para ser parte de um procedimento arbitral no âmbito do ICSID, este deverá envolver um Estado-membro da Convenção – ou pessoa jurídica pública deste Estado que tenha sido previamente autorizada pelo Estado para fazer parte da arbitragem⁹³ – e um investidor que seja nacional de um Estado-membro diverso do primeiro⁹⁴. A nacionalidade desse investidor, para pessoas físicas, será definida de acordo com o Estado com o qual esta tiver laços reais e efetivos, e para pessoas jurídicas pelo Estado onde tiver sido constituída ou onde mantiver a sua sede social⁹⁵. Ressalta-se que, no caso de investidores pessoa física que detenham dupla-nacionalidade, estes não poderão invocar a Convenção contra nenhum dos Estados dos quais for nacional⁹⁶.

Quanto às pessoas jurídicas, é comum que, para a exploração do investimento, o investidor constitua uma sociedade no âmbito do Estado onde este estiver alocando seus investimentos, o que pela norma mencionada a tornaria nacional da-

quele país onde fora constituída, não sendo, então, caracterizada como investidor estrangeiro. Dessa maneira, de acordo com as regras de direito internacional público, uma eventual contenda entre esta e o Estado onde se constituíra não seria abarcada pela jurisdição do ICSID. De modo a solucionar este aparente contrassenso, visto que tal estrutura afastaria grande parte das demandas da proteção conferida pelo sistema em questão – estas evidentemente concernentes a investidores estrangeiros –, a própria Convenção afasta essa possibilidade⁹⁷. Por meio do conceito de realidade econômica do investimento, entendendo a influência exercida pela participação societária estrangeira nessa sociedade, sociedades constituídas por capital estrangeiro para poderem operar e território nacional serão consideradas como sendo estrangeiras, afastando o critério da constituição e abraçando o critério do controle para a definição da sua nacionalidade⁹⁸.

Sendo assim, sendo uma pessoa jurídica constituída no âmbito de um Estado-membro, porém controlada por nacionais de um outro Estado-membro será, ainda sim, considerada como estrangeira aos olhos do ICSID – sendo tal questão inclusive assim decidida no caso *Tokios Tokelés v. Ucrânia*⁹⁹.

Voltando-se para a questão brasileira, não sendo o Brasil membro da Convenção de Washington de 1965 – como será explorado mais adiante neste trabalho –, cabe aqui mencionar o mecanismo complementar do ICSID, autorizado pelo Conselho de Administração em 27 de setembro de 1978. Por meio deste mecanismo, controvérsias que a princípio não seriam contempladas pelo ICSID, de acordo com a Convenção, poderiam ainda assim ser remetidas ao sistema. Caso não gire a controvérsia em torno de investimentos, ou dizendo estas respeito a questões de fato ou de interesse econômico das partes – ou seja, não sendo questões legais, como exigido pelas regras da Convenção –; ou ainda, estabelecendo-se uma disputa entre nacional de um Estado que não seja membro na Convenção e um Estado-membro, ou entre um nacional de Estado-membro contra um Estado não-membro; estas seriam inicialmente afastadas da jurisdição ICSID, mas por meio do mecanismo

complementar, poderão então ser recebidas pela sua jurisdição.

1.4.3 Natureza da Disputa

O tribunal ICSID tem por objetivo resolver disputas que digam respeito a investimentos internacionais. Uma vez que já definimos, previamente neste trabalho, o conceito de investimentos, cabe aqui salientar a exigência que a Convenção ora analisada estabelece neste sentido, para que a disputa seja aceita pelo ICSID.

As controvérsias encaminhadas deverão girar em torno de questões legais ligadas ao investimento que o estrangeiro realizou no Estado hospedeiro. Como já exposto, a Convenção não estabelece o seu entendimento sobre o conceito de investimento¹⁰⁰, ficando este sujeito à interpretação do tribunal ou à definição conferida pelo eventual contrato ou tratado objeto da disputa¹⁰¹.

São excluídos simples conflitos de interesse entre as partes, como a vontade de renegociar o acordo ou disputas factuais, devendo o conflito envolver a existência de direitos e obrigações, ou medidas de reparação de uma violação já ocorrida¹⁰². Não serão cabíveis deandas relativas às decisões políticas ou econômicas realizadas pelo Estado, sob o risco de um investidor tentar, por meio do mecanismo internacional, interferir em decisões políticas do Estado hospedeiro do investimento. Nesse sentido, em decisões que lidaram com a apreciação da jurisdição do tribunal quanto à natureza da matéria a ele submetida, envolvendo questões vinculadas a medidas estatais, cabe mencionar os casos ocorridos no contexto da crise econômica Argentina no início dos anos 2000¹⁰³. Diante da crise, o governo desencadeou medidas econômicas visando à superação daquele cenário – que teriam tido efeitos de expropriação de investimentos dos investidores estrangeiros. O governo argentino alegou – ainda que sem sucesso, na maioria dos casos – que os efeitos das medidas não seriam passíveis de um procedimento arbitral perante o ICSID, pois nesses casos tratar-se-ia de proferir decisões visando à interferência nas medidas político-econômicas internas executadas pelo Estado, e não relativas a questões legais acerca da expropriação dos investimentos em si.

1.4.4 Lei Aplicável ao procedimento

Com relação ao corpo legal que irá reger o procedimento de que se trata neste capítulo, devemos de início salientar que as regras processuais do procedimento arbitral instaurado perante o ICSID serão aquelas do Capítulo IV da Convenção de Washington, o Regulamento de Iniciação dos Procedimentos de Conciliação e Arbitragem e o Regulamento de Arbitragem do ICSID¹⁰⁴. Dito isso, passamos aos aspectos materiais da controvérsia, e como estes serão regidos.

Quanto ao corpo legal aplicável ao mérito, por sua vez, a Convenção de Washington imprime disposições a esse respeito em seu artigo 42. Refere-se a “*rules of law*”, e não a “*statutory provisions*”, podendo-se inferir, segundo Mauro Rubino-Sammartano, que não necessariamente será aplicado um sistema jurídico específico de um Estado, mas poderá o tribunal se pautar em regras jurídicas que não necessariamente se encontrem no âmbito de um sistema legal¹⁰⁵, como a *lex mercatoria* ou, especificamente em relação ao tema deste trabalho, a *lex petrolea*.

A *lex petrolea* representa um regime jurídico específico, que evoluiu a partir de decisões arbitrais proferidas em disputas deflagradas no interior das relações comerciais e de investimentos da indústria de energia, assim como da legislação interna de diferentes Estados produtores, práticas de negócios e modelos de contratos. Este conceito teria surgido a partir do caso *Kuwait v. Aminoil*, além do emblemático artigo escrito por Doak Bishop, este centrado no tema da internacionalização dos contratos do Estado hospedeiro¹⁰⁶.

Na indústria mundial do petróleo, há uma quantidade enorme de contratos diariamente assinados, negociados e executados – como contratos de concessão e/ou partilha com o Estado hospedeiro, acordos de confidencialidade, acordos de *Farm-in/Farm-out*, Joint Bidding Agreements, Joint Operating Agreements, dentre outros. Percebida a similaridade das questões tratadas nestes documentos, algumas entidades da indústria trataram de padronizar alguns desses documentos por meio de modelos, como o fez a AIPN (*Association of International Petroleum Negotiators*) com contratos particulares – uma vez que contratos assinados com o Estado, como os de concessão, por exemplo, são espe-

cíficos de cada país, que os elabora de acordo com sua própria política energética, interesses e intuito de atração do investimento externo.

Nessa perspectiva, a *lex petrolea* reflete o direito costumeiro da indústria do petróleo¹⁰⁷, e representa uma escolha legal possível para reger os conflitos instaurados perante o ICSID, quando envolverem estes agentes da indústria de energia e seus investimentos estrangeiros.

Essa escolha caberá às partes, mediante acordo, como se depreende do Artigo 42(1) da Convenção. Na ausência de tal acordo, o tribunal arbitral irá aplicar a lei do Estado-membro que for parte do processo – inclusive no que tange as suas regras de conexão em caso de conflito de leis –, além das regras de direito internacional, quando cabíveis¹⁰⁸. Segundo Adriana Pucci, esse artigo resolveu uma histórica disputa entre investidores e Estados hospedeiros relativa à lei aplicável pelos tribunais – visto que os Estados defendiam a aplicação de suas leis nacionais, e os investidores visavam à aplicação do direito internacional¹⁰⁹. Há autores que afirmam que o ICSID, em sua atuação, preza pela aplicação do direito internacional, preterindo o direito interno do Estado em questão, apesar de o texto convencional ser claro neste sentido¹¹⁰.

Quando a controvérsia disser respeito a contrato assinado com o Estado, independente de serem considerados como contratos internacionais, entende-se que a lei interna do Estado com o qual fora assinado será a aplicável, inclusive no que tange o entendimento da Corte Permanente de Justiça de Haia, sendo inaceitável que se aplique outra legislação que não esta¹¹¹.

1.4.5 Execução

O sistema do ICSID estabelece uma obrigação internacional às partes, no sentido de que a sentença arbitral será obrigatória para ambas as partes¹¹², e que cada Estado reconhece a sentença como obrigatória, e garante a sua execução¹¹³. Há, de maneira semelhante ao previsto no código de processo civil brasileiro – que reconhece a sentença arbitral como título executivo judicial¹¹⁴ –, uma assimilação do laudo arbitral à sentença proferida por tribunais internos. A Convenção, contudo, determina que certos requisitos sejam preenchidos pelo laudo,

para que este seja validamente executável¹¹⁵. Deverá ser devidamente fundamentado, cuidar de todas as questões que foram previamente levantadas perante o tribunal, e deve ser aprovado pela maioria dos árbitros. De qualquer maneira, para a execução do laudo, basta que a parte apresente cópia da decisão perante um tribunal competente, não havendo qualquer espécie de controle da decisão arbitral pelos tribunais internos do Estado-membro¹¹⁶, o que torna o sistema ICSID ainda mais progressista que aquele estabelecido pela Convenção de Nova Iorque de 1958, no sentido de reconhecimento e execução da sentença arbitral.

Nesse sentido, o Estado deverá cumprir espontaneamente a obrigação que lhe for imposta, não havendo um mecanismo necessário para a homologação ou recepção, pelo direito interno, de eventual decisão, como o *exequatur*, por exemplo. Tal obrigação tem relação direta com a renúncia feita pelos Estados à proteção diplomática de seus nacionais, no artigo 27(1) da Convenção.

Em contrapartida às facilidades estabelecidas pela Convenção em relação à execução da sentença, esta não será completamente alheia à possibilidade de o Estado se proteger. Este não poderá alegar a chamada imunidade de jurisdição, visto que desta abrija mão no momento da assinatura do documento aqui tratado¹¹⁷. Entretanto, há a possibilidade de se opor a imunidade de execução, como prevista pelo Artigo 55, que irá respeitar o direito interno do Estado onde se entender por executar o laudo. Não há a possibilidade de recurso da decisão arbitral proferida. Entretanto, as partes poderão buscar pela sua revisão – quando há a descoberta de novos fatos relevantes –, ou pela sua anulação, de acordo com os critérios estabelecidos pela Convenção¹¹⁸. Em caso de discordância quanto à interpretação ou à aplicação da própria Convenção de Washington, não sendo os Estados envolvidos capazes de resolvê-la por meio de negociação, a questão deverá ser levada para a Corte Internacional de Justiça, como é expressamente disposto em seu artigo 64¹¹⁹.

2. A Indústria do Petróleo e o Sistema de Investimentos Internacionais

A indústria de energia é a maior do mundo em volume de operações e de capital, e seu ritmo de crescimento continua acelerado¹²⁰. Na medida que aumenta de maneira significativa a demanda mundial por energia, esta diretamente relacionada com o crescimento exponencial dos países formadores do BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), aumenta também a sua importância estratégica, enquanto essas fontes energéticas se tornam escassas¹²¹.

Diante de crises históricas da indústria de petróleo, como as de 1973 e 1979, além da ocorrência de guerras no século XX com o claro intuito de domínio de recursos energéticos, reconhece-se a peculiaridade do petróleo enquanto *commodity*, consistindo em um insumo fundamental para a segurança, desenvolvimento e para a economia interna dos países, com um caráter extremamente estratégico para os Estados¹²². Portanto, importante conceito a ser trabalhado nesse âmbito será o da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais, riqueza e atividades econômicas¹²³.

Enquanto extremamente importante estrategicamente, a indústria petrolífera também apresenta possibilidades de ganhos exorbitantes para investidores. Foi a partir da Segunda Guerra Mundial que a produção deste bem ultrapassou os limites do mar territorial dos Estados e da jurisdição do Estado costeiro¹²⁴, tornando-se matéria relevante a ser abarcada pelo sistema de proteção aos investimentos estrangeiros, que rompem as fronteiras nacionais de seus Estados de origem e alocam seu capital e meios produtivos em países ricos em recursos energéticos.

Projetos ligados à exploração deste setor requerem, de modo geral, uma infraestrutura fixa, e apresentam uma duração maior do que outras indústrias¹²⁵. Contratos de exploração de petróleo e gás tendem a ter duração média de trinta anos, sendo cinco relativos à fase de exploração – durante a qual há apenas gastos realizados pelas companhias em busca de jazidas com potencial produtivo – e vinte e cinco a trinta de produção – quando há, de fato, a extração comercial das *commodities*.

Nesse sentido, uma relação contratual tão extensa significa que mudanças conjunturais e

particulares ao longo da sua execução são inevitáveis¹²⁶. Além de contratemplos imprevisíveis no momento da formulação e assinatura do contrato de exploração, circunstâncias diversas como o surgimento de dificuldades para a execução das obrigações, ou a modificação substancial da política ou regulamentação nacional tornam a exploração de petróleo e gás um setor particularmente arriscado¹²⁷, principalmente no que tange riscos não comerciais¹²⁸. Por consequência, investidores desse ramo tem particular interesse em um sistema jurídico o quanto mais confiável, consistente e transparente possível, de modo a obterem o máximo de retorno de seus investimentos, e que tenham razoável previsibilidade dos riscos que os esperam¹²⁹.

Por outro lado, há os interesses dos Estados. Estes, apoiando-se em seu direito inalienável de livremente dispor de suas riquezas e recursos naturais de acordo com seus interesses nacionais¹³⁰, buscam o máximo de flexibilidade para controlar a extração, o refinamento e a venda destes recursos, ao mesmo tempo que devem levar em consideração os benefícios e proteções a serem concedidos aos investidores¹³¹. O equilíbrio desses interesses fica, então, não só a cargo da legislação e política interna dos Estados, sendo uma real possibilidade os atos de expropriação ou transformações na regulamentação específica da atividade, como sob a responsabilidade do sistema internacional de proteção aos investimentos.

Além dos já estudados BITs, que consistem nos principais mecanismos de proteção do investimento estrangeiro, uma vez que aqui tratamos das especificidades da indústria de petróleo e gás, cabe menção especial ao *Energy Charter Treaty* (ECT), no que tange à proteção internacional de investimentos no setor energético. Este consiste em tratado multilateral de promoção e proteção de investimentos, e concentra-se em investimentos em energia, principalmente na indústria de *upstream* (exploração e produção), tendo por escopo garantir a criação de um ambiente padrão de negócios, visando a reduzir ao mínimo os riscos não-comerciais deste ramo¹³².

O ECT entrou em vigor em 1998, e além da União Europeia, conta com 51 membros – apesar de este tratado conter disposições que preveem a sua aplicação mesmo se não ratificado

por um Estado. Uma particularidade deste documento é que confere aos Estados a possibilidade de negar certos direitos a investidores, assim como de escolher especificamente aqueles que permitirão entrar¹³³ – de maneira diversa dos tratados multilaterais, que criam obrigações internacionais.

Em comum com os BITs, esse tratado multilateral contém complexa disposição acerca da resolução de controvérsias, e ainda prevê a escolha do sistema ICSID como responsável para dirimir os litígios sob o seu escopo. Ainda, o tratado prevê tanto um procedimento arbitral a ser instaurado entre investidores particulares e Estados – a chamada arbitragem mista –, quanto a arbitragem para dirimir litígios entre Estados – *ad hoc*, de acordo com as regras da UNCITRAL. Além dessa importante disposição, apesar de resguardar a soberania do Estado ao conferir a este a liberdade de escolher seus investidores, o ECT parece favorecer os interesses desses investidores, garantindo a esses direitos como os de operarem em condições favoráveis, equânimes, estáveis e transparentes¹³⁴, dentre outras proteções, que muitas vezes excede aquelas conferidas pela maioria dos tratados multilaterais¹³⁵.

Cabe salientar que o caráter político das atividades ligadas a este campo é inegável, assim como o conseqüente risco não-comercial ao qual se expõem os investidores. O chamado “populismo energético”, que permite que lucros decorrentes desse setor sejam destinados a projetos sociais ou políticos, e ao qual aderem muitos dos governos de esquerda dominantes na América Latina, torna-se uma fonte de incertezas e temor para investidores estrangeiros¹³⁶.

Percebe-se, portanto, que a indústria energética e os investimentos internacionais a ela ligados são dotados de características particulares, como a magnitude do volume produzido e operado, a diferença entre os interesses das partes envolvidas, a presença de questões ligadas a soberania Estatal e questões estratégicas de cada Estado, além do fato de o setor de petróleo e gás ter como objeto *commodities* não renováveis, e que, apesar de a cada dia se descobrirem novas e volumosas reservas, tendem a se esgotar.

2.1 Soberania Sobre os Recursos Naturais

O conceito tradicional e rígido de soberania, no plano internacional, remete-nos à ideia de igualdade entre os Estados. Celso Albuquerque de Mello define a soberania Estatal da seguinte maneira:

“[...] a soberania tem um aspecto interno e um aspecto externo. O primeiro se manifesta nos diferentes poderes do Estado: no Legislativo, no Executivo e no Judiciário. Ele é a consagração do direito de autodeterminação, isto é, o direito do Estado de ter o governo e as leis que bem entender sem sofrer interferência estrangeira. O aspecto externo é o direito à independência que se manifesta no direito de convenção; direito à igualdade política; direito de legação; direito ao respeito mútuo”¹³⁷

Segundo a professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro, todos os regimes de propriedade mineral estão baseados na teoria soberana do Estado, sendo o direito dos Estados de escolherem livremente o seu sistema econômico a expressão mais clara do princípio da igualdade soberana dos Estados¹³⁸. Para Celso Albuquerque de Mello, sendo aquela que lida com o Direito Internacional do Desenvolvimento, será a soberania sobre os recursos naturais a que mais nos interessa¹³⁹.

Este conceito foi formulado a partir de decisões arbitrais envolvendo a indústria do petróleo. Entretanto, serviu de corolário deste princípio, sendo essencial para o Direito Internacional ao Desenvolvimento, a Resolução 1803¹⁴⁰ de 1962, da Organização das Nações Unidas¹⁴¹.

A soberania permanente serviu para se confrontar teorias tradicionais de proteção diplomática¹⁴², e consiste, em resumo, na manifestação do poder soberano do Estado através de seu poder sobre o território e, conseqüentemente, sobre seus recursos. e ainda, de regular o investimento estrangeiro e a atuação das empresas transnacionais de acordo com os princípios e normas de direito interno, sem que seja feita qualquer menção ao Direito Internacional. O mesmo pode-se dizer sobre o direito de nacionalizar bens de estrangeiros e de pagar-lhes a devida compensação.

Com base neste princípio, diante de um caso de expropriação, o tribunal ICSID entendeu, em *Aminoil v. Kuwait*, que todo Estado tem o direi-

to de nacionalizar propriedade que se encontre nas mãos de estrangeiro, mesmo que um governo anterior tenha se comprometido pelo contrário¹⁴³. A mesma decisão entendeu como sendo o significado do termo “permanente” a impossibilidade de o Estado perder sua liberdade em mudar a destinação ou maneiras de exploração de seus recursos¹⁴⁴.

De modo geral, o conceito de soberania permanente sobre recursos energéticos se expressa pelo alcance do Estado de um maior controle sobre o desenvolvimento de recursos naturais e da limitação do papel das companhias internacionais de petróleo em seu território. Dentro desta definição, importante também é a de “nacionalismo energético”, que se define pela expressão da determinação dos Estados de obterem o máximo das vantagens possíveis da exploração de seus recursos naturais¹⁴⁵. Este conceito está frequentemente ligado a um aumento ou diminuição da participação de sociedades estrangeiras na extração de petróleo em território nacional¹⁴⁶, além de mudanças na regulamentação do setor no sentido de aumentar a parcela devida ao Estado, políticas de expropriação e alterações unilaterais de contratos¹⁴⁷. Uma maior regulamentação destes investimentos deriva do fato de o Estado, por seu viés populista, entender que as sociedades estrangeiras de petróleo aferem lucros excessivos às suas custas¹⁴⁸.

2.2 A indústria do petróleo no Brasil e o Sistema Internacional

O Brasil é hoje um dos grandes produtores mundiais de petróleo, sendo esta indústria responsável por 12% do PIB do país em 2012, segundo dados da Organização Nacional da Indústria do Petróleo (ONIP)¹⁴⁹. Ainda, o setor petrolífero do país é um dos que mais atrai capital externo para o território nacional, em atividades que vão desde o fornecimento de equipamentos, levantamento de dados sísmicos, até a exploração e refino, sendo presentes, portanto, no *downstream*, *midstream* e *upstream* da indústria.

Contudo, o país nem sempre soube explorar seus recursos energéticos da mesma maneira que hoje contribui para que o Brasil seja uma das maiores economias mundiais. A indústria foi impulsionada pela iniciativa Estatal na metade

do século XX, com a criação da Petrobrás em 1953. O Estado, detendo o monopólio sobre jazidas e atividades ligadas à indústria, diante da sua impossibilidade constitucional de realizar, por si, atividades econômicas, atribuiu a exclusividade do exercício da exploração de petróleo à essa sociedade, que passou a ser a única com direitos à extração, sendo esta monopolizada até meados da década de 90¹⁵⁰.

Um divisor de águas nesta matéria encontra-se na publicação da emblemática Emenda Constitucional nº 9/1995, que flexibilizou tal monopólio, permitindo que o Estado contratasse com empresas estatais ou privadas para explorar seu monopólio sobre os recursos energéticos nacionais. Tal mudança marcou o início da entrada de capital privado e estrangeiro na exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Além desta significativa alteração, foi criado, por determinação desta Emenda, o primeiro marco regulatório da indústria, por meio da publicação da Lei nº 9478/97 (Lei do Petróleo), que instituiu a já mencionada Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, e estabeleceu o regime de exploração do Brasil como o regime de concessão – hoje já flexibilizado por meio do marco regulatório do pré-sal, que determina o regime de partilha de produção em áreas de pré-sal e áreas estratégicas.

Sendo abarcada pela categoria de “leis-quadro” (“*lois-cadre*”) – utilizadas de modo geral em setores com grande especificidade técnica e sujeito a constantes mudanças econômicas –, a lei confere considerável liberdade à ANP na formulação das cláusulas dos contratos de concessão (e os de partilha da produção) e editais de licitação¹⁵¹, importantes fontes de direitos e obrigações do particular.

2.2.1 A Não-Assinatura da Convenção e os BITs no Brasil

Apesar de os primeiros BITs terem sido assinados nas décadas após o pós-guerra, estes se proliferaram no período da década de 80, impulsionados pela onda nacionalizante de países latino-americanos dominados por governos populistas nas décadas anteriores, quando houve uma retração dos investimentos externos¹⁵². Esse motivo foi o mesmo que fundamentou uma forte caracte-

rística protetiva desta geração de acordos que, por influência de grandes sociedades multinacionais, visavam principalmente a proteger o investidor estrangeiro que se estabelecia em países em desenvolvimento¹⁵³.

Diante de relativa falta de poder político por parte destes, somada à necessidade de atração de capitais, muitas vezes passavam a fazer parte de acordos que acabavam por limitar significativamente as suas capacidades para a implementação de políticas públicas, as quais poderiam configurar desvantagens para o Estado de nacionalidade do investidor, que não tinham outro interesse que não a proteção de seus nacionais e a liberalização de setores da economia dos Estados hospedeiros.

Apesar da onda liberalizante do regime de investimentos na América Latina, que ocorreu principalmente na década de 90, durante a qual diversos BITs foram assinados¹⁵⁴, o Brasil, apesar de sua posição de destaque no cenário econômico mundial, não possui nenhum destes acordos em vigência – sendo um dos únicos países de significativa relevância econômica a não implementar nenhum destes tratados¹⁵⁵. Ainda, no passado o país fez parte do chamado “não de Tokyo”, quando países latino americanos, imersos na Doutrina Calvo e temendo pela soberania de seus Estados, negaram a assinatura da Convenção de Washington¹⁵⁶. Hoje, apesar de a maioria desses países ter já adotado a Convenção, o Brasil continua com o mesmo posicionamento. É claro que, se de interesse do país em submeter litígios para o ICSID, o mecanismo complementar poderia em tese ser acionado, contudo, a assinatura do documento abrange mais do que tal possibilidade, pois demonstraria para o resto do mundo o posicionamento nacional quanto à aceitação das normas internacionais em matéria de investimentos.

A não participação do Brasil nesses sistemas protetivos não é infundada, e um dos argumentos daqueles que são contrários a tal participação envolve a alusão à crise econômica Argentina, no início do século – e ainda em curso. A Argentina, na década de 90, implementou algumas medidas visando ao equilíbrio da economia do país e à atração do capital externo. Dessa maneira, a inflação foi contida, foram realizadas

diversas privatizações, e mais de 50 BITs foram assinados. No início do século, o país foi atingido por uma crise monetária internacional que levou o governo a tomar certas medidas econômicas, como a publicação da Lei de Emergência Pública, que inevitavelmente prejudicaram investidores, desencadeando diversos processos perante o ICSID. Muitos desses processos, no momento deste estudo, ainda encontram-se em trâmite, mas percebe-se diversas decisões contrárias à Argentina – que tentara afastar a jurisdição do tribunal por alegar atos de soberania em favor do interesse público.

Nesse sentido, diante dos casos percebidos de aplicação desses BITs assinados pela Argentina, entendemos os dizeres de Gilberto Giusti e Adriano Drummond C. Trindade¹⁵⁷:

“Vê-se, portanto, que os mecanismos de proteção aos investimentos em um outro Estado não acompanharam as diversas formas de manipulação desse investimento pelo Estado receptor, de maneira a conferir, de um lado, uma proteção razoável ao investidor e, de outro, possibilitar ao Estado receptor a alocação desse investimento como forma de desenvolvimento de suas próprias políticas públicas sociais e econômicas.”

Também nesse sentido, argumenta Karla Closs Fonseca¹⁵⁸ que não há comprovação da relação direta entre a assinatura de BITs e o aumento da atratividade da economia perante investimentos externos, sendo esta complementar a um ambiente econômico favorável.

Por outro lado, temos a posição, Keneth J. Vanderverde, no sentido de que a assinatura de BITs tem grande potencial para a promoção de investimentos, visto que contribuem para a redução do risco político atrelado às atividades de investimento, além de estabelecer uma estrutura de proteção aos investimentos visando a evitar expropriações indevidas¹⁵⁹. Fernanda Araújo Kallás e Caetano que apesar da estabilidade político-econômica e de incentivos fiscais, a possibilidade de se demandar perante o ICSID ainda se mostra como uma das maneiras mais eficazes de promoção de investimentos¹⁶⁰. Ainda, de acordo com A. Konoplyanik, segundo a International Energy Agency (IEA), durante as próximas décadas, 70% do aumento

de demanda, 95% do aumento do fornecimento e 60% dos investimentos em energia serão originários ou atribuíveis a países que não fazem parte da OECD – como o Brasil –, mas tais países ofereceriam maiores riscos políticos, o que aumentaria o custo do desenvolvimento de projetos na área¹⁶¹. Em conclusão, deve-se ser levado em consideração que não há evidências suficientes para se afirmar que a assinatura de acordos internacionais de investimento aumente significativamente a atração de investimentos estrangeiros, sendo o Brasil um exemplo emblemático de um país que continua a atrair investimentos estrangeiros, apesar de não fazer parte do sistema internacional de proteção aos investidores estrangeiros¹⁶².

Discussões relativas à Soberania sobre Recursos Naturais, já discutidas neste estudo, que serviram de base ideológica para a realização de nacionalizações no período de governos populistas nas décadas de 60 e 70 na América Latina, hoje ganham novos contornos, visto que sociedades organizadas por estes mesmos governos passaram a atuar, nas últimas décadas, de maneira expressiva como investidores no cenário internacional¹⁶³. A Petrobras, por exemplo, possui uma quantidade significativa de ativos investidos pelo mundo, e operava através de seis companhias, de maneira efetiva na Bolívia em 2006, quando o presidente Evo Morales promulgou o Decreto n. 28.701, por meio do qual o Estado passaria a controlar toda a cadeia comercial e produtiva do setor de petróleo e gás¹⁶⁴. Em acordo estabelecido na época, a sociedade receberia US\$12 milhões em relação à participação societária em uma refinaria que representava um montante de US\$30 milhões investidos no país¹⁶⁵.

Levando em consideração a internacionalização das empresas brasileiras – não apenas a Petrobras, mas outras como Vale, EMBRAER e Gerdal –, tendo o Brasil experimentado a mesma rejeição de seus investimentos que antes atingiam apenas países considerados desenvolvidos, seria a hora de perceber o país como um significativo exportador de capitais, e de perceber o interesse em uma mudança de posição em relação aos AIIIs¹⁶⁶. No que tange a regulamentação nacional hoje estabelecida na indústria, requer-se atenção

quanto ao limite entre regulação e expropriação¹⁶⁷, visto que um Estado que se mostra cada vez maior em questões regulatórias apresenta riscos aos investidores, que temem novas ondas de Nacionalismo Energético e de tensões entre o poder Estatal e a propriedade privada¹⁶⁸.

Somado a essa tendência à exportação de países antes quase exclusivamente receptores de investimentos, percebe-se que a antiga definição de investimentos, antes um fator relevante para a posição brasileira perante os BITs, tem sido revista, por exemplo, nos últimos BITs assinados pelo Canadá e pelos EUA¹⁶⁹.

2.2.2 Arbitragem contra o Estado brasileiro no âmbito da indústria do petróleo

A arbitragem internacional de investimentos permite que o investidor estrangeiro, ao acionar o International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), remeta a essas controvérsias relativas à adequação de medidas regulatórias adotadas por autoridades nacionais em relação aos padrões globalmente estabelecidos de tratamento dos investidores estrangeiros¹⁷⁰, conferindo a estes um interessante e imparcial meio de recorrer contra atos estatais.

Apesar de não ser parte do sistema ICSID, o Brasil possui uma moderna legislação que regulamenta o processo arbitral no país¹⁷¹, o que possibilita a estrangeiros afastarem a jurisdição de tribunais internos na resolução de seus litígios. Especificamente no âmbito das atividades ligadas ao setor do petróleo, regulamentado pela Lei n. 9478, de 1997, disposições quanto ao procedimento arbitral foram inicialmente incluídas em dois momentos: em seu artigo 27, ao dispor a respeito da unitização da produção em situações em que uma jazida ultrapassa as fronteiras delimitadas de um bloco¹⁷²; e no inciso X de seu artigo 43¹⁷³, que dispõe a respeito do contrato de concessão. O primeiro, contudo, foi revogado pela Lei nº12.351, de 22 de dezembro de 2010, responsável pela regulamentação da exploração nas áreas de pré-sal e áreas estratégicas.

Hoje a doutrina é pacífica no sentido de que não há objeção para a participação do Estado em procedimentos arbitrais, quando as questões

envolvidas forem ligadas ao direito privado¹⁷⁴. A concessão do direito a exploração e produção de petróleo e gás natural, segundo José Alberto Bucheb, seriam caracterizadas como a concessão de exploração de bem público, e não de serviço público. Esta ideia é compartilhada por Celso Albuquerque de Mello, que entende que tais atividades, enquanto a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos consistem em monopólio estatal¹⁷⁵, não se confundem com serviço público, sendo atividades econômicas sujeitas às regras do Direito Privado¹⁷⁶. Ainda que o Estado crie empresas para explorá-las, estas não serão prestadoras de serviços públicos, mas atuariam como agentes econômicos da iniciativa privada¹⁷⁷. Por último, segundo Toshio Mukai, o contrato de concessão para a exploração desses bens não seriam, de fato, contratos de concessão propriamente ditos, mas contratos de direito privado¹⁷⁸ - o que caracterizaria o Petróleo e o Gás explorados como bens dominicais patrimoniais, disponíveis pela união e, portanto, passíveis de serem submetidos a arbitragem. Nesse sentido, foi bem sucedida a ANP ao incluir cláusula compromissória no contrato de concessão por ela assinado¹⁷⁹.

2.2.3 A Posição do Brasil diante dos investimentos estrangeiros

Ao longo da década de 90, o país presenciou uma significativa abertura ao capital externo, que ocorreu ao mesmo tempo de uma onda de privatizações de sociedades. Hoje em dia, o Brasil representa um dos principais destinos de investimentos internacionais do mundo, apresentando uma economia fortalecida, um ambiente político estável, e significativas reservas de recursos energéticos. Ainda, podemos afirmar que o país não tem um histórico expropriatório, dispondo a nossa Constituição Federal, inclusive, no inciso XXIV de seu artigo 5º, que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Segundo análise realizada pelo Boston Consulting Group em 2013, o Brasil preenche os principais critérios para torná-lo um ambiente atrativo de investimentos, sendo um ponto

contrário a burocracia exagerada, a imensa carga tributária, e a lentidão de nossos tribunais¹⁸⁰. Poderíamos questionar, também, a respeito da previsibilidade de nosso sistema regulatório no que tange a indústria de petróleo e gás, e uma relativa tendência estatizante e xenófoba do país – percebida no recente caso contra a companhia estrangeira Chevron, que sofrera represálias judiciais e públicas decorrentes de um derramamento de petróleo não maior do que figurara a empresa de economia mista Petrobrás.

Nesse sentido, destaca a professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro o episódio ocorrido na ocasião da Oitava Rodada de Licitações, em novembro de 2006, que foram inconstitucionalmente suspensas, havendo, inclusive, dois blocos já licitados na primeira fase da rodada. A professora cita, ainda, a retirada de 41 blocos às vésperas da realização da Nona Rodada, tendo sido a retirada do bloco Tupi controversa pelo aparente favoritismo conferido à Petrobrás¹⁸¹.

Parece-nos importante relevar a promulgação do marco regulatório do pré-sal, que não apenas muda o sistema de exploração de petróleo e gás, com vistas a aumentar a parcela percebida pelo Estado, como atribui à Petrobrás relativos privilégios, como conferindo a esta a posição de operadora em todos os blocos da área – obrigando todas as empresas estrangeiras e nacionais a formarem consórcio com a empresa mista brasileira, caso visem à exploração das jazidas localizadas no pré-sal. Concluímos com os dizeres da professora da UERJ, quanto à posição internacional brasileira na captação de investimentos na indústria petrolífera:

“Reduzir a burocracia e fortalecer as regras – seu controle e sua aplicação – é o principal desafio para a melhoria deste cenário. Considerando que o Brasil compete com outros países na captação de investimentos de riscos para a exploração e a produção, o maior desafio do Estado, no âmbito regulatório, é trabalhar melhor na manutenção da transparência e da estabilidade institucional, as chamadas regras do jogo, que têm sido ignoradas a longo prazo”¹⁸².

2.3 O Papel da Política

Em tempos de alta dos preços das *commodities*,

discussões acerca do nacionalismo energético voltam a estar em voga. Devemos entender que, independente de qualquer tratado ou contrato, o investidor estrangeiro estará sempre sob a esfera de influência do poder soberano do Estado hospedeiro de seus investimentos, e de suas manifestações e decisões políticas, que muitas vezes podem levar à expropriação de seus investimentos. Segundo Thomas Wälde, no limite, os contratos assinados com o Estado são apenas entendimentos políticos circunstanciais, e conceitos jurídicos como o *rebus sic stantibus*, a soberania dos governos para alterar unilateralmente tais contratos, dentre outros, acabam sendo roupagens legais para se concretizar exigências políticas¹⁸³.

Cláusulas de estabilização dos contratos, internacionalização da lei aplicável e o acesso a arbitragem internacional seriam maneiras de despolitizar tais entendimentos, valorizando a “*rule of law*” e possibilitando a efetivação desses acordos por meio de um sistema desvinculado à jurisdição Estatal¹⁸⁴. A indústria que aqui tratamos, contudo, é extremamente politizada, e há quem entenda que, apesar de tais mecanismos de despolitização, os agentes particulares encontram-se ainda expostos às arbitrariedades da soberania às quais se encontram submetidos¹⁸⁵, que interferem não apenas em questões ligadas à nacionalizações, como em manipulações de preços e prospecção de investidores. Desentendimentos acerca da execução dos contratos – uma vez contendo estes cláusulas arbitrais –, acabam muitas vezes por representar apenas uma oportunidade de se dar início a renegociações, e as normas legais serviriam apenas para amenizar a tamanha disparidade entre Estados e investidores, visto o tamanho dispêndio e morosidade dos procedimentos arbitrais, que apesar de muito mais céleres que os tribunais internos, tem duração considerável diante da agilidade do mercado.

Como já exposto, os contratos de exploração de petróleo consistem em acordos de longa duração. Este alargado período de tempo acaba por aumentar, também, a exposição e o risco político percebido pelos investidores, em um movimento denominado “*obsolescing bargain*”¹⁸⁶. Esta expressão denota a diminuição do risco de

retorno dos investimentos efetuados pela companhia de petróleo, a partir do momento que foram já realizados e o empreendimento apresenta já um relativo sucesso. A partir desse momento, o investidor encontra-se diante de um crescente risco político de o Estado exercer seu poder soberano no sentido de modificar os termos do contrato para atingir novos objetivos governamentais, muitas vezes ligados a mudanças de governo, que desencadeiam a reanálise de vínculos criados pelo governo anterior¹⁸⁷. A reação das companhias à *obsolescing bargain*, mais uma vez, encontra-se na inserção de cláusulas de estabilização aos contratos assinados com o Estado hospedeiro.

3. Expropriação de investimentos estrangeiros

É um conceito estabelecido pelo Direito Internacional que o Estado tem o direito de nacionalizar e expropriar investimentos, se percebidos alguns pré-requisitos¹⁸⁸. É reconhecido este direito mesmo que o governo anterior tenha se comprometido com o contrário, sendo este um corolário, inclusive, da já mencionada soberania sobre os recursos naturais¹⁸⁹, e embora um outro princípio estabelecido pelo Direito Internacional seja também o respeito aos direitos adquiridos, estes encontram-se subordinados aos interesses gerais do Estado¹⁹⁰.

A expropriação é a essência da proteção dos investimentos visada pelo sistema aqui destrinchado, sendo um dos maiores riscos não-comerciais a que o investidor se submete. Consiste no ato pelo qual o poder público, em nome do interesse público, toma para si propriedade ou ativos, visando à sua destinação de acordo com seus entendimentos político-econômicos. No Direito Internacional Costumeiro, há um princípio que protege os direitos adquiridos e que, dessa maneira, obriga o Estado a indenizar o investidor lesado pelas suas medidas. Estes atos apoiam-se diretamente em seu poder soberano, e na indústria petrolífera, geralmente, ligam-se à ideia de nacionalismo energético, muitas vezes a partir da percepção do Estado de que este estaria ocupando uma posição menos privilegiada em determinada operação¹⁹¹.

Ao longo da década de 70, diante da crise ener-

gética, os grandes países produtores empreenderam alguma forma de política expropriatória de ativos energéticos em seus territórios – que ocorreu em seguida do grande aumento na demanda na década de 60. Países da América Latina, com a ideia de um Estado interventor na economia, presenciou a manifestação constante do nacionalismo energético, com tendências populistas, tendo nas companhias estatais de petróleo o veículo pelo qual tal nacionalismo e a soberania econômica se expressavam. Entretanto, com o passar das décadas, foi-se percebendo a necessidade da participação das companhias internacionais privadas de petróleo, diante da disparidade de desenvolvimento tecnológico entre estas e as companhias estatais, crescendo o número de assinaturas de *joint ventures* na década de 90.

Cabe esclarecer que, apesar de classicamente as disputas entre companhias estrangeiras e Estados serem pautadas na nacionalização de recursos das primeiras pelos últimos, modernamente estas estão fundadas no exercício de poder regulatório que tenha por efeito limitar a fruição daqueles investimentos pelo investidor¹⁹², visto que a legislação e encargos por esta estabelecidos restringem e impactam diretamente na atuação privada.

3.1 Expropriação Indireta

A expropriação indireta ocorre quando um ato soberano do Estado tem por efeito a tomada dos ativos do investidor, ou a anulação de seu controle sobre estes, sem alterar, contudo, o título de propriedade por ele detido. Esta situação é considerada pela maioria dos BITs como sendo uma medida com efeito equivalente à expropriação. Nesse sentido, também, o Energy Charter Treaty, que em seu artigo 13 dispõe que “*Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter ‘Expropriation’)*”.

Para se determinar a expropriação indireta, os tribunais internacionais tendem a levar em consideração alguns fatores, em uma análise casuística: a doutrina do “*sole effect*”, o nível de

privação e controle sofrido pelo investidor, se o ato estatal violou a expectativa legítima deste investidor, e se a medida foi razoável. A doutrina do “*sole effect*” dispõe que não seria importante a forma ou a intenção do ato Estatal realizado, mas seus efeitos substanciais. A intenção do governo seria menos importante do que os efeitos sentidos pelo dono do investimento¹⁹³.

O segundo fator, que consiste no nível de privação do investimento, este quer dizer que será necessária uma perda substancial do controle sobre o investimento¹⁹⁴, ou de seu valor¹⁹⁵. Os tribunais internacionais já reconheceram, nesses casos, que retomadas por meio de regulamentação violariam o direito internacional. Um exemplo pode ser mencionado quanto aos casos decorrentes da crise da Argentina, em 2001. Na época, o país promulgou a Lei de Emergência que, estabelecendo a paridade entre pesos e dólares para o pagamento de taxa pela companhia TGN (controlada pela CMS) – enquanto tal paridade não era repassada para os consumidores, que pagavam a companhia –, acabou acarretando uma desvalorização de 98,5% dos investimentos da empresa. O tribunal entendeu que, ainda que a CMS permanecesse com o título de propriedade e controle de seu investimento, este sofrera desvalorização substancial¹⁹⁶.

A frustração da legítima expectativa do investidor também é um fator relevante para se definir a expropriação indireta. No tribunal de CMS, descrito no parágrafo anterior, decidiu-se que a ocorrência desta frustração teria relevância apenas se acompanhada de uma real desvalorização do investimento. Exemplo de aplicação desse critério ocorreu no caso Metalclad¹⁹⁷, tendo sido o investidor informado por oficiais federais do governo que a operação visada necessitava de autorizações federais e estaduais, contudo, após a aquisição de propriedade pela sociedade americana, esta teve a permissão local para operar negada. Nesta circunstância, o tribunal se pronunciou da seguinte maneira:

“Expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner in whole or in significant part, of the use of reasonably-to-be-

-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host state”

Por último, se a medida contra a qual o investidor demandar for entendida como destinada ao interesse público, sem discriminação e tendo sido respeitado o “*due process*”, o tribunal terá maior relutância em decidir pela irregularidade da expropriação¹⁹⁸.

3.2 Expropriação Legal

Vimos neste capítulo que o poder de expropriar é inerente aos Estados, que o utilizam para atingir o interesse público, por meio da interferência na propriedade do investidor, utilizando-se de seu poder soberano. Entretanto, de acordo com o Direito Internacional, medidas expropriatórias ou com efeito semelhante ao da expropriação apresentam alguns requisitos para a sua regular realização. Apesar de o respeito ao direito adquirido do investidor ser uma regra no direito internacional, o poder soberano do Estado poderá violá-lo, desde que vise à garantia do interesse geral e das necessidades estatais¹⁹⁹. Nesse sentido, entende-se que tais medidas poderão ser realizadas apenas se de maneira não-discriminatória, não-arbitrária, visando ao interesse público e mediante compensação.

O critério mais importante que iremos perceber dentre os citados, contudo, visto que de modo geral se entende que o Estado age de acordo com o interesse público, e que a discriminação poderá se confundir com a violação de outras cláusulas (como a que estipula tratamento justo e equitativo), será o da presença de compensação pela expropriação realizada – devendo-se entender, a partir disso, como seria estabelecida a compensação apropriada.

Nesse sentido, cabe abordarmos a paradigmática fórmula de Hull. Em 1938, o então presidente mexicano Lazaro Cardenas ordenou a expropriação de quase todos os ativos de companhias de petróleo estrangeiras que operavam no país – criando mais tarde a Petroleos Mexicanos (PEMEX), que deteve o monopólio da indústria. Nessa circunstância, Cordell Hull, Secretário de Estado dos EUA, visando à proteção dos interesses das companhias americanas, exigiu do México compensação por consequên-

cia de expropriações de petróleo, devendo tal compensação ser “rápida, adequada e eficaz”, características entendidas então como o padrão norte-americano de compensação por este tipo de ato estatal²⁰⁰.

Contudo, os próprios tribunais dos Estados Unidos costumam se utilizar de critérios mais aceito pelo Direito Internacional em casos de expropriação, que de modo geral rejeita a definição proposta pela formula de Hull²⁰¹. Por exemplo, no caso de *Banco Nacional De Cuba v. Chase Manhattan Bank*, da *US Court of Appeals* no “*Second Circuit*” decidiu pela aplicação de princípios de Direito Internacional, por entender que não havia um número significativo de países que aplicassem a definição de compensação adequada como prevista pelos EUA. O Direito Internacional, então, se utilizaria de definições como uma compensação “justa”, “adequada” e “integral”, sendo princípios de modo geral defendidos por países em desenvolvimento, e o ponto de partida para uma expropriação legal²⁰².

A Organização das Nações Unidas, em Resolução de 1962 – que foi ajustada em 1974 –, entendeu que a compensação por uma eventual expropriação deveria ser adequada e de acordo com o regulamento e legislação internos do Estado que a efetuara – deixando em aberto o entendimento concreto de “adequação”. Entretanto, o Direito Internacional, como entende a doutrina majoritaria, como decidido em tribunais internacionais e previsto em BITs, entende que a compensação deverá ser integral. Nesse sentido, decidiu o tribunal no caso *CME Czech Republic BV (The Netherlands) v. The Czech Republic* (“*CME*”)²⁰³:

“in the end the international community put aside this controversy, surmounting it by the conclusion of more than 2200 bilateral (and some multilateral) investment treaties. Today these treaties are truly international in their reach and essential provisions. They concordantly provide for payment of “just compensation”, representing the “genuine” or “fair market” value of property taken. Some treaties provide for prompt, adequate and effective compensation amounting to the Market value of the investment expropriated immediately before the expropriation or before

the intention embark thereon became public knowledge. Others provide that compensation shall represent the equivalent of the investment affected. These concordant provisions are variations on an agreed, essential theme, namely, that when a state takes foreign property, full compensation must be paid”.
(grifos nossos)

Há, contudo, divergências no sentido de haver a possibilidade de descontos no valor da compensação – como a possibilidade permitida pela resolução da ONU mencionada que, portanto, permite que a compensação não seja equivalente ao valor da propriedade expropriada. Nesse sentido, por exemplo, o professor Ian Brownlie, em voto vencido no caso *CME*, que afirmou que uma compensação justa seria equivalente a equitativa, ou adequada, o que pode ser em valor menor que a compensação integral.

Estabilização dos Contratos

Além dos riscos naturais de todo investimento, investidores estrangeiros, principalmente na indústria do petróleo, devem se preocupar com o risco político e ainda com o risco político não convencional, ocasionado por consequência de regulação excessiva e injusta²⁰⁴. Uma das maneiras de os investidores se prevenirem contra tais riscos, que podem se manifestar, por exemplo, por mudanças repentinas e prejudiciais da legislação aplicável àquela relação contratual, ou pela própria alteração unilateral de cláusulas contratuais pelo Estado, enquanto soberano, seria por meio da cláusula de estabilização. Dessa maneira, tanto AIIs (como os BITs) como os contratos de investimentos tem papel fundamental, e tem por ideia central a de garantir ao investidor que os termos sob os quais foi efetuado o investimento irão manter a sua essência ao longo de toda a execução do contrato²⁰⁵. Importante definição desta espécie de cláusula, no âmbito da indústria ora sob foco, é feita por Peter D. Cameron, ao lecionar que:

*“In the context of an international energy contract, the term stabilization applies to all of the mechanisms, contractual or otherwise, which aim to preserve over the life of the contract the benefit of specific economic and legal conditions which the parties considered to be appropriate at the time they entered into the contract”*²⁰⁶

O autor ressalta as principais formas de se garantir tal estabilização. A primeira seria por meio de uma “*freezing clause*”, que literalmente impediria que o Estado realize mudanças na legislação aplicável ao contrato, ou que eventuais mudanças não surtam efeitos no contrato em questão²⁰⁷. Outra forma de efetivar esta estabilização seria por meio de cláusula que impeça a alteração unilateral do contrato – faculdade soberana do Estado –, representando não um “congelamento” da legislação nacional, mas do contrato em si²⁰⁸.

Contudo, a forma mais comum de se encontrar tal cláusula, e a que menos afronta o Estado em suas faculdades soberanas (como a alteração unilateral do contrato e o seu próprio poder legislativo) seria a de “*Balancing Clauses*”. Por meio dessas, visa-se a proteger de maneira direta, mais do que a imutabilidade das circunstâncias legais, o equilíbrio econômico entre as partes. Dessa maneira, medidas realizadas pelo Estado que possam ter consequências economicamente danosas ao investidor (“*triggering event*”) desencadearão a necessidade de um reequilíbrio pela revisão contratual, que poderá ser realizada automaticamente ou por meio de negociação entre as partes²⁰⁹.

Comum na prática de mercado, apesar de não representar uma estabilização propriamente dita, a escolha do Direito Internacional como regente do contrato consiste em uma medida que confere ao investidor maior segurança quanto às mudanças do que a legislação nacional – aplicando-se a lei nacional naquilo que não entrasse em conflito com aquele²¹⁰. Este instrumento é mais comum nos contratos de petróleo, visto que os Estados não aceitam ter o Direito Internacional como a única lei aplicável a um setor econômico com um caráter tão estratégico²¹¹.

Por último, a inserção de cláusula compromissória, mecanismo já estudado previamente neste trabalho, também possui efeito semelhante no quesito de segurança contratual. Segundo Bertrand Montembault:

“The submission to arbitration in oil contract therefore constitutes an essential tool in the stabilization of the legal framework surrounding oil operations, not only because it neutralizes the jurisdictional power of the host State, but

also because such a clause effects and determines the law applicable to the contract.”

Conclusão

As relações que se formam entre Estados hospedeiros e investidores estrangeiros não podem ser tratadas como relações contratuais comuns. As partes envolvidas não apresentam necessariamente interesses em comum, mas ao contrário, muitas vezes estes são contrapostos, visando o investidor a obter o máximo de liberdade para atuar e necessitando de segurança jurídica suficiente para impedir imprevistos em relação às suas operações, e pensando o Estado em direcionar os frutos daquele investimento para o proveito de seus próprios nacionais, querendo ter o máximo de controle dos lucros e tendo à sua disposição o poder regulatório.

Enquanto soberanos, os Estados não se submetem a uma jurisdição com poderes suficientes para constrangê-lo contra a sua livre atuação para buscar alcançar seus interesses na circunstância do investimento. O caráter político tem papel relevante, sendo um dos maiores riscos não comerciais percebidos pelo investidor, que fica refém de decisões que fujam das atitudes previsíveis a época da alocação do investimento.

Dessa maneira, o bom funcionamento desse sistema dependerá do entendimento de cooperação entre os países e de acordos internacionais, que visam a defender reciprocamente seus nacionais. Nesse sentido, percebemos que o sistema de proteção aos investimentos estrangeiros tem por intuito maior elevar a relação do investidor com o Estado a nível internacional, retirando ao máximo o caráter político – e incerto – da circunstância que se encontra o estrangeiro.

O Brasil, ao longo da história, teve uma posição relativamente alheia à dinâmica estabelecida pelos tratados de investimento. Não foi adepto da Doutrina Calvo, quando em vigor, mas também não assinou a Convenção de Washington ou efetivou qualquer *Bilateral Investment Treaty* (BIT). Esse posicionamento se justificava quando o país não passava de um receptor de investimentos externos, seja por temores de cláusulas abusivas que o impedissem de realizar medidas de cunho administrativo ou econômico – tomando por exemplo os casos ICSID deflagra-

dos na ocasião da crise econômica argentina –, seja por simplesmente confiar na atratividade do território nacional em relação ao capital estrangeiro.

Hoje, entretanto, o Brasil se projeta mundialmente não só como receptor de divisas, mas como um importante país exportador de capital, com empresas que figuram dentre as maiores do mundo – como a Petrobras, Embraer e Vale –, cabendo a consideração quanto à proteção de nossos investidores em territórios além-mar. Ainda, devemos levar em consideração que enquanto o país continua a se mostrar como um destino interessante para investimentos, por apresentar uma política estável e por ser dotado de riquezas naturais significativas, outros pólos importantes surgem como para concorrer com o Estado brasileiro ao demonstrarem ambientes onde o Estado não tenha um papel tão ativo na economia quanto nosso, e por não disporem de uma burocracia e sistema jurídico tão complexos quanto o nacional.

Entendemos que a assinatura da Convenção de Washington pelo Brasil representaria a definição do posicionamento nacional enquanto agente efetivo da dinâmica econômica mundial, e demonstraria fazer parte do ambiente internacional de cooperação que visa alcançar o Direito Internacional Público clássico. Apesar de não termos uma definição da doutrina quanto à relação direta entre a adoção do sistema internacional de proteção

aos investimentos estrangeiros e o aumento do fluxo de capital para um Estado, entendemos que tal adoção consiste muito mais em um posicionamento político por parte do Brasil, e faz parte de sua definição enquanto sujeito internacional.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Princípios de direito regulatório do petróleo. In: ROSADO, Marilda. (Coord.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 313-322
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás. *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, nº5, p. 37-78, 2007
- BATISTA MARTINS, Pedro A.; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999
- BERNARDINI, Piero. Stabilization and adaptation in oil and gas investments. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 98-112, 2008
- BERNHARD, MAIER. How has International law dealt with the tension between sovereignty over natural resources and investor interests in the energy sector? Is there a balance?. *International Energy Law Review*, nº4, p. 95-109, 2010
- BUCHHEB, José Alberto. **A Arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- CAMERON. Peter D., **Internacional Energy Investment Law: The Pursuit of Stability**. Oxford University Press: Nova Iorque, 2010.
- CAMERON, Peter D. **Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors**. *Association of International Petroleum Negotiators*, jul. 2006
- CAUBET, C. G. As repolarizações do mundo. In: Christian Guy Caubet. (Org.). **A força e o direito nas relações internacionais**. 33ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, -15.
- BARRETO, Celso de Albuquerque. Geopolítica do petróleo: tendências mundiais pós guerra do Iraque de 2003. Brasil: Situação e marco regulatório. In: ROSADO, Marilda. (Coord.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 7-28
- COFFEY, Brendan. Oil and Gas: A World of High Stakes Deals. Thompson and Knight, nov. 2005. Disponível em: <http://www.martindale.com/pdf/c2c/magazine/2005_Nov/c2cMag_Nov05_GP_ThompsonKnight.pdf> Acesso em: 20 jul. 2013-09-26
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

- DOLZER, Rudolf. National Treatment: New Developments. In: Symposium Co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, 2005, Paris. **Making the Most of International Investment: A common agenda**. Disponível em: <www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf> Acesso em: 30 ago. 2013
- ELJURI, Elisabeth; TREVINO, Clovis. Venezuela: On the path to complete “oil sovereignty”, or the beginning of a new era of investment? *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 3, p. 259-262, Ago. 2009
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- FIAD, Patrícia Sampaio. **A importância da arbitragem internacional de investimento para o equilíbrio da relação entre o Estado Hospedeiro e o Investidor Estrangeiro na indústria do petróleo**. 2013. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.
- FREYER, Dana H.; GARFINKEL, Barry H.; GHARAVI, Hamid G. Bilateral Investments Treaties and Arbitration. In: CARBONNEAU, Thomas E. (Ed.). **Handbook on International Arbitration and ADR**. Nova Iorque: JurisNet, 2006. p. 279-289
- GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero. Reflections on the law applicable to international oil contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 6, nº 2, p. 129-162, 2013
- GAZZINI, Tarcisio. Bilateral investment treaties. In T. Gazzini, E. De Brabandere (eds.), **International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations**. The Hague: Martinus Nijhoff, 2012
- GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: RT, vol.2, n. 7, out/nov 2005, p. 52.
- GUNTRIP, Edward. Systemic Integration and International Investment Law. In: European Society of International Law Conference, 4, 2010, Cambridge. **Agora 5: Investment Protection**. Disponível em: http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Guntrip.pdf Acesso em 20 jul. 2013
- JOBIM, Nelson. Aspectos jurídicos da abertura do mercado de petróleo. In: ROSADO, Marilda. (Coord.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 395-405
- JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism. *Association of International Petroleum Negotiators – A Paper by Plexus Energy Ltd and INCE & Co*, jun. 2008
- JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 1, 3-23, 2009
- KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. Direito Internacional dos Investimentos na atualidade: uma análise da posição brasileira. *Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*. Belo Horizonte, vol. 3, nº 1, jul. 2010. Disponível em: <www.unibh.br/revistas/ecivitas/>
- KONOPLYANIK, A. Energy Security: the role of business, governments, international organisations and international legal framework. *International Energy Law Review*, nº6, p. 85-93, 2007
- LAVRANOS, Nikos. Bilateral Investment Treaties and the EU Law. In: European Society of International Law Conference, 4, 2010, Cambridge. **Agora 5: Investment Protection**. Disponível em: <http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Lavranos.pdf> Acesso em: 20 jul. 2013
- LIMA, Paulo Cesar Ribeiro. Possible Changes in the legal framework of the Brazilian oil industry. *International Energy Law Review*, nº7, p. 252-255, 2009

- MANIRUZZAMAN, A.F.M. The pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A critical Appraisal of the Emerging Trends. *Association of International Petroleum Negotiators*, 2008
- MARTIN, A. Timothy. Dispute resolution in the international energy sector: an overview. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 4, nº 4, p. 332-368, dez. 2011
- MELLO, Celso A. Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26a ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2009
- MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996
- MUKAI, Toshio. Contrato de exploração de petróleo e gás natural: natureza jurídicoprivada e suas consequências-parecer. *Revista Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, n. 8. Agosto de 1999, p. 39-55.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Working Papers on International Investment – Most-Favoured-Nation treatment in international investment law, 2004. 25 p.
- PAPARINSKIS, Martins. The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration. In: European Society of International Law Conference, 4, 2010, Cambridge. **Agora 5: Investment Protection**. Disponível em: < www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Paparinskis.pdf> Acesso em: 25 jul. 2013
- PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem e Investimentos Estrangeiros. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº4, 7-31, abr/maio/jun. 2004
- PUTTE, Alexander van de; GATES, David F.; HOLDER. Political risk insurance as an instrument to reduce oil and gas investment risk and manage investment returns. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 5, nº 4, 284-301, dez. 2012
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13a Edição – São Paulo: Saraiva, 2011
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito dos Investimentos e Petróleo**.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 2, 129-148, 2009
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Solução de controvérsias na indústria do petróleo. In: LEMES, Selma Ferreira ; CARMONA, Carlos Alberto ; MARTINS, Pedro Batista, coord. (Org.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares**, in Memoriam.. São Paulo: Atlas, 2007, p. 372-401.
- RIBEIRO, Marilda de Sá Rosado. Soberania e Expropriação: novas tendências no século XXI. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE 2008, 2008, Rio de Janeiro. **Anais da Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP, 2008
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; RODRIGUES, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. Tendências da arbitragem internacional de investimentos em casos da indústria do petróleo. In: Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás, 7, 2013, Aracaju: ABPG, 2013.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **International Arbitration: Law and Practice**. 2. ed. A Haia: Kluwer Law International, 2001
- SCHREUER, Christoph. Denunciation of the ICSID Convention and consent to arbitration. In: WAIBEL, Michael et al. (Ed.). **The Backlash against investment arbitration**. Kluwer Law International, p. 353-368
- SKINNER, Matthew; MILES, Cameron A.; LUTTRELL, Sam. Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 3, nº 3, 260-285, nov. 2010

SMITH, Kevin. The Law of Compensation for Expropriated Companies and the Valuation Methods Used to Achieve That Compensation. **Net**, North Carolina, 2001. Wake Forest University. Disponível em:

<users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/2001/Smith.htm> Acesso em: 16 ago. 2013

STEVENS, Paul. National oil companies in the middle east: under the shadow of government and the resource nationalism cycle. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 5-30, 2008

TALUS, Kim; LOOPER, Scott; OTILLAR, Steven. Lex Petrolea and the internationalization of petroleum Agreements: Focus on host governments contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 5, nº 3, p. 181-193, jul. 2012

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem como meio de solução de litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 9, p. 78-93, abr. 2006.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: ROSADO, Marilda. (Coord.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 617-660

UNITED NATIONS. **United Nations Conference on Trade and Development – Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investment rulemaking**. Nova Iorque, 2007, 172 p. Disponível em: < http://unctad.org/en/Docs/iteia20065_en.pdf >

WÄLDE, Thomas W. Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: industry and political cycles meet the rule of law. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 55-97, maio 2008

ZERBINI, Eugênia. O Brasil à distância do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 35, p.11-17, jan. 2007.

Referências

- 1 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 149
- 2 STEVENS, Paul. National oil companies in the middle east: under the shadow of government and the resource nationalism cycle. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 5-30, 2008. p. 6-7
- 3 *Ibid.* p.8
- 4 CAUBET, C. G. As repolarizações do mundo. In: Christian Guy Caubet. (Org.). **A força e o direito nas relações internacionais**. 33ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, -15.
- 5 *Loc.cit.*
- 6 STEVENS, Paul. *Op.Cit.* p.8
- 7 *Ibid.* p.8
- 8 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 153
- 9 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito dos Investimentos e Petróleo**. p.9
- 10 MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996. p.32
- 11 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.* p.9
- 12 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; TIBURCIO, Carmen. Tendências da arbitragem internacional de investimentos em casos da indústria do petróleo. In: Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás, 7, 2013, Aracaju: ABPG, 2013. p.2
- 13 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Op. cit.* p. 154
- 14 *Loc.cit.*
- 15 MARTIN, A. Timothy. Dispute resolution in the international energy sector: an overview. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 4, nº 4, p. 332-368, dez. 2011. p. 332
- 16 KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. Direito Internacional dos Investimentos na atualidade: uma análise da posição brasileira. *Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*. Belo Horizonte, vol. 3, nº 1, jul. 2010. p. 4 Disponível em: <www.unibh.br/revistas/ecivitas/> Acesso em: 29 ago. 2013
- 17 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; TIBURCIO, Carmen. *Op.cit.* p.2
- 18 KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. *Op. cit.* p.5
- 19 “não existe qualquer país, sociedade ou cultura no mundo em que não haja qualquer suspeita de estrangeiros”. WÁLDE, Thomas W. Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: industry and political cycles meet the rule of law. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 55-97, maio 2008 p.63
- 20 PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem e Investimentos Estrangeiros. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº4, 7-31, abr/maio/jun. 2004 p.18
- 21 REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13ª Edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2011 p. 321
- 22 KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. *Op.cit.* p. 5
- 23 REZEK, Francisco. *Op. cit.* p. 330
- 24 *Loc cit.*
- 25 *Ibid.* p. 331
- 26 *Loc. Cit.*
- 27 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.* p. 2
- 28 As resoluções 3201 e 3281, expedidas pela Assembleia Geral da ONU em 1974, podem ser consideradas os alicerces da Nova Ordem Econômica Internacional e ao estabelecimento de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, juntamente com a 1803, relativa à Soberania Permanente Sobre Recursos Naturais, abodada no item 3.1 deste trabalho. São considerados princípios fundamentais dessa nova ordem, para o escopo deste estudo, aqueles que guardam relação com a dinâmica de investimentos estrangeiros, sendo estes os que tratam da soberania permanente dos Estados sobre os recursos naturais, riquezas e atividades econômicas; o da não-ingerência nos assuntos internos dos Estados pelos investidores estrangeiros; o do direito ao desenvolvimento; o do direito de jurisdição e da solução pacífica de controvérsias quando mutuamente acordada pelas partes. Essa nova ordem econômica mundial tem por finalidade a instauração de uma unidade que a coexistência pacífica entre os diferentes Estados e culturas é fundamental, levando em consideração, para isso, a interdependência econômica e a heterogeneidade dos países.
- 29 *Ibid.* p.4
- 30 FREYER, Dana H.; GARFINKEL, Barry H.; GHARAVI, Hamid G. Bilateral Investments Treaties and Arbitration. In: CARBONNEAU, Thomas E. (Ed.). **Handbook on International Arbitration and ADR**. Nova Iorque: JurisNet, 2006. p. 279-289
- 31 MARTIN, A. Timothy. Dispute resolution in the international energy sector: an overview. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 4, nº 4, p. 332-368, dez. 2011. p.343
- 32 PUCCI, Adriana Noemi. *Op. cit.* p. 16-17
- 33 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op.cit.* p. 15-16
- 34 MARTIN, Timothy. *Op.cit.* p. 341-343
- 35 ICSID. Article 25: “(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”
- 36 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p.12-14
- 37 Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco ICSID Case No. ARB/00/4
- 38 CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick; FLORY, Thiebaut. Manuel droit international économique. 3 ed. Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1990. P. 560 *apud* PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 13
- 39 FIAD, Patrícia. *Op.Cit.* p. 108
- 40 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE,

- Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism. *Association of International Petroleum Negotiators – A Paper by Plexus Energy Ltd and INCE & Co*, jun. 2008 p. 34
- 41 UNITED NATIONS. **United Nations Conference on Trade and Development – Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investment rulemaking**. Nova Iorque, 2007, p.10. Disponível em: < http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf >
- 42 *Loc.cit.*
- 43 *Ibid.* p. 25-27
- 44 **Modelo de Tratado Bilateral do Canadá, de 2004. Article 1** “Definitions / Investment means: (I) an enterprise; (II) an equity security of an enterprise; (III) a debt security of an enterprise (...) (IX) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor’s property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise; but investment does not mean(...)
- 45 GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero. Reflections on the law applicable to international oil contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 6, nº 2, p. 129-162, 2013, p. 133
- 46 *Loc.cit.*
- 47 Cf. Item 2.5.4
- 48 CAMERON, Peter D., *Internacional Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*. Oxford University Press: Nova Iorque, 2010, p. 172
- 49 *Loc.cit.*
- 50 O *Energy Charter Treaty* consiste em um tratado multilateral de promoção e proteção de investimentos, e concentra-se em investimentos em energia, principalmente na indústria de upstream (exploração e produção).
- 51 *Loc. cit.*
- 52 WÄLDE, Thomas W. Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: industry and political cycles meet the rule of law. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 55-97, maio 2008, p.56
- 53 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; RODRIGUES, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. *Op.cit.* p.2
- 54 UNITED NATIONS. *Op.cit.* p.28
- 55 VANDELDELDE, Kenneth (1992). *apud.* UNITED NATIONS. **United Nations Conference on Trade and Development – Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investment rulemaking**. Nova Iorque, 2007, 172 p. Disponível em: < http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf > p.28
- 56 Cf. Item 2.5
- 57 Cf. Item 4
- 58 LAVRANOS, Nikos. Bilateral Investment Treaties and the EU Law. In: European Society of International Law Conference, 4, 2010, Cambridge. **Agora 5: Investment Protection**. Disponível em: <http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Lavranos.pdf> Acesso em: 20 jul. 2013
- 59 UNITED NATIONS. *Op.cit.* p.28
- 60 *Loc.cit.*
- 61 CAMERON, Peter D. Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors. *Association of International Petroleum Negotiators*, jul. 2006, p. 70
- 62 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case n. ARB(AF)/00/2)
- 63 MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (ICSID Case n. ARB/01/7) Disponível em: <icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>
- 64 CAMERON, Peter D. *Op.cit.* p. 70
- 65 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism. *Association of International Petroleum Negotiators – A Paper by Plexus Energy Ltd and INCE & Co*, jun. 2008, p.34
- 66 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Working Papers on International Investment – Most-Favoured-Nation treatment in international investment law, 2004. 25 p, p.3
- 67 OECD. *Op.cit.* p.9
- 68 *Idem.* p. 2
- 69 *Idem.* p.5
- 70 DOLZER, Rudolf. National Treatment: New Developments. In: Symposium Co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, 2005, Paris. **Making the Most of International Investment: A common agenda**. Disponível em: < www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf> p.1
- 71 *Loc. cit.*
- 72 DOLZER, Rudolf. *Op.cit.* p.2 – “Which policies of the host country may justify differential treatment between the foreigner and the national? Is it necessary in this context to distinguish between de jure and de facto discrimination? What role, if any, will be attributed to the intentions which a government pursues with the act that allegedly discriminates? (...) When the foreign investor is compared with the domestic investor, is it necessary to identify a domestic investor who is in exactly the same business, or is it sufficient to point to an investor who is not in the same line of business but in the same economic sector? How do we define “business” and “sector” in this context?”
- 73 *Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment*, assinado em 1991: “ARTICLE 2 – 1. Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever is the more favorable, subject to the right of each Party to make or maintain exceptions falling within one of the sectors or matters listed in the Protocol to this Treaty. (...) Moreover, each Party agrees to notify the other of any future exception with respect to the sectors or matters listed in the Protocol, and to limit such exceptions to a minimum. (...) The treatment ac-

- corded pursuant to any exceptions shall, unless specified otherwise in the Protocol, be not less favorable than that accorded in like situations to investments and associated activities of nationals or companies of any third country” (grifos nossos) Disponível em: <unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/argentina_us.pdf>
- 74 MAIER, Bernhard. How has International law dealt with the tension between sovereignty over natural resources and investor interests in the energy sector? Is there a balance?. *International Energy Law Review*, nº4, p. 95-109, 2010, p.101
- 75 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 22-23
- 76 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **International Arbitration: Law and Practice**. 2. ed. A Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 81
- 77 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; RODRIGUES, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. *Op.cit.* p. 3
- 78 *Loc.cit.*
- 79 Cf. Item 2.4.1
- 80 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. *Ibid.* p.34
- 81 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 21
- 82 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.* p. 584
- 83 ICSID. Article 25 – “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”.
- 84 BATISTA MARTINS, Pedro A.; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 241
- 85 Cf. Item 2.5.2
- 86 MARTIN, Timothy. *Op.cit.* p.342
- 87 SCHREUER, Christoph. Denunciation of the ICSID Convention and consent to arbitration. In: WAIBEL, Michael et al. (Ed.). **The Backlash against investment arbitration**. Kluwer Law International, p. 353-368 – p.360
- 88 *Loc.cit.*
- 89 WÄLDE, Thomas W. *Op. cit.* p.92
- 90 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 22
- 91 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.* p.83
- 92 *Loc.cit.*
- 93 ICSID. Artigos 25 (1) e (3)
- 94 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 22
- 95 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 23
- 96 *Loc.cit.*
- 97 ICSID. Artigo 25 (2) (b) - “any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention”.
- 98 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.* p.83-84
- 99 Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID, Case No. ARB/02/18
- 100 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; TIBURCIO, Carmen. p.3
- 101 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.* p.84
- 102 BERNARDINI, Piero. Stabilization and adaptation in oil and gas investments. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 98-112, 2008, p.109
- 103 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 2, 129-148, 2009, p.143
- 104 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.* p.84
- 105 *Ibid.* p.85
- 106 TALUS, Kim; LOOPER, Scott; OTILLAR, Steven. Lex Petrolea and the internationalization of petroleum Agreements: Focus on host governments contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 5, nº 3, p. 181-193, jul. 2012
- 107 *Loc.cit.*
- 108 ICSID. “**Article 42** (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable”
- 109 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 25-26
- 110 ELOMBI, George. ICSID awards and the denial of host States laws. *Journal of International Arbitration*, v. 11, n. 3, p.62, setembro de 1994
- 111 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, Direito dos Investimentos e Petróleo. p. 20
- 112 ICSID. “Article 53 (1) – *The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention*”.
- 113 ICSID. Article 54 (1) – “*Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state*”.
- 114 BRASIL. Código de Processo Civil – “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: IV – a sentença arbitral”
- 115 ICSID. Article 48 - (1) The Tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members. (2) The award of the Tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the Tribunal who voted for it. (3) The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons

- upon which it is based. (4) Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent. (5) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.
- 116 MARTIN, Timothy. *Op.cit.* 341
- 117 *Loc.cit.*
- 118 ICSID. “Article 52 - (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based (...)”
- 119 ICSID. “Article 64 - Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement”
- 120 BERNHARD, Maier. How has International law dealt with the tension between sovereignty over natural resources and investor interests in the energy sector? Is there a balance?. *International Energy Law Review*, nº4, p. 95-109, 2010, p.95
- 121 *Loc.cit.*
- 122 BARRETO, Celso de Albuquerque. Geopolítica do petróleo: tendências mundiais pós guerra do Iraque de 2003. Brasil: Situação e marco regulatório. In: ROSADO, Marilda. (Coord.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 7-28
- 123 Item 3.1
- 124 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 124
- 125 KONOPLYANIK, A. Energy Security: the role of business, governments, international organisations and international legal framework. *International Energy Law Review*, nº6, p. 85-93, 2007
- 126 GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero. Reflections on the law applicable to international oil contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 6, nº 2, p. 129-162, 2013, p.134
- 127 *Loc.cit.*
- 128 KONOPLYANIK, A. *Op.cit.* p.85
- 129 *Ibid.* p. 90
- 130 ONU. Resolução 1803 Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1962 – “Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais”, conceito estabelecido pela
- 131 MAIER, Bernhard. *Op.cit.* p. 95
- 132 MAIER, Bernhard. *Op. cit.* p. 98
- 133 MARTIN, Timothy. *Op. cit.* p. 342
- 134 Artigo 10 do ECT
- 135 MAIER, Bernhard. *Op. cit.* p. 99
- 136 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 2, 129-148, 2009, p.130
- 137 MELLO, Celso D. de Albuquerque. A soberania através da história. **Anuário: direito e globalização: a soberania**. 9. ed. São Cristóvão-RJ: Renovar, 1999, p. 17
- 138 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.121
- 139 MELLO, Celso. *apud. Loc.cit.*
- 140 ONU. Resolução 1803 da Assembleia Geral das Nações Unidas - “1. O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre as suas riquezas e recursos naturais deverá ser exercido no interesse do respectivo desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em causa.
2. A exploração, desenvolvimento e disposição de tais recursos, bem como a importação dos capitais estrangeiros necessários para tais fins, deverão estar de acordo com as regras e condições que os povos e nações livremente considerem necessárias ou desejáveis relativamente à autorização, restrição ou proibição de tais actividades.(...) 4. A nacionalização, expropriação ou requisição deverão basear em fundamentos ou razões de utilidade pública, segurança ou interesse nacional reconhecidos como superiores aos interesses puramente individuais ou privados, tanto nacionais como estrangeiros. Nestes casos, o proprietário deverá receber uma indemnização adequada, de acordo com as normas em vigor no Estado que toma tais medidas no exercício da sua soberania e em conformidade com o direito internacional. Sempre que a questão da indemnização der origem a controvérsia, dever-se-ão esgotar as vias de recurso no âmbito da jurisdição do Estado que adopta as medidas. Contudo, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá ser dirimido através da arbitragem ou da justiça internacional. 5. O exercício livre e proveitoso da soberania dos povos e das nações sobre os seus recursos naturais deverá ser fomentado pelo respeito mútuo entre Estados com base na respectiva igualdade soberana. 6. A cooperação internacional com vista ao desenvolvimento económico dos países em vias de desenvolvimento, sob a forma de investimentos de capital públicos ou privados, troca de bens e serviços, assistência técnica, ou partilha de informação científica, deverá favorecer o desenvolvimento nacional independente desses países e basear-se no respeito da sua soberania sobre as respectivas riquezas e recursos naturais. (...)
- 141 RIBEIRO, Marilda de Sá Rosado. Soberania e Expropriação: novas tendências no século XXI. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE 2008, 2008, Rio de Janeiro. **Anais da Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBI, 2008. p.3
- 142 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.122
- 143 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op.cit.* p.127
- 144 *Loc.cit.*
- 145 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. *Op.cit.* p.12

- 146 *Ibid.* p.13
- 147 WÄLDE, Thomas. *Op.cit.* p. 56
- 148 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op.cit.* p.130
- 149 ORGANIZAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO. Dados disponíveis em: <www.onip.org.br/?s=brasil+12%25+produ%C3%A7%C3%A3o&lang=pt-br>
- 150 LIMA, Paulo Cesar Ribeiro. Possible Changes in the legal framework of the Brazilian oil industry. *International Energy Law Review*, nº7, p. 252-255, 2009
- 151 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás. *Revista do Direito da Energia*, nº5, 2007. p.41
- 152 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 2, 129-148, 2009, p. 132
- 153 KONOPLYANIK, A. *Op.cit.* p.94
- 154 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito dos Investimentos e Petróleo.** p. 16
- 155 WÄLDE, Thomas. *Op.cit.* p.93
- 156 KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. *Op.cit.* p.9
- 157 GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: RT, vol.2, n. 7, out/nov 2005, p. 52.
- 158 FONSECA, Karla Closs. *Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos.* Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2007, p. 42.
- 159 VANDELVERDE, Keneth J. The economics of bilateral investment treaties. In: **Harvard International Law**, vol. 41, n. 2, 2000, p. 3 *apud.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito dos Investimentos e Petróleo.** p. 17
- 160 KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. *Direito Internacional dos Investimentos na Atualidade – Uma Análise da Posição Brasileira.*
- 161 KONOPLYANIK, A. *Op.cit.* p. 85
- 162 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; TIBURCIO, Carmen. *Op.cit.* p.8
- 163 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 2, 129-148, 2009, p. 130
- 164 *Ibid.* p. 135
- 165 *Ibid.* p.135-136
- 166 *Ibid.* p. 131
- 167 *Cf.* Item 4.2
- 168 *Ibid.* p. 147
- 169 *Cf.* Item 2.3
- 170 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; RODRIGUES, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. *Op. cit.* p. 4
- 171 BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem)
- 172 LEI DO PETRÓLEO. 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.
- 173 LEI DO PETRÓLEO. 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;
- 174 BUCHEB, José Alberto. **A Arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.
- 175 BRASIL. Constituição (1988). Artigo 177, inciso I
- 176 MELLO, Celso A. Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2009, p. 806.
- 177 Bucheb, José Alberto. *Op.cit.* p.14
- 178 MUKAI, Toshio. Contrato de exploração de petróleo e gás natural: natureza jurídicoprivada e suas consequências- parecer. *Revista Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, n. 8. Agosto de 1999, p. 39-55.
- 179 CONTRATO DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL, ASSINADO NO ÂMBITO DA NONA RODADA DE LICITAÇÕES. 2007. “31.5. Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2., deverá submeter essa disputa ou controvérsia a processo arbitral “ad hoc”, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e em consonância com os seguintes preceitos: (a) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. (b)Serão três os árbitros. Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente. (c) A cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral. (d) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. As Partes poderão, todavia, instruir o processo com depoimentos ou documentos em qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem, sem necessidade de tradução oficial. (e) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras. (f) A sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes. (g) Havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias, a Parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação brasileira aplicável. 31.6. Para os efeitos da Lei nº 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimo-

- niais disponíveis, as Partes elegem o foro da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.”
- 180 BALDWIN, James. Turning Brazil into a Business and Investment Hub: Charting a Steady Course. Disponível em: <https://www.bcgperspectives.com/content/articles/globalization_mergers_acquisitions_charting_a_steady_course_turning_brazil_into_business_investment_hub/>
- 181 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. p.35
- 182 *Loc.cit.*
- 183 WÄLDE, Thomas. *Op.cit.* p.56
- 184 *Loc.cit.*
- 185 *Loc.cit.*
- 186 MARTIN, A. Timothy. *Op.cit.* p. 352
- 187 *Loc.cit.*
- 188 DARDEN, Michael P. International Due Diligence. Texas: Nuevo Energy Company, [S.d] p.3 *apud.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. p.25
- 189 Government of Kuwait v American Independent Oil Company (Aminoil)
- 190 JENNING, R.Y. State Contracts in International Law. In: The British yearbook international law, 1961, p. 177. *Apud.* GAO, Zhiguo. International Petroleum Contracts: Current Trends and new directions. Londres: Graham & Trotmanm 1994, p. 209. *Apud.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. p.25
- 191 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. *Op. cit.*
- 192 Wälde, Thomas. The role of arbitration in the globalization of energy markets (introduction to future book on international energy arbitration), p.4 *apud.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 141
- 193 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos do México*, 2003, ICSID Case nº ARB (AF)/00/2, Awardra Maio 2003 (“Tecmed”), parágrafo 115
- 194 *Revere Copper v. OPIC*, 1978, Award 24 de agosto de 1978, 56 ILR 268 (“Revere Copper”)
- 195 *Pope & Talbot Inc v. Governo do Canadá*, 2000, Interim Award de 26 de junho de 2000, 40 ILM 258 (“Pope & Talbot”), parágrafo 96
- 196 *CMS Gas Transmission Co v. República da Argentina*, 2005, ICSID Case nº ARB/01/8, Award 12, Maio de 2005 (“CMS”)
- 197 *Metalclad Corp v. Estados Unidos Mexicanos*, 2000, ICSID Case nº ARB(AF)/97/1, Award 30 de agosto de 2000 (“Metalclad”)
- 198 CAMERON, Peter D. Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors. *Association of International Petroleum Negotiators*, jul. 2006, p.48
- 199 RIBEIRO, Marilda de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. p. 25
- 200 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. *Op. cit.* p. 69
- 201 SMITH, Kevin. The Law of Compesation for Expropriated Companies and the Valuation Methods Used to Achieve That Compesation. **Net**, North Carolina, 2001. Wake Forest University. p. 2 Disponível em: <users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/2001/Smith.htm> Acesso em: 16 ago. 2013
- 202 *Ibid.* p.2
- 203 *CME Czech Republic BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, 2003, UNCITRAL Award, 14 de março de 2003, parágrafo 497.
- 204 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. p.29
- 205 CAMERON. Peter D. *Op.Cit.* p.68
- 206 *Ibid.* p.69
- 207 *Ibid.* p.70
- 208 *Loc.Cit.*
- 209 *Ibid.* p.74-75
- 210 MANIRUZZAMAN, A.F.M. The pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A critical Appraisal of the Emerging Trends. *Association of International Petroleum Negotiators*, 2008. p. 5
- 211 *Loc.Cit.*

DESAFIOS DOS INVESTIDORES ESTRANGEIROS NO ACESSO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

CHALLENGES OF FOREIGN INVESTORS TO ACCESS THE POWER SECTOR IN BRAZIL

Luciene Machado* | luciene.machadoadv@gmail.com

Fernanda Torres Volpon** | fevolpon@uerj.br

*Pós-graduação em Direito Empresarial na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduação em Direito na Universidade Municipal de São Caetano do Sul - USCS. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia - IBDE.

**Doutoranda e Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduação pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Bolsista da CAPES. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Resumo

O presente trabalho consubstancia-se em abordar as mudanças ocorridas no setor elétrico brasileiro nas últimas décadas. O processo de transformação em busca de um mercado competitivo e obtenção de recursos para o desenvolvimento da infraestrutura se desenvolveu especialmente na década de 1990. Denota-se a importância do investimento estrangeiro para o desenvolvimento e fortalecimento do setor elétrico brasileiro. Contudo, verificou-se que os desafios dos investidores estrangeiros para promoção e proteção dos seus investimentos ainda estão presentes. Assim, o objetivo deste artigo é apresentar um panorama da reforma feita no setor e discutir os desafios que os investidores estrangeiros enfrentam para acessá-lo

Palavras-chave

investidores estrangeiros; direito da energia; direito regulatório; direito internacional; setor elétrico.

Abstract

The Brazilian energy sector suffered constantly changes during the past years. The process of transformation looked for a competitive market aiming funds to develop infrastructure in Brazil. Foreign investment is necessary to develop and strengthen the power sector, but the sector still present some challenges to be faced by the foreign investors. As consequence, some questions shall be raised in connection with the real effectiveness of mechanisms imposed to foreign investment at its entrance in the Brazilian power sector. Does the Brazilian legal framework provide legal certainty to the foreign investors interested in investing in the energy sector? The objective of this article is to provide an overview of reform made to the energy market and current hindrances to the investor's entry in such sector.

Keywords

foreign investors; energy law; regulatory law; international law; power sector.

Submetido: 21/12/2018 | Aceito: 08/01/2019



Introdução

Indubitavelmente, a energia é um setor estratégico para a economia de qualquer país.¹ Apesar da sua vitalidade consubstanciar-se em elemento de fácil absorção, o seu conceito não se configura como tarefa simples. Maria João Rolim define energia como “processo de transformação que envolve tecnologia e desdobramento econômico”.² Não muito distante, a definição utilizada por Suzana Tavares da Silva determina que “a energia é em regra definida como a capacidade de realizar trabalho ou de produzir calor, e constitui, normalmente, o resultado da queima de um combustível”.³ Assim, ambas as autoras entendem que a formação da energia depende da transformação da fonte primária (combustíveis fósseis ou fontes de energia renovável) em fontes secundárias como a energia elétrica.⁴

Dessa forma, cumpre destacar a distinção entre os conceitos “energia” e “eletricidade”. Como esclarece Maria João Rolim, “a primeira é forma originária, e a segunda é consequência da conversão da energia em corrente elétrica com repercussão econômica”.⁵

Tendo em vista o papel fundamental desempenhado na economia nacional, o setor energético requer não somente a atuação do poder público na sua regulação, como também depende da atração de investimentos público e privados, nacional e estrangeiros para o seu progresso econômico.

Depreende-se, dessa forma, que um processo regulatório adequado se torna essencial para atração dos investimentos estrangeiros no setor da eletricidade como segmento da infraestrutura. Trata-se de um fator de significativa relevância para o desenvolvimento econômico-social dos países, em especial, daqueles menos desenvolvidos.

Como o setor de energia no Brasil se encontra em constante desenvolvimento, “demanda-se empenho do Poder Público para implementar políticas que promovam, além do incremento da oferta do recurso, a possibilidade de adequação dessa oferta à demanda”⁶. Nesse contexto, inserem-se as medidas promotoras do investimento estrangeiro. As políticas determinadas pelo Poder Público devem procurar, de algum modo,

prover uma resposta às necessidades de agentes público e privados, assim como, da população.

Infelizmente, nem todas as políticas públicas brasileiras são favoráveis ao investidor estrangeiro. A hipótese deste trabalho é que nem todas as medidas promovem ou criam um ambiente atrativo para as empresas privadas estrangeiras investirem recursos e arrisquem sua reputação em determinados projetos.

Assim, trata-se de examinar criticamente o panorama atual que regula o acesso do investidor estrangeiro ao mercado elétrico, analisando se há criação de obstáculos para restringir (intencionalmente ou não) o acesso de estrangeiros ao setor.

No intuito de fazer esta análise, determinou-se relevante trazer um panorama histórico das principais modificações no setor elétrico, alimentado por fatores políticos e econômicos que influenciaram essas transformações. Na segunda seção, será feita uma análise da legislação nacional e dos requisitos exigidos aos investidores estrangeiros para acesso ao setor elétrico. Por fim, serão examinados os desafios enfrentados pelos investidores estrangeiros. Aplica-se a metodologia jurídico-dogmática, utilizando-se como marco teórico a construção feita pela autora Maria João Rolim de análise “sob a ótica do Direito Econômico os diversos aspectos jurídicos que envolvem a utilização da energia elétrica e o corrente processo de reestruturação do setor elétrico.”⁷

1. A ESTRUTURA DO SETOR ELÉTRICO – INÍCIO DO SÉCULO XX ATÉ A CRISE ENERGÉTICA EM 2001

No início do século XX, o setor elétrico brasileiro era formado, precipuamente, pelas companhias privadas Light and American & Foreign Power Co. (Amforp), cujas nacionalidades eram canadense e americana, respectivamente.⁸ Em virtude da ausência de uma legislação específica nesse setor, os serviços elétricos eram regulados por contratos privados⁹ entre empreendedores e o governo municipal, sendo que referidos contratos tinham como objeto principal a ocupação dos bens públicos e potenciais hidráulicos.

Com o advento da Constituição da República

Federativa do Brasil em 1934, um novo cenário para o setor elétrico brasileiro foi definido, uma vez que este diploma legal garantiu a centralização, pela União, da outorga de todos os seguimentos do setor de energia: geração, distribuição e transmissão.¹⁰

No mesmo ano, o Decreto nº 26.234/1934 mais conhecido como “Código de Águas” foi promulgado e este estabeleceu o prazo para concessões em trinta anos, podendo chegar a cinquenta anos, caso houvessem investimentos significativos pelos empreendedores.¹¹

O Código de Águas determinava o direito de autoridades públicas supervisionarem as empresas no setor elétrico com objetivo de verificar as atividades exercidas¹². Além disso, também estabelecia o critério para o processo simplificado para autorização ou concessão de exploração de usinas de energia hidráulica, entre outras medidas.¹³

Com advento do Decreto-Lei nº 852/1938, novas exigências passaram a ser adotadas especificamente no tocante à construção de linhas de transmissão e redes de distribuição, dado que referida norma estabeleceu a necessidade de autorização federal para tais obras e, em 1940, passou a ser exigida a autorização federal para construção de usinas hidroelétricas e usinas térmicas.¹⁴⁻¹⁵

No mesmo sentido que o Código de Águas, o Decreto-Lei N. 3.763/1941 estabeleceu que a supervisão deveria ser realizada pelas autoridades públicas, incluindo a supervisão no âmbito da contabilidade financeira. O objetivo dessa medida era garantir que os serviços disponibilizados à população seriam apropriados, que a tarifa de energia elétrica seria razoável e que as empresas apresentassem uma estabilidade financeira.¹⁶

A década de 1940 foi marcada pelo Governo Federal concentrando seu poder e intervenção na economia. Devido à alta demanda de energia elétrica ocasionada pela industrialização e pelo papel de interventor, o governo brasileiro também desempenhou o papel de empreendedor no setor elétrico.

O Decreto-Lei n. 8.031/1945 representou o

período de intervenção, concedendo autorização para a criação e construção da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF) em 1945¹⁷. O referido decreto também realizou o desmembramento entre geração e distribuição de energia, cuja responsabilidade pela construção de usinas e linhas de transmissão passou a ser da União e os Estados-membros responsáveis pela distribuição. Importante esclarecer que há exceções, dado que empresas como Cemig, CESP, Copel e CEEE são geradoras de energia construídas pelos Estados-membros de suas respectivas localizações: Minas Gerais, São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul.

O domínio pelo Estado na expansão do setor elétrico brasileiro consolidou-se com a criação da Eletrobrás, em 1962¹⁸, uma vez que esta empresa concentrou atividades como planejamento, financiamento e expansão da oferta¹⁹. Este modelo surtiu efeitos positivos, com a significativa elevação da oferta de energia elétrica.²⁰

Todavia, após vinte anos, uma grave crise assolou o setor elétrico. Esta crise foi desencadeada pela extinção de impostos e utilização de tarifas, tal fato resultou na cessação do financiamento do setor elétrico, fazendo com que o Estado ficasse impossibilitado de investir e proporcionar o crescimento necessário.²¹

Até o início da década de 1990 o modelo de monopólio estatal era presente, todavia, devido às mudanças ocorridas na década de 1980 e a crise financeira enfrentada em diversas áreas da economia fizeram com que este modelo se apresentasse frágil e ineficiente diante das demandas sociais e econômicas.

À época, o papel do Estado passou a ser questionado, dado que para impulsionar novamente a economia era preciso que o Estado intervisse em menor escala na atividade econômica, especialmente nas atividades relacionadas à prestação de serviços públicos de energia elétrica.

Neste sentido, visando melhorias na economia como um todo, foi introduzido no mercado elétrico o regime competitivo²², fazendo com que empresas componentes deste segmento aumentassem sua eficiência. Com isto, entendeu-se necessário que algumas empresas estatais deve-

riam ser privatizadas, reduzindo seu poder de mercado e introduzindo o regime competitivo. Após a crise de 1980, o governo brasileiro decidiu reformar o setor elétrico. No início dos anos 1990, o Governo Federal concedeu um incentivo aos Estados para privatizar as empresas públicas, especialmente, os distribuidores de energia elétrica, objetivando obter recursos financeiros e estabelecer um sistema competitivo para o setor elétrico.²³

Em 1995, publicou-se a Lei nº 8.987 definindo as regras gerais para nortear a prestação dos serviços públicos, assim como os direitos e obrigações dos concessionários de serviço público e usuários, além de regular os reajustes e revisões tarifárias necessários para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.²⁴

Ainda, no mesmo ano, a Lei nº 9.074/1995 trouxe importantes modificações para o setor elétrico, uma vez que criou figuras importantes para continuar impulsionando a competitividade. Assim, surgiram o Produtor Independente de Energia (PIE)²⁵ e o Consumidor Livre, sendo que a grande alteração no cenário foi a permissão para que ambos negociassem o valor da energia elétrica produzida pelo PIE.²⁶

Passados alguns anos e observada a ineficiência de toda modificação até então realizada no setor elétrico, no início do segundo trimestre de 2001 foi verificado que a maior fonte de geração de energia elétrica, ou seja, os reservatórios estavam abaixo de 40% do nível de capacidade de armazenamento, e um racionamento de energia elétrica era inevitável.²⁷

Assim, em 01 de junho de 2001 o governo decretou racionamento de energia elétrica em todo País, com exceção da região Sul²⁸. Diante deste cenário, o governo determinou cotas de consumo (ou seja, residências e indústrias deveriam utilizar determinada quantidade mensal de energia), aumentou as tarifas incidentes sobre a energia elétrica, e ainda, propôs o pagamento de bônus para os usuários que economizassem energia durante a fase do racionamento.

Apenas em Fevereiro de 2002 o Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS)²⁹ determinou que o racionamento fosse encerrado, e após a análise econômico-financeira de todo o período

em que a energia foi racionada verificou-se que este fato impactou negativamente a produção industrial.³⁰

Considerando que à época a legislação sobre a matéria era vaga e por vezes conflitante, não definindo claramente direitos e obrigações de cada agente do setor elétrico, a principal consequência era o afastamento de investidores privados, que por falta de segurança não celebravam negócios jurídicos com empresas do setor elétrico.

A crise levou ao recuo de diversos investidores privados do setor elétrico brasileiro³¹, levando a criação de um novo sistema com órgãos capazes de guiar e supervisionar as atividades desse setor.

Esse movimento foi essencial para a reestruturação, desenvolvimento e operação do setor elétrico. Com objetivo de endereçar as mudanças necessárias, criou-se o Ministério de Minas e Energia - MME, responsável pela criação e implementação das políticas no setor elétrico. A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)³² também foi criada com a responsabilidade pela regulação e supervisão das atividades desenvolvidas pelos agentes de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia.

Atualmente, o mercado elétrico é dividido em dois ambientes, a saber: “Ambiente de Contratação Regulada” e “Ambiente de Contratação Livre”.

No Ambiente de Contratação Regulada, a compra de eletricidade se dá através de leilões em que as concessionárias ou permissionárias de serviço público realizam em atendimento às exigências da Lei nº 10.848/2004³³. Mencionados leilões são realizados pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) e pela ANEEL, caso em aqueles participantes do leilão que forem declarados vencedores do certame deverão firmar com a concessionária ou permissionária de serviço público um contrato público registrado.³⁴

Por outro lado, no Ambiente de Contratação Livre os geradores, comercializadores e consumidores livres e especiais podem estabelecer as quantidades de energia, preço e demais condições de fornecimento de forma discricionária.

A segregação entre “Ambiente de Contratação Regulada” e “Ambiente de Contratação Livre” resultou da segmentação do setor elétrico brasileiro, processo que promoveu a instauração do regime competitivo, assim como manteve os segmentos de distribuição e transmissão regulados.

2. OS REQUISITOS PARA ACESSO DO INVESTIDOR ESTRANGEIRO NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO

O principal objetivo das diversas reformas implementadas no setor elétrico brasileiro consistiu em instituir um mercado competitivo e atrair mais investimentos para financiar o setor e desenvolver a infraestrutura.

O novo modelo regulatório buscava um mecanismo liberal com menos intervenção estatal, autorizando a geração e a distribuição dos serviços elétricos a serem executados pelos agentes privados. Com essa autorização, as empresas públicas foram privatizadas, consolidando um novo paradigma do setor privado como investidor do setor elétrico.

Os últimos eventos na regulação do setor elétrico brasileiro demonstraram ser favoráveis aos investidores estrangeiros. O governo federal promoveu eventos para anunciar que antigas restrições para o acesso ao setor elétrico brasileiro foram removidas.³⁵

O então Ministro das Minas e Energia, Eduardo Braga, anunciou em outubro de 2015 que o governo brasileiro havia retirado as barreiras ao investidor estrangeiro no setor elétrico brasileiro. Eduardo Braga também reafirmou que a segurança jurídica permanece como um dos principais comprometimentos da política pública brasileira e que o sistema atual de tarifas é bastante favorável.³⁶

Assim, o objetivo desta seção é examinar os requisitos necessários para o acesso do investidor estrangeiro no setor elétrico brasileiro. As opções de investimento incluem o comércio de eletricidade e a participação em leilões para geração e transmissão de energia elétrica. Esses investimentos são materializados a partir dos contratos de concessão com a característica de investimentos a longo-prazo, equacionando os

riscos e lucros do investimento.³⁷

Assim sendo, os requisitos a serem analisados neste trabalho se referem ao investimento estrangeiro direto (IED), espécie de investimento caracterizado por ser de longo-prazo, com transferência de um considerável volume financeiro, intenção de obter lucro por um longo período e autonomia para gerência do projeto.³⁸

Configuram-se aplicáveis outros elementos para caracterização do IED, como também o controle e o gerenciamento da pessoa jurídica, com interferência nas atividades administrativas da empresa.³⁹

A geração de eletricidade pode envolver fontes tradicionais de energia ou fontes renováveis.^{40_41} A promoção do investimento no setor energético pode ter dois lados como o investimento direto feito pelo governo na infraestrutura ou pelos atores privados, através da outorga de concessão. O artigo 176 da Constituição Federal de 1988 dispõe que o monopólio da exploração das jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica são de propriedade da União.⁴²

De acordo com a legislação brasileira, qualquer concessão, permissão ou autorização para explorar serviços ou instalações de energia elétrica ou energia hidráulica deve observar as disposições da Lei N. 8.987/95, que determinam o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Deve-se observar, ainda, a Lei N. 9.074/2004, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.⁴³

O processo de leilão para geração e transmissão de eletricidade é organizado pela ANEEL,⁴⁴ observando a aplicação da legislação nacional (Lei n. 10.848/2004 e Decreto-Lei n. 5.163/2004).

O primeiro aspecto de preocupação do investidor estrangeiro é abertura da economia nacional para o capital estrangeiro, assim como a segurança jurídica das transações. No caso do Brasil, alguns setores da economia ainda não estão abertos a pessoas jurídicas com controle estrangeiro. O “critério de controle” é um mecanismo utilizado pelo regulador nacional para restringir

a participação de empresas estrangeiras em setores do mercado brasileiro.⁴⁵

Em relação à nacionalidade dos atores privados, a reforma da Constituição Federal Brasileira ocorreu em 1995, conforme disposto abaixo:

“§ 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 efetuados 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 da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.”⁴⁶

Após a Emenda Constitucional n. 6 de 1995, as pessoas jurídicas incorporadas pelas leis brasileiras com sede no território nacional com controle estrangeiro⁴⁷ passaram a ser autorizadas a configurar como concessionárias ou permissionárias no setor energético. Dessa forma, as empresas com controle estrangeiro que queiram investir no setor elétrico brasileiro podem fazê-lo a partir de autorização governamental ou incorporando uma filial ou subsidiária no Brasil.

No âmbito do leilão realizado pela ANEEL, como o Leilão n. 01/2016 para geração de energia elétrica⁴⁸, as empresas estrangeiras são autorizadas a participar do leilão desde que criem uma sociedade de propósito específico (SPE) incorporada pelas leis brasileiras.⁴⁹

O mesmo requisito foi incluído no edital n. 02/2015 - ANEEL para geração de energia renovável⁵⁰ e do edital n. 06/2014 para geração de energia hidráulica, solar, eólica e termal.⁵¹

O edital de leilão n. 13/2015 - ANEEL estabeleceu, ainda, que o leilão para a construção de linhas de transmissão de energia elétrica, empresas estrangeiras poderiam competir individualmente sem necessidade de criar uma SPE.⁵²

Nesse caso, as empresas estrangeiras teriam que demonstrar, através da documentação necessária, capacidade legal e apontar os representantes autorizados da empresa no Brasil. Outro requisito interessante está relacionado aos leilões em que há consórcios participantes. No caso de um

consórcio ser formado por empresas brasileiras e estrangeiras, o consórcio deve ser mandatoriamente liderado por uma empresa brasileira.⁵³

3. ANÁLISE CRÍTICA DOS DESAFIOS PARA O INVESTIDOR ESTRANGEIRO ACESSAR O MERCADO ELÉTRICO BRASILEIRO

Objetiva-se, assim, analisar criticamente quais requisitos impostos aos investidores estrangeiros no setor elétrico se configuram como obstáculos para o acesso e manutenção do investimento a longo-prazo. Como mencionado anteriormente, o foco da nossa análise se limita aos investimentos estrangeiros direto no setor elétrico brasileiro, assim o investimento de portfólio e outros setores da economia não foram analisados.

Diante dos requisitos apresentados na seção anterior, entendemos que o requisito imposto às empresas estrangeiras para que venham a constituir uma SPE como condição para participar dos leilões de energia elétrica configura um desafio aos investidores estrangeiros.

Pode-se destacar outros desafios no mercado brasileiro como a insegurança jurídica⁵⁴, instabilidade política e falta de transparência, entre outros⁵⁵. É preciso debater sobre uma transformação no sistema jurídico além de apenas aditar a legislação atual. Esses desafios acabam por reduzir a atratividade do mercado elétrico brasileiro aos investidores estrangeiros, impactando a habilidade do governo em obter recursos financeiros para investimento na infraestrutura.

Em termos de limites impostos ao investimento estrangeiro em setores específicos da economia, existem dois tipos de restrições - aquelas que limitam a participação de empresas estrangeiras no exercício de atividades em setores estratégicos da economia e as que impõem restrição à participação de indivíduos estrangeiros no quadro societário de empresas brasileiras.⁵⁶

As restrições impostas pelo legislador nacional baseiam-se no protecionismo dos interesses nacionais e proteção de determinados setores da economia que são considerados essenciais e/ou estratégicos.⁵⁷

Por um lado, comunicação setores é um setor que ainda sofre com esse tipo de restrição. Por outro lado, os setores de óleo e gás, aviação e o setor energético são exemplos de setores que passaram a permitir maior flexibilidade na participação de estrangeiros.

O mesmo não ocorre com o setor de comunicação. A Constituição Federal de 1988 determina que a propriedade de qualquer empresa no setor de comunicação deve ser restrita aos indivíduos brasileiros ou empresas brasileiras com sede no Brasil:

“Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País”.

No caso de pessoas jurídicas, estas devem apresentar um quadro societário composto com pelo menos 70% das ações ou das ações com direito de voto de titularidade direta ou indireta de indivíduos brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, os quais devem exercer a gestão das atividades e estabelecer o conteúdo da programação.⁵⁸

No setor de aviação, o transporte doméstico está estritamente reservado às empresas brasileiras, como dispõe o “Art. 216. Os serviços aéreos de transporte público doméstico são reservados às pessoas jurídicas brasileiras.”⁵⁹

Os estrangeiros podiam participar em apenas 20% das ações votantes de uma pessoa jurídica brasileira. No entanto, esse cenário acabou de mudar. Em 2016, a Câmara aprovou uma Medida Provisória aprovando 100% do capital estrangeiro com direito a voto em empresas aéreas.⁶⁰ No mês de dezembro de 2018, o presidente Michel Temer assinou a Medida Provisória n. 863⁶¹ que revogou o artigo 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986). A Medida Provisória n. 863:

Revoga exigências previstas no Código Brasileiro de Aeronáutica para concessão de serviços aéreos públicos, dentre as quais destacam-se: (a) que 80% do capital com direito a voto seja pertencente a brasileiros; (b) que a direção seja confiada exclusivamente a bra-

sileiros; (c) que as ações com direito a voto sejam nominativas na hipótese em que a empresa for constituída sob a forma de sociedade anônima; e (d) que os atos constitutivos e modificações dependam de prévia autorização da autoridade aeronáutica.⁶²

Desse modo, o novo artigo 181 do Código Brasileiro de Aeronáutica passa a vigorar com nova redação “Art. 181. A concessão ou a autorização somente será concedida a pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.”⁶³ Com essa medida provisória, desde que a empresa seja brasileira, não importando a origem do capital, ela poderá ser concessionária de serviços aéreos públicos.

No caso do setor de óleo e gás, o artigo 177 determina que se trata de monopólio da União a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos. Com a Emenda Constitucional n. 9 de 1995, alterou-se o parágrafo primeiro do artigo 177 da Constituição Federal, em que se passou a permitir que “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”.

As autoras Laís Almada e Virgínia Parente descrevem essas alterações: “*These provision were amended to maintain the Union’s monopoly over oil and gas, but, at the same time, to allow International Oil Companies to act in Brazil*”.⁶⁴ Pode-se dizer que a Emenda Constitucional n. 9 de 1995 teve um significativo impacto e reorientou o sistema jurídico de exploração de óleo e gás no Brasil.

Essa mudança de paradigma também ocorreu no setor energético com o advento da Emenda Constitucional n. 6 de 1995 que alterou a redação do artigo 176, §1º da Constituição Federal:

§ 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 efetuados 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 da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou

terras indígenas.

A nova redação excluiu o trecho da redação anterior que dizia “por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional” e passou a determinar que o requisito seria “por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País”.⁶⁵

Além do desafio imposto aos investidores estrangeiros que devem criar uma sociedade de propósito específico para participar dos leilões no setor elétrico, existem outras questões que também impõem desafios. Um exemplo seria a existência de um critério de desempate em licitações, dando preferência aos bens e serviços produzidos no País ou produzidos ou prestados por empresas brasileiras (artigo 3º, §2º, II e III da Lei 8.666/93).

É verdade que com a nova redação do artigo 3º, §2º, I da Lei 8.666/93 dada pela Lei n. 12.349 de 2010, exclui-se o critério de desempate determinado pelos bens ou serviços “produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional”, na mesma linha das outras alterações constitucionais mencionadas anteriormente.

No entanto, continua a se beneficiar a produção nacional em detrimento dos estrangeiros, demonstrando certo protecionismo estatal prejudica a própria economia brasileira.

Na opinião de Patrícia Baptista, o modelo de licitação e a legislação aplicável não permitem a atração de investimento que o governo brasileiro deseja⁶⁶. A razão para isso é que os contratos de concessão com o Estado brasileiro são tão favoráveis ao Estado e o judiciário brasileiro é tão paternalista e protetivo que o resultado é uma relação de prejuízo financeiro para o investidor estrangeiro. Um exemplo de tal paternalismo consiste na inobservância do direito da empresa privada requerer a rescisão contratual no momento em que o ente público atrasa o pagamento da prestação por um período igual ou maior que 90 dias, conforme disposto no artigo 78, XV da Lei n. 8.666/93.⁶⁷

Para tanto, a consequência desse fenômeno consiste em um ambiente não-atrativo para o investidor estrangeiro e uma falta de interesse de investidores estrangeiros nos processos licitatórios

apresentados pelo governo brasileiro, levando a escassez de recursos financeiros para desenvolver o setor elétrico.

Um exemplo do desinteresse de investidores estrangeiros em procedimentos licitatórios ocorreu na contratação de geração de energia para as Olimpíadas no Rio de Janeiro. A Aggreko, referência como geradora de energia em grandes eventos, se retirou da licitação de fornecimento para a Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016 -

A geradora de energia para grandes eventos Aggreko se retirou da licitação de fornecimento para a Olimpíada do Rio de Janeiro no próximo ano, disse nesta segunda-feira à Reuters o Comitê Rio 2016, em um duro golpe aos organizadores à medida que correm contra o tempo para garantir eletricidade para o maior evento esportivo do mundo.⁶⁸

Em conclusão, entendemos que as autoridades públicas brasileiras deveriam se preocupar em endereçar as necessidades dos agentes privados, em especial, os investidores estrangeiros para aprimorar um ambiente mais benéfico ao investimento.

Previsões legais que apresentem consistência e coerência para a promoção e proteção do investimento estrangeiro em território nacional por um prazo longo são vitais para o desenvolvimento da infraestrutura, especialmente, em países em desenvolvimento.

A governança pública brasileira deve formar uma agenda dinâmica, eficiente e duradoura para atrair recursos para o desenvolvimento dos setores da economia, em especial, o elétrico.

Destaca-se, por fim, que envidar esforços por eficiência e efetividade não é sinônimo de um sistema de desregulação, já que “*regulations which encourage market dynamism, innovation and competitiveness improve economic performance*”.⁶⁹

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante a relevância do setor elétrico para a economia brasileira, deve-se concentrar a governança pública em gerenciar de maneira equilibrada as necessidades do Estado e a atração de investimentos externos para o desenvolvimento coe-

rente deste setor.

A partir de uma perspectiva histórica apresentada na primeira seção deste artigo, verificamos diversos eventos que modificaram o cenário legislativo e regulatório do setor elétrico brasileiro.

O marco da criação do Código de Águas, a edição do sistema de licitações através da Lei 8.666/93, a instituição de um sistema de concessões e permissões de serviços públicos no setor energético com o advento da Lei n. 9.074/95 e a segmentação do setor elétrico em geração, transmissão e distribuição. Todos esses eventos buscaram o desenvolvimento e aprimoramento do setor elétrico brasileiro, criando um ambiente de competitividade com redução da intervenção estatal, promovendo a participação dos agentes privados, inclusive dos investidores estrangeiros, como fonte de financiamento.

Inobstante todas as mencionadas modificações, os requisitos ainda impostos aos investidores estrangeiros, como aqueles inseridos nos editais de leilão, permanecem e consubstanciam até hoje uma forma de barreira à atração dos investimentos. Adicionalmente, existem questões presentes no Brasil como insegurança jurídica, instabilidade política, ausência de transparência e burocracia que são obstrutivas para o acesso do investidor ao mercado brasileiro. Após uma análise crítica feita neste trabalho, conclui-se pela necessária reformulação do sistema regulatório a fim de eliminar esses tipos de obstáculos, permitindo um acesso maior do investidor estrangeiro ao setor elétrico.

As autoridades públicas devem usar a regulação para promover eficiência, adequando a boa governança ao setor de infraestrutura, permitindo um ambiente favorável de investimento duradouro aos agentes privados. O Brasil precisa eliminar questões importantes que desencadeiam um resultado de risco e restringem o acesso de investimentos a setores tão importantes da nossa economia.

Bibliografia

ALMADA, Laís P.; PARENTE, Virgínia. Oil & Gas Industry in Brazil: A brief history and legal framework. *Panorama of Brazilian Law*. Vol 1, No 1, 2013, p. 223-252.

ANEEL. Editais de Geração. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/geracao4>. Acesso em 14 dez. 2018.

_____. Leilão nº 06/2014 - Processo nº 48500.002119/2014-16. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_Leilao_A-5_2014_republicacao_20len_.pdf. Acesso em 14 dez. 2018.

_____. Leilão nº 02/2015 - Processo nº 48500.005812/2014-41. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL%20LFA%202015_.pdf. Acesso em 05 dez. 2018.

_____. Leilão nº 13/2015 - Processo nº 48500.000333/2015-19. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audien-cia/arquivo/2015/080/documento/edital_leilao_13_2015_abertura_ap.pdf. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Leilão nº 01/2016 - Processo nº 48500.004029/2015-41. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audien-cia/arquivo/2015/079/documento/edital_leilao_a-5_2016.pdf. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Leilão nº 02/2016 - Processo nº 48500.003092/2014-89 e 48500.003437/2015-85. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/Edital_leilao_02-2016_sistemas_isolados_vf.pdf. Acesso em 12 dez. 2018.

ARAÚJO, João Lizardo. A Questão do Investimento no Setor Elétrico Brasileiro: Reforma e Crise. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104187.pdf>. Acesso em 08 dez. 2018..

BAPTISTA, Patricia. Governança Pública e Aperfeiçoamento Institucional da Administração Pública: Características fundamentais e perspectivas para a atuação do poder público de forma a atrair investimentos estrangeiros. In: *Simpósio Estadual de Investimentos*. Rio de Janeiro: Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, I, 2016.

BNDES. Privatização no Brasil. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/>

sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/pnd/Priv_Gov.PDF. Acesso em 12 dez. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.643/1934 de 10 de julho 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 05 dez. 2018.

_____. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 12 dez. 2018.

_____. Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 07 dez. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 07 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei Nº 852, de 11 de novembro de 1938. Mantém, com modificações, o decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0852.htm. Acesso em 07 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei Nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2627.htm. Acesso em 08 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 3.763/1941 Consolida disposições sobre águas e energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3763.htm#art144c. Acesso em 08 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei Nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em 14 dez. 2018.

_____. Decreto 5.163/2004. Regulamenta a

comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM. Acesso em 08 dez. 2018.

_____. Decreto-Lei nº 8.031 de 03 de outubro de 1945. Autoriza a organização da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8031.htm. Acesso em 08 dez. 2018.

_____. Emenda Constitucional no. 6 de 15 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm#art1. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Emenda Constitucional no. 9 de 09 de novembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/emc/emc09.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei Nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961. Autoriza a União a constituir a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRÁS, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3890Acons.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei Nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei Nº 8.422/1992. Dispõe sobre a organização de ministérios e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8422.htm. Acesso em 12 dez. 2018.

_____. 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 em: [Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia, v. 5, n.1, p. 114-129, 2018](http://www.</p></div><div data-bbox=)

planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8031.htm. Acesso em 12 dez. 2018.

_____. 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 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei Nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei Nº 10.848 de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm. Acesso em 10 dez. 2018.

_____. Lei nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm. Acesso em 11 dez. 2018.

_____. Medida provisória nº 714, de 1º de março de 2016. Extingue o Adicional de Tarifa Aeroportuária e altera a Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, e a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv714.htm#art4. Acesso em 11 dez. 2018.

_____. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/manchete/-/asset_publisher/neRB8QmDsbU0/content/setor-eletrico-brasileiro-esta-aberto-a-investimentos-estrangeiros=-e-sem-restricoes-diz-braga;jsessionid=148F3A851FC66A0C0AEAA8D601BE0195.srv154. Acesso em 11 dez. 2018.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRANSPORTE-E-TRANSITO/>

511051-CAMARA-APROVA-MP-QUE-PERMITTE-100-DE-CAPITAL-ESTRANGEIRO-EM-EMPRESAS-AEREAS.html. Acesso em 11 dez. 2018.

CCEE. Disponível em: <https://www.ccee.org.br>. Acesso em 11 dez. 2018.

CALDAS, Geraldo Pereira. Concessões de serviços públicos de energia elétrica. 2a ed., Curitiba. Juruá, 2011

COSTA, José Augusto Fontoura. Direito internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 12 ed. Rev. atual. e ampl., 2016.

DOLINGER, Jacob. Sociedade de Economia Mista - Subsidiária no Exterior - Autorização Legislativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, p. 346-357.

DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2. ed., 2012.

GALLO, Fabiano; LOBIANCO, Eduardo L. Electricity regulation in Brazil: overview. Disponível em: <http://us.practicallaw.com/8-545-7207?q=campos+mello>. Acesso em 05 dez. 2018.

GANIM, Antonio. Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis. Brasília: Canal Energia: Synergia, 2009.

KAERCHER Loureiro, Luiz Gustavo. A Indústria Elétrica e o Código de Águas. Porto Alegre: Fabris, 2007.

LEAL-ARCAS, Rafael; FILIES, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. International Energy Governance: Selected Legal Issues. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

MOODY'S INVESTORS SERVICE. Moody's rebaixa rating do Brasil para Baa3 de Baa2; perspectiva é alterada para estável, 11 ago. 2015. Disponível em: https://www.moody's.com/research/Moodys-rebaixa-rating-do-Brasil-para-Baa3-de-Baa2-perspectiva-PR_332264?lang=pt&cy=bra. Acesso em

07 dez. 2018.

OCDE. Policy Framework For Investment User's Toolkit: Chapter 10. Public Governance. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/publicgovernance/41890394.pdf>. Acesso em 05 dez. 2018.

PRADO, Thiago G. F. Políticas públicas e programas de desenvolvimento energético com foco em energias renováveis no Brasil: do planejamento setorial de infraestrutura em energia às perspectivas de mudanças globais para o acesso e uso de recursos energéticos. 2014. 256 f. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica) – Faculdade de Tecnologia, Universidade de Brasília, 2014.

REUTERS. Geradora de energia Aggreko se retira de licitação para Jogos Rio 2016. Disponível em: <http://br.reuters.com/article/sportsNews/idBRKBN0TX1WU20151214>. Acesso em 14 dez. 2018.

RIBEIRO, Marilda. Direito do Petróleo. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed. rev., atual. e ampl, 2014.

ROLIM, Maria J. Pereira. Direito Econômico da Energia Elétrica. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002.

SORNARAJAH, M. The International Law on Foreign Investment. 3rd ed., New York: Cambridge University Press, 2010.

TIBURCIO, Carmen. Private International Law in Brazil: A brief overview. Panorama of Brazilian Law, vol. 1, n. 1, 2013, p. 11-37.

TIBURCIO, Carmen. Disciplina Legal da Pessoa Jurídica à Luz do Direito Internacional Brasileiro. Revista Semestral de Direito Empresarial, n. 8, 2011, p. 175-204.

TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2ª ed., 2011.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2015/>. Acesso em 14 dez. 2018.

Referências

- 1 LEAL-ARCAS, Rafael; FILIES, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. *International Energy Governance: Selected Legal Issues*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 15.
- 2 ROLIM, MARIA J. PEREIRA. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002, p. 98.
- 3 SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora, 1ª ed., 2011, p. 13.
- 4 ROLIM, Maria J. Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002, p. 98 e SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora, 1ª ed., 2011, p. 13.
- 5 ROLIM, Maria J. Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002, p. 99.
- 6 ROLIM, Maria J. Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002, p. 105.
- 7 ROLIM, Maria J. Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 1ª ed., 2002, p. 5
- 8 TOLMASQUIM, Maurício T. *Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro*. Rio de Janeiro: Synergia, 2ª ed., 2011, p. 3.
- 9 Segundo Luiz Gustavo Loureiro Kaercher, os empreendedores podem ser definidos como empresas que ocupavam as propriedades públicas. No caso do setor elétrico, os empreendedores ocupavam rios, que eram caracterizados como bens públicos. Essas empresas exploravam o potencial elétrico dos rios para gerar eletricidade que era vendida pelos governos municipais através de contratos. KAERCHER Loureiro, Luiz Gustavo. *A Indústria Elétrica e o Código de Águas*. Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 27.
- 10 Art. 119 da Constituição da República Federativa do Brasil em 1934 prevê que “O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei”. BRASIL. Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em 07 dez. 2018.
- 11 Art. 157 do Decreto-lei n. 24.642/1934 prevê que “As concessões, para produção, transmissão e distribuição da energia hydro-electrica, para quaesquer fins, serão dadas pelo prazo normal de 30 annos. Paragrapho unico. Excepcionalmente, si as obras e installações, pelo seu vulto, não comportarem amortização do capital no prazo estipulado neste artigo, com o fornecimento de energia por preço razoável, ao consumidor, a juízo do Governo, ouvidos os órgãos technicos e administrativos competentes, a concessão poderá ser outorgada por prazo superior, não excedente, porém, em hypothese alguma, de 50 annos.”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.643 de 10 de julho 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 08 dez. 2018.
- 12 Art. 144 do Decreto-lei n. 24.642/1934 prevê que “O Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral do Ministério da Agricultura, é o órgão competente do Governo Federal para: c) fiscalizar a produção, a transmissão, a transformação e a distribuição de energia hidro-elétrica”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.643 de 10 de julho 1934 (Redação dada pelo Decreto-lei nº 3.763, de 25.10.1941) Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 08 dez. 2018.
- 13 Art. 140 do Decreto-lei n. 24.642/1934 prevê que “São considerados de utilidade pública e dependem de concessão. a) os aproveitamentos de quedas d’agua e outras fontes de energia hidráulica de potência superior a 150 kws. Seja qual for a sua aplicação. b) os aproveitamentos que se destinam a serviços de utilidade publica federal, estadual ou municipal ou ao comércio de energia seja qual for a potência”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.643 de 10 de julho 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24643-10-julho-1934-498122-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 08 dez. 2018.
- 14 BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 24.643 de 10 de julho 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0852.htm. Acesso em 10 dez. 2018.
- 15 GANIM, Antonio. *Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares, tributários e contábeis*. Rio de Janeiro: Canal Energia: Synergia, 2009. p. 41.
- 16 Art. 178: “No desempenho das atribuições que lhe são conferidas, a Divisão de Aguas do Departamento Nacional da Produção Mineral fiscalizará a produção, a transmissão, a transformação e a distribuição de energia hidro-elétrica, com o triplice objetivo de: a) assegurar serviço adequado; b) fixar tarifas razoáveis; c) garantir a estabilidade financeira das empresas. Parágrafo único. Para a realização de tais fins, exercerá a fiscalização da contabilidade das empresas”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3.763/1941 Consolida disposições sobre águas e energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3763.htm#art144c. Acesso em 10 dez. 2018.
- 17 “Fica o Ministério da Agricultura autorizado a organizar uma sociedade por ações, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro, destinada a realizar o aproveitamento industrial progressivo da energia hidráulica do Rio São Francisco. Parágrafo único. Na organização da Sociedade, que se denominará Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, observar-se-ão as normas constantes dos Estatutos anexos ao presente decreto-lei”. BRASIL Decreto-Lei nº 8.031 de 03 de outubro de 1945. Autoriza a organização da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8031.htm. Acesso em 10 dez. 2018.
- 18 Eletrobrás was created by the Decree-Law nº 3.890-A/1961. BRASIL. Decreto Lei Nº 3.890-A/1961. Autoriza a União a constituir a empresa Centrais Elétricas Brasileiras S. A. - ELETROBRÁS, e dá outras pro-

- vidências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3890Acons.htm Acesso em 11 dez. 2018.
- 19 TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia; Empresa de Pesquisa Energética (EPE); Brasília, 2011. p. 5.
- 20 CALDAS, Geraldo P. Concessões de serviços públicos de energia elétrica. Curitiba: Juruá. 2a ed., 2011. p. 44.
- 21 TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2a ed., 2011, p. 5.
- 22 TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2a ed., 2011, p. 6.
- 23 Light, CPFL, Cerj, Enersul, Cemat, Coelba, Celce são exemplos de distribuidores de energia elétrica que foram privatizadas no início dos anos 1990. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/pnd/Priv_Gov.PDF. Acesso em 08 dez. 2018.
- 24 BRASIL. 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 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em 08 dez. 2018..
- 25 Art. 11 da Lei No. 9.074/95 estabeleceu a criação do Produtor Independente de Energia (PIE), que consiste em uma empresa concessionária ou autorizatória para geração de energia elétrica e comercialização do todo ou parte da eletricidade. “Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente, para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco. Parágrafo único. O Produtor Independente de energia elétrica estará sujeito às regras de comercialização regulada ou livre, atendido ao disposto nesta Lei, na legislação em vigor e no contrato de concessão ou no ato de autorização, sendo-lhe assegurado o direito de acesso à rede das concessionárias e permissionárias do serviço público de distribuição e das concessionárias do serviço público de transmissão”. BRASIL. Lei Nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 08 dez. 2018.
- 26 BRASIL. Lei Nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 08 dez. 2018.
- 27 TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2a ed., 2011, p. 14.
- 28 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/resolu%C3%A7%C3%A3o/RES04-01.htm Acesso em 11 dez. 2018.
- 29 “The basic role of the ONS is to co-ordinate and monitor generation and transmission operations in the national interconnected system (Sistema Interligado Nacional (SIN)), subject to regulation and supervision by ANEEL. Its institutional mission is to ensure users of the SIN of the continuity, quality and cost-efficient supply of electric energy. It also proposes expansions of the network and reinforcement of existing systems to be considered in planning extensions of transmission systems as well as rules for operating transmission installations in the SIN grid, subject to approval by ANEEL”. GALLO, Fabiano; LOBIANCO, Eduardo L. Electricity regulation in Brazil: overview. Disponível em: <http://us.practicallaw.com/8-545-7207?q=campos+mello>. Acesso em 02 dez. 2018.
- 30 Disponível em: http://www.ons.org.br/sala_imprensa/informativos_comunicado_racionamento.htm. Acesso em 12 dez. 2018.
- 31 TOLMASQUIM. Maurício T. Novo Modelo do Setor Elétrico Brasileiro. Rio de Janeiro: Synergia, 2a ed., 2011, p. 19.
- 32 ANEEL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9427cons.htm. Acesso em 11 dez. 2018.
- 33 BRASIL. Lei nº 10.848/2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.848.htm. Acesso em 18 dez. 2018.
- 34 CCEE. Disponível em: <https://www.ccee.org.br>. Acesso em 09 dez. 2018.
- 35 BRASIL. Decreto n. 5.163/2004. Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5163.HTM. Acesso em 09 dez. 2018.
- 36 BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Disponível em: http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/manchetel/-/asset_publisher/neRB8QmDsbU0/content/setor-eletrico-brasileiro-esta-aberto-a-investimentos--estrangeiros-e-sem-restricoes-diz-braga;jsessionid=148F3A851FC66A0C0AEAA8D601BE0195.srv154. Acesso em Acesso em 09 dez. 2018.
- 37 BRASIL. Lei Nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 09 dez. 2018.
- BRASIL. Lei Nº 12.783, de 11 de janeiro de 2013. Dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, sobre a redução dos encargos setoriais e sobre a modicidade tarifária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12783.htm Acesso em 09 dez. 2018.
- 38 “Economic science often assumes that a direct investment involves (a) the transfer of funds, (b) a longer term project, (c) the purpose of regular income, (d) the participation of the person transferring the funds, at least to some

- extent, in the management of the project, and (e) a business risk. These elements distinguish foreign direct investment from a portfolio investment (no element of personal management), from an ordinary transaction for purposes of sale of a good or a service (no management, no continuous flow of income), and from a short-term financial transaction". DOLZER, Rudolph; SCHREUER, Christoph. Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2nd ed., 2012, p. 60.
- 39 COSTA, José Augusto Fontoura. Direito internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010, p. 36.
- 40 PRADO, Thiago G. F. Políticas públicas e programas de desenvolvimento energético com foco em energias renováveis no Brasil: do planejamento setorial de infraestrutura em energia às perspectivas de mudanças globais para o acesso e uso de recursos energéticos. 2014. 256 f. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica) – Faculdade de Tecnologia, Universidade de Brasília, 2014, p. 2.
- 41 . REN 21. Renewables 2015 Global Status Report. 2015, p. 81-82. Disponível em: http://www.ren21.net/wp-content/uploads/2015/07/REN12-GSR2015-Onlinebook_low1.pdf. Acesso em 10 dez. 2018.
- 42 PRADO, Thiago G. F. Políticas públicas e programas de desenvolvimento energético com foco em energias renováveis no Brasil: do planejamento setorial de infraestrutura em energia às perspectivas de mudanças globais para o acesso e uso de recursos energéticos. 2014. 256 f. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica) – Faculdade de Tecnologia, Universidade de Brasília, 2014, p. 5.
- 43 BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 dez. 2018.
- 44 "As contratações, outorgas e prorrogações de que trata este artigo poderão ser feitas a título oneroso em favor da União". BRASIL. Lei Nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em 08 dez. 2018.
- 45 ANEEL. Editais de Geração. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/geracao4>. Acesso em 10 dez. 2018.
- 46 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 12a ed. Rev. atual. e ampl., 2016, p. 261.
- 47 Art. 1º da Emenda Constitucional no. 6 de 15 de agosto de 1995. BRASIL. Emenda Constitucional no. 6 de 15 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm#art1. Acesso em 11 dez. 2018.
- 48 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Forense, 12a ed. Rev. atual. e ampl., 2016, p. 186.
- 49 ANEEL. Leilão nº 01/2016 - Processo nº 48500.004029/2015-41. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/079/documento/edital_leilao_a-5_2016.pdf. Acesso em 14 dez. 2018.
- 50 ANEEL. Leilão nº 01/2016 - Processo nº 48500.004029/2015-41. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/079/documento/edital_leilao_a-5_2016.pdf. Acesso em 14 dez. 2018, p. 6.
- 51 ANEEL. Leilão nº 02/2015 - Processo nº 48500.005812/2014-41. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL%20LFA%202015_.pdf. Acesso em 14 dez. 2018, p. 6.
- 52 ANEEL. Leilão nº 06/2014 - Processo nº 48500.002119/2014-16. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_Leilao_A-5_2014_republicacao_20len_.pdf. Acesso em 08 dez. 2018, p. 6-7.
- 53 ANEEL. Leilão nº 13/2015 - Processo nº 48500.000333/2015-19 Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/080/documento/edital_leilao_13_2015_abertura_ap.pdf. Acesso em 08 dez. 2018, p. 6.
- 54 "Nos consórcios formados entre pessoas jurídicas de direito privado brasileiras e estrangeiras, a liderança do consórcio caberá, sempre, à pessoa jurídica de direito privado brasileira." ANEEL. Leilão nº 13/2015 - Processo nº 48500.000333/2015-19 Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2015/080/documento/edital_leilao_13_2015_abertura_ap.pdf. Acesso em 08 dez. 2018, p. 7.
- 55 ANEEL. Leilão nº 06/2014 - Processo nº 48500.002119/2014-16. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_Leilao_A-5_2014_republicacao_20len_.pdf. Acesso em 08 dez. 2018, p. 7.
- 56 "Regulatory clarity and certainty are valued by businesses and citizens". OECD. Policy Framework For Investment User's Toolkit: Chapter 10. Public Governance. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/publicgovernance/41890394.pdf>. Acesso em 15 dez. 2018, p. 2.
- 57 João Araujo list several policies that may hinder investments such as issues with tariff policies, characteristics of ARAUJO, João Lizardo. A Questão do Investimento no Setor Elétrico Brasileiro: Reforma e Crise. Disponível em: < <http://www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104187.pdf>>. Acesso em 15 dez. 2018, p. 10-11.
- 58 TIBURCIO, Carmen. Disciplina Legal da Pessoa Jurídica à Luz do Direito Internacional Brasileiro. Revista Semestral de Direito Empresarial, n. 8, 2011, p. 175-204, p.184.
- 59 TIBURCIO, Carmen. Disciplina Legal da Pessoa Jurídica à Luz do Direito Internacional Brasileiro. Revista Semestral de Direito Empresarial, n. 8, 2011, p. 175-204, p.185.
- 60 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil DE 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 08 dez. 2018.
- 61 BRASIL. Lei Nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm Acesso em 08 dez. 2018..
- 62 The aviation sector is one example of the restriction of foreign capital in the corporations exploring

activities in sensitive sector of Brazilian economy. Recently, the parliament approved the participation of 100% of foreign capital in the ordinary shares of Brazilian corporations. CAMARA DOS DEPUTADOS. <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRANSPORTE-E-TRANSITO/511051-CAMARA-APROVA-MP-QUE-PERMITE-100-DE-CAPITAL-ESTRANGEIRO-EM-EMPRESAS-AEREAS.html>. Acesso em 08 dez. 2018.

61

62 BRASIL. Medida Provisória nº 863, de 2018. Abertura do setor aéreo ao capital estrangeiro. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/134935>. Acesso em 15 dez. 2018

63 BRASIL. Texto Medida Provisória nº 863, de 2018. Abertura do setor aéreo ao capital estrangeiro. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7895921&ts=1544815629048&disposition=inline>. Acesso em 15 dez. 2018

64 ALMADA, Laís P; PARENTE, Virgínia. Oil & Gas Industry in Brazil: A brief history and legal framework. *Panorama of Brazilian Law*, vol. 1, n. 1, 2013, p. 223-252, p. 227.

65 BRASIL. Emenda Constitucional no. 6 de 15 de agosto de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm#art1. Acesso em 10 dez. 2018.

66 BAPTISTA, Patricia. Governança Pública e Aperfeiçoamento Institucional da Administração Pública: Características fundamentais e perspectivas para a atuação do poder público de forma a atrair investimentos estrangeiros. In: *Simpósio Estadual de Investimentos*. Rio de Janeiro: Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, I, 2016.

67 BRASIL. 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 em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del8031.htm. Acesso em 16 dez. 2018.

68 REUTERS. Geradora de energia Aggreko se retira de licitação para Jogos Rio 2016. Disponível em: <http://br.reuters.com/article/sportsNews/idBRKBN-0TX1WU20151214>. Acesso em 11 dez. 2018.

69 OECD. Policy Framework For Investment User's Toolkit: Chapter 10. Public Governance. Disponível em: <http://www.oecd.org/investment/toolkit/policyareas/publicgovernance/41890394.pdf>. Acesso em 14 dez. 2018. p. 4.

A AMÉRICA LATINA E A UTILIZAÇÃO DE CLÁUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO NOS CONTRATOS ENERGÉTICOS PARA CONGELAMENTO DA LEGISLAÇÃO FISCAL



LATIN AMERICA AND THE USE OF TAX FREEZING CLAUSES IN ENERGY CONTRACTS

Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes | jean.pontes@simoespontes.com.br

Mestrando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito e Economia pela mesma instituição. Advogado.

Resumo

O artigo aborda a utilização de cláusulas de estabilização nos contratos energéticos para congelamento da legislação fiscal. A América Latina foi escolhida como recorte espacial para pesquisa. É realizada uma breve retrospectiva histórica dos conflitos energéticos no continente, seguido da investigação do surgimento das cláusulas de estabilização e sua manifestação na seara tributária. Ao fim, são apresentados diagnósticos e perspectivas sobre o tema.

Palavras-chave

cláusulas de estabilização; contratos energéticos; américa latina

Abstract

This paper discusses the use of tax freezing clauses in energy contracts. Delimitation of the research focus on Latin America. First, the author gives a brief historical retrospective of the continent's energy conflicts. Secondly, he investigates the emergence of stabilization clauses and their manifestation in the tax sphere. Finally, diagnoses and perspectives on the subject are presented.

Keywords

stabilization clauses; energy contracts; latin america.

1. Introdução da questão-problema e breve retrospectiva histórica dos conflitos energéticos na América Latina¹

Na América Latina da virada do século XX, mostrava-se relativamente comum que as soluções de controvérsias entre investidores e Estados resultassem em confisco de ativos, expropriações e nacionalizações pelo Estado hospedeiro e, em resposta, intervenções armadas e embargos econômicos pelos Estados de nacionalidade dos investidores². Essa política – adotada por países como Estados Unidos, França, Alemanha, Itália e Espanha – ficou conhecida como a “diplomacia de canhoneira”³.

Já no fim da década de 1860, o jurista argentino Carlos Calvo, passou a defender que em disputas entre estrangeiros e governos, aqueles deveriam submeter suas reivindicações aos tribunais locais⁴. É o que ficou conhecido como “doutrina Calvo”, a qual intentava apaziguar a relação conturbada entre os agentes atuantes no plano internacional dos investimentos⁵.

A doutrina Calvo repousava sobre dois pilares fundamentais: a igualdade soberana e a não discriminação entre nacionais e estrangeiros⁶. Foi devido à sua aplicação⁷, que os contratos de investimento na América Latina passaram a incluir uma cláusula que especificava que os investimentos estrangeiros deveriam ser regidos exclusivamente pelo direito interno, que as disputas decorrentes desses investimentos só poderiam ser resolvidas pelos tribunais domésticos e que o investidor não poderia solicitar a proteção diplomática⁸ de seu governo (pelo menos não até que os recursos internos tivessem sido esgotados).

A aceitação da doutrina Calvo no continente consolidou-se com a adoção da Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados, resultado da Sétima Conferência dos Estados Americanos, em 1933, em Montevideo, assinada pelos Estados Unidos e vários países latino-americanos em 1933⁹, na qual se reiteraram o princípio da igualdade jurídica dos Estados e o princípio da não-intervenção nos assuntos internos. Nesse sentido, vale transcrever os dispositivos mais importantes do histórico diploma:

Artigo 4. Os Estados são juridicamente

iguais, desfrutam iguais direitos e possuem capacidade igual para exercê-los. Os direitos de cada um não dependem do poder de que disponha para assegurar seu *exercício*, mas do simples fato de sua existência como pessoa de Direito Internacional.

Artigo 8. Nenhum Estado *possue* o direito de intervir em assuntos internos ou externos de outro.

Artigo 9. A jurisdição dos Estados, dentro dos limites do território nacional, aplica-se a todos os habitantes. Os nacionais e estrangeiros encontram-se sob a mesma proteção da legislação e das autoridades nacionais e os estrangeiros não poderão pretender direitos diferentes, nem mais extensos que os dos nacionais¹⁰.

A pioneira e inovadora convenção internacional, contudo, não agradou aos países desenvolvidos. Até mesmo os Estados Unidos, os quais haviam inicialmente assinado e defendido a convenção, passaram a rejeitá-la. Isso sobretudo em decorrência do confisco promovido pela Bolívia em relação aos ativos da estadunidense *Standard Oil Company*, fundada por John D. Rockefeller¹¹. Essa, que foi a propósito a primeira nacionalização de uma companhia petrolífera na América Latina¹², motivou os Estados Unidos a abraçarem a reivindicação da transnacional, concedendo ao litígio o revestimento de causa de direito público diplomático¹³.

Praticamente um ano se passaria até que Cárdenas, no México, também procedesse à expropriação da petrolíferas estadunidenses e britânicas de seu território¹⁴.

Os Estados Unidos insistiram que a disputa fosse submetida à arbitragem internacional, o que o México se recusou a fazer. Por fim, os dois governos concordaram em criar uma comissão conjunta para avaliar os bens expropriados e recomendar o montante da indenização devida. O México concordou em pagar o valor determinado pela comissão, acrescido de juros¹⁵.

Novas ondas de expropriações e nacionalizações aconteceriam no Equador, Venezuela, Bolívia e Peru¹⁶. O caso peruano é particularmente interessante. Em outubro de 1968, o governo do Peru enviou tropas para tomar posse do campo

petrolífero *La Brea y Pariñas*, no norte do Peru, mantido desde 1924 pela *International Petroleum Corporation* (IPC)¹⁷. A IPC, desde o início de sua operação, beneficiava-se de um regime tributário privilegiado, concedido pelo prazo de cinquenta anos para exploração de jazidas subterrâneas. Existia, contudo, uma controvérsia sobre a definição da propriedade dos direitos de exploração pertencerem ao Estado ou à IPC¹⁸.

Em agosto de 1969, o Peru expropriou os ativos da companhia, mas caracterizou a tomada de recursos do subsolo como uma recuperação das reservas de petróleo que pertenciam ao Estado. A disputa chegou ao fim em 1974, quando os Estados Unidos e o Peru negociaram um acordo global de US\$ 76 milhões, a ser distribuído entre várias empresas norte-americanas afetadas pelas nacionalizações do Peru¹⁹.

Assim, independentemente da adesão quase universal da América Latina à doutrina Calvo, os Estados latino-americanos não conseguiram se isolar do poder dos países estrangeiros de intervir diplomaticamente em nome de seus cidadãos²⁰.

Por essa razão, alguns mecanismos arbitrais de solução de controvérsias passaram a ser criados e aprimorados para lidar especificamente com os conflitos entre Estados hospedeiros e investidores. Um dos principais foi o *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, estabelecido em 1966 pela Convenção sobre a Solução de Disputas sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (a Convenção ICSID). A Convenção ICSID consiste em um tratado multilateral formulado pelos Diretores Executivos do Banco Mundial com o objetivo de promover o investimento internacional. O ICSID é uma instituição de resolução de litígios independente e, portanto, despolitizada²¹.

Em língua portuguesa, uma excelente síntese sobre o funcionamento do ICSID é fornecida pela Professora Marilda Rosado:

O ICSID tem personalidade jurídica própria e exerce principalmente atividades de administração dos procedimentos de arbitragem, repassando a função jurisdicional aos tribunais arbitrais *ad hoc*, destinados à resolução de uma controvérsia específica. As controvérsias

podem ser apresentadas tanto por um investidor contra um Estado quanto por um Estado contra um investidor. A derrogação voluntária e parcial da soberania estatal, como consequência da submissão de controvérsias sobre investimento ao ICSID, se consubstancia na existência de determinadas cláusulas na Convenção que limitam o exercício do *jus imperii* dos Estado.²²

Não surpreendentemente, os países latino-americanos inicialmente responderam à arbitragem internacional e, mais especificamente, à Convenção do ICSID, com ceticismo. Em setembro de 1964, quando a Convenção ICSID foi submetida à votação, dezenove países latino-americanos votaram contra sua adoção²³. Somente no final da década de 1980 e 1990 os Estados latino-americanos ingressaram no sistema internacional de proteção ao investimento assinando e ratificando os tratados bilaterais de investimento - “*bilateral investment treaties*” (BITs).

Os BITs são acordos que estabelecem os termos e condições para investimento privado por nacionais e empresas de um país na jurisdição de outro²⁴. Esses acordos bilaterais proliferaram nos últimos quarenta e cinco anos, especialmente nas últimas duas décadas, mesmo quando as controvérsias políticas atormentaram os esforços para estabelecer um regime multilateral para os investimentos estrangeiros diretos²⁵.

A doutrina parece consentir que os BITs, em geral, contém cinco provisões comuns, quais sejam: (1) a definição de investimentos e investidores qualificados para proteção; (2) o reconhecimento do tratamento nacional; (3) uma cláusula da nação mais favorecida (NMF); (4) a previsão de tratamento justo e equitativo; e (5) uma garantia de compensação em caso de expropriação ou nacionalização²⁶.

Para a Professora Marilda Rosado, “à luz desses *standards*, as leis internas do país hospedeiro não podem impor tratamento diferencial e discriminatório aos investimentos e aos investidores estrangeiros. Por outro lado, alerta que o discurso da soberania absoluta “pode prejudicar o fluxo de investimento em um determinado Estado hospedeiro”²⁷.

Dados empíricos da Conferência das Nações

Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) demonstram que os Estados latino-americanos não celebraram BITs até o final da década de 1980, mas no final da década de 1990, haviam assinado um total de 300 BITs²⁸. Com a exceção do Brasil²⁹, que não ratificou os BITs assinados durante a década de 1990, 36 (trinta e seis) Estados latino-americanos rapidamente incorporaram uma rede crescente de BITs, afastando em grande parte a doutrina Calvo. Ressalte-se que a maioria dos países latino-americanos - com a notável exceção do Brasil - ratificou a Convenção do ICSID.

2. O surgimento das cláusulas de estabilização e sua manifestação na seara tributária

A dimensão jurídica dos investimentos internacionais comporta mecanismos de estabilização, os quais, por natureza, são preponderantemente contratuais, destacando-se, para este efeito, as cláusulas de estabilização³⁰. Como definido no caso *Total S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/04/1):

*Stabilisation clauses are clauses, which are inserted in State contracts concluded between foreign investors and host states with the intended effect of freezing a specific host State's legal framework at a certain date, such that the adoption of any changes in the legal regulatory framework of the investment concerned (even by law of general application and without any discriminatory intent by the host State) would be illegal.*³¹

As cláusulas de estabilização se disseminaram no pós-guerra e basicamente objetivavam garantir o congelamento das principais condições fáticas que influenciavam o retorno do investimento, como, por exemplo, o regime fiscal. As cláusulas de estabilização, portanto, protegem investidores privados de futuras mudanças na lei ou regulamentação, enquanto o governo hospedeiro assegura seu direito soberano de, posteriormente, introduzir leis em derrogação àquelas existentes quando o contrato com foi firmado³².

Como parte contratante, o Estado ou empresa estatal pode concordar em incluir uma disposição que se proponha a isolar a relação contratual de quaisquer medidas legislativas ou fiscais

governamentais subsequentes que possam ter o efeito de alterar as condições originais do relacionamento. Modernamente, contudo, a doutrina tem avançado na diferenciação das cláusulas de estabilização. Cameron, por exemplo, defende existirem quatro tipos de cláusulas de estabilização³³: (i) cláusulas de congelamento “*freezing clauses*”; (ii) proibições a alterações unilaterais; (iii) cláusulas de equilíbrio; (iv) repartição de ônus.

As cláusulas de congelamento impedem que o estado de acolhimento altere a sua legislação³⁴. Diversas vozes se levantam contra essas disposições, haja vista serem um ônus sobre a prerrogativa legislativa soberana do Estado hospedeiro, o qual contraria a noção de soberania permanente sobre os recursos naturais. Por outro lado, é de se notar que quaisquer alterações na legislação do estado de acolhimento subsequentes ao *production sharing agreement*³⁵ não se aplicam ao projeto, ou seja, trata-se da garantia de que os termos previamente acordados prevalecerão em caso de conflito com eventuais novas normas legais.

No Caso *Perenco x Equador* (ICSID Case No. ARB/08/6)³⁶ foi observado que a inclusão de uma cláusula de estabilização em um contrato do Estado não impedirá o soberano de modificar o arcabouço regulatório legal do investimento em questão. No entanto, um tribunal “*would have little difficulty holding that a fully stabilised contract that did not admit of any future legislative or other change cannot be changed unilaterally*”.

As proibições a alterações unilaterais são comumente denominadas de “cláusulas de intangibilidade”³⁷. Os termos do contrato de investimento não podem ser modificados ou revogados, exceto com o consentimento mútuo das partes contratantes³⁸.

Já as cláusulas de equilíbrio são referidas como “cláusulas de estabilização econômica”. Elas preveem ajustes automáticos ou negociações pré-agendadas para propiciar o reequilíbrio econômico-financeiro inicial, caso mudanças legislativas sejam introduzidas após a assinatura³⁹.

Por fim, cláusulas de repartição de ônus buscam alocar os encargos fiscais e relacionados criados por uma mudança unilateral na lei. É comum

que o encargo resultante seja suportado pela estatal petrolífera ou pelo próprio Estado, como sujeito de direito público.

A ausência de uma cláusula de estabilização pode estar ligada às legítimas expectativas de estabilidade do investidor. Também foi observado no citado caso *Perenco v. Equador*, ser assente nos tratados de arbitragem internacional que os Estados mantêm a flexibilidade para responder e se adaptar às mudanças nas condições e circunstâncias à época do acordo primitivo, desde que não tenham estabilizado seu relacionamento com um investidor⁴⁰. A questão final, portanto, consiste em averiguar se o investidor assumiu o risco da mudança ou se o Estado, seja como ente soberano e/ou como parte contratante, se comprometeu a fornecer um contexto de estabilidade normativa.

Os compromissos de estabilidade assumidos pelo Estado hospedeiro podem assumir diferentes formas. O Estado pode comprometer-se, por exemplo, a proporcionar estabilidade em uma área regulatória específica, como a tributária. Nesse sentido, veja-se o Contrato de Licença Modelo do Peru para Prospecção e Exploração de Hidrocarbonetos, o qual estabelece que “*el Estado, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, garantiza al Contratista, el beneficio de estabilidad tributaria durante la Vigencia del Contrato, por lo cual quedará sujeto, únicamente, al régimen tributario vigente a la Fecha de Suscripción*”⁴¹. Surge a questão se um compromisso de estabilização tributária se refere apenas ao texto da lei ou regulamento ou se o compromisso também diz respeito à aplicação ou interpretação da lei. Esta questão surgiu em *Duke Energy v. Peru*, arbitrado pelo ICSID, o qual passa a ser analisado a seguir.

3. Notas sobre o Caso *Duke Energy v. Peru*

Em 1996, o Peru celebrou diversos *legal stabilization agreements* (LSAs) especificamente em relação a um projeto de geração de energia, o qual viria a ser operado pela Orazul Energy Egenor. Os LSAs foram concluídos como parte de um esforço mais amplo do governo para promover e proteger o investimento estrangeiro no Peru⁴². Nos termos dos LSAs, o Peru garantiu manu-

tenção dos *status quo ante* da seguinte forma:

[...] the STATE guarantees legal stability for DUKE ENERGY INTERNATIONAL, according to the following terms:

Stability of the tax regime with respect to the Income Tax [...] in effect at the time this Agreement was executed, according to which dividends and any other form of distribution of profits, are not taxed [...].

This Legal Stability Agreement shall have an effective term of ten (10) years as from the date of its execution. As a consequence, it may not be amended unilaterally by any of the parties during this period, even in the event that Peruvian law is amended, or if the amendments are more beneficial or detrimental to any of the parties than those set forth in this Agreement⁴³.

Em 1999, a Duke Energy adquiriu uma participação na Egenor e firmou novos LSAs relacionadas ao projeto. Para a SUNAT, autoridade fiscal do Peru, o regime de tributação privilegiado não poderia se estender a nova configuração societária da Egenor. Em 2000, a SUNAT iniciou uma auditoria fiscal, a qual resultou no ano seguinte na autuação da companhia com base em alegados pagamentos a menor, acrescidos de juros e multas. Duas foram as justificativas para o lançamento de imposto: (1) Na Reavaliação de Ativos da Incorporação, a SUNAT esclareceu que era permitido, de acordo com a Regra VIII, avaliar as empresas que concluiu terem realizado fusões “simuladas” (ou “simuladas”) para se valerem dos Benefícios de Reavaliação da Fusão. A SUNAT concluiu que a fusão entre a Egenor e a Power North não constituía uma “transação econômica substantiva”; ao revés, tratava-se de operação simulada.”; e (2) a Egenor deveria ter depreciado os ativos transferidos durante a privatização, utilizando uma taxa especial de desaceleração, em vez da taxa genérica (avaliação de depreciação). A Egenor defendeu-se sem sucesso tanto administrativamente perante a SUNAT, bem como frente ao Tribunal de Impostos⁴⁴.

Esgotados os recursos internos, a Duke Energy acionou a cláusula de arbitragem constantes nos LSAs, alegando que o Estado peruano haveria violado, dentre outras, a garantia de estabilização fiscal originalmente prevista⁴⁵. Tendo em

vista que a LSA não especificava a lei substantiva aplicável, o tribunal arbitral entender por bem aplicar a lei peruana em conjunto com o direito internacional⁴⁶.

O tribunal, composto por Yves Fortier, Guido Tawil e Pedro Nikken, concluiu por maioria que o Peru não era responsável pela avaliação de depreciação, mas foi responsável pela apreciação das concentrações de reavaliação, pois este violou a garantia de estabilização fiscal sob a LSA. Percebe-se, portanto, que a questão perante o tribunal do ICSID era se a estabilidade jurídica abrangida não apenas o texto formal das leis e regulamentos vigentes no momento em que a Egenor LSA foi executada, mas também sua interpretação e aplicação específicas na época. O entendimento exarado no laudo arbitral merece ser transcrito:

The Tribunal begins its analysis of this difficult question with the principle that its jurisdiction does not include the power to review the correctness of SUNAT's decisions and assessments or of the Tax Court's decisions as a matter of Peruvian tax law [...]. [The Tribunal] does not sit as the appellate division of the Tax Court.

The Tribunal's jurisdiction, under this particular guarantee, is limited to determining whether the relevant decisions or interpretations of SUNAT and/or the Tax Court, be they right or wrong, are consistent with the tax regime stabilized for Claimant in the [...] LSA. The Tribunal's standard is therefore comparative in nature, rather than absolute. In other words, the Tribunal does not opine on the correctness of the relevant decision or interpretation, but only determines whether such decision of SUNAT or of the Tax Court in the present case represents a change from their respective decisions prior to the entry into force of the [...] LSA.

This comparative exercise is reasonably straightforward for legislation and regulations, where a change is objectively demonstrable. Claimant establishes an actionable change by proving (i) the existence of a pre-existing law or regulation (or absence thereof) at the time the tax stability guarantee was granted, and (ii) a law or regulation passed or issued after the LSA that changed the pre-existing regime.

The exercise is considerably more difficult where the Tribunal must analyze changes in the inter-

pretation or application of a law or regulatory instrument, which could give rise to a finding of breach of the stability guaranteed by the Respondent.⁴⁷

Assim, se, no momento em que a garantia foi concedida, a aplicação das regras existentes resultou numa interpretação consistente, tal interpretação deve ser considerada incorporada na estabilidade garantida. Em um sentido amplo, a estabilidade é o padrão pelo qual a ordem jurídica vigente na data em que a garantia é concedida é perpetuada, incluindo a interpretação consistente e estável em vigor no momento em que o LSA é concluído. O tribunal enfatizou que o ônus recaiu sobre o requerente para provar tanto as leis e regulamentos em vigor em uma determinada data, quanto a “prevalência de uma interpretação particular, consistente e estável” baseada em “evidências convincentes” como em jurisprudência pacífica, práticas bem estabelecidas ou doutrina legal geralmente aceita. Nesse sentido, o tribunal resumiu suas conclusões da seguinte forma:

Tax stabilization guarantees that: (a) laws or regulations that form part of the tax regime at the time the LSA is executed will not be amended or modified to the detriment of the investor, (b) a stable interpretation or application that is in place at the time the LSA is executed will not be changed to the detriment of the investor, and (c) even in the absence of (a) and (b), stabilized laws will not be interpreted or applied in a patently unreasonable or arbitrary manner⁴⁸.

Desta forma, o tribunal reconheceu que existem diferentes métodos pelos quais um Estado Parte pode prejudicar a estabilidade de um contrato. Embora o tribunal arbitral não tenha a pretensão de atuar como um tribunal de apelações fiscais, nada impede que o laudo consigne como abusiva uma mudança na interpretação de uma lei tributária que pode ter o mesmo efeito em um investidor do que uma alteração formal na legislação estabilizada⁴⁹. De fato, o tribunal foi ainda mais longe, e indicou uma clara má aplicação da legislação tributária local, ao afastar-se das disposições do regime estabilizado, por si só.

4. Efetividade das cláusulas de estabilização: diagnóstico e perspectivas⁵⁰

Apesar da popularidade das cláusulas de estabilização, seu valor prático para as empresas de petróleo e gás é questionável, particularmente quando a justiça dos regimes fiscais é tão frequentemente questionada. Para ser válida e legal, as cláusulas de estabilização não devem entrar em conflito com quaisquer exigências constitucionais e legislativas. A concessão de disposições de estabilidade que conflitam com a legislação nacional não recebem a proteção do direito internacional⁵¹. Enquanto autores como Mato⁵² argumentam que as cláusulas de estabilização são o principal meio de proteção do investimento à disposição das empresas petrolíferas, outros autores como Dias⁵³ acreditam que, apesar desses mecanismos, os países hospedeiros continuarão com suas políticas de nacionalização, sob a égide do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais.

Cameron⁵⁴ argumenta que as *freezing clauses* provaram ser de pouco valor, no que concerne a resistir à expropriação, embora possam ter ajudado os investidores a garantir uma saída em melhores condições financeiras. O autor acrescenta ainda que a eficácia das cláusulas modernas mais flexíveis ainda não foi objeto de revisão por parte dos tribunais arbitrais. Daniel e Sunley, por seu turno, argumentam que, devido ao longo tempo de planejamento de projetos de petróleo e gás, que excede em muito a expectativa de vida da maioria dos governos, a estabilidade tributária, em particular, é difícil de alcançar⁵⁵. Embora os governos possam ter compromissos próprios, eles não podem vincular a competência legislativa do Estado no futuro⁵⁶.

Enquanto isso, autores como Bilder observam que muitos contratos de petróleo não possuem mecanismos de estabilidade, porém, mesmo assim há investimento⁵⁷. O autor refuta o argumento de que esta questão é um fator decisivo, sabendo que os investidores esperam que o regime fiscal e regulatório seja ajustado ocasionalmente. Afinal, é difícil para um acordo fiscal prever todos os possíveis resultados econômicos. Mansour⁵⁸, no entanto, argumenta que as cláusulas de congelamento parecem ser mais eficazes em relação às isenções fiscais como um mecanismo para lidar com a natureza peculiar das indústrias de recursos naturais.

Como observa Mansour, uma vez que tais disposições são invocadas, as relações entre o governo e a empresa, ou empresas, em questão se deterioram, talvez irremediavelmente. Levar um governo a um tribunal de arbitragem internacional pode significar que a empresa em questão tem pouco futuro no país. Isso pode ser aceitável se a empresa planeja retirar sua operação país, mas em bacias com grande potencial de hidrocarbonetos é improvável que as empresas tenham condições de fazê-lo⁵⁹. Na maioria das circunstâncias, a indústria aceita, ou usa a ameaça ou risco de invocação potencial da cláusula de estabilidade para ajudar a negociar um resultado de compromisso. Alguns argumentariam que o valor real de uma cláusula de estabilidade está na crença do governo de que o investidor pode estar preparado para ativar suas provisões. Isso pode ser considerado como um incentivo para a conduta apropriada de todas as partes envolvidas.

O FMI⁶⁰ concluiu que, por um lado, as cláusulas de estabilidade podem ser administrativamente incômodas, limitando a flexibilidade da política tributária e prejudicando a autoridade normal do legislador para aprovar a legislação fiscal. Por vezes, contudo, podem ser necessárias em ambientes de alto risco nas quais é necessário reduzir os riscos do investimento.

Conclusão

Este artigo tratou do emprego das cláusulas de estabilização nos contratos de investimento internacional, considerando, em especial, seus reflexos na seara tributária. Como visto, a América Latina é marcada por cicatrizes históricas derivadas do relacionamento entre Estados hospedeiros e investidores. Nesse sentido, buscamos analisar a superação dos comandos previstos na doutrina Calvo pelo atual alinhamento – com suas peculiaridades – aos padrões internacionais de congelamento de situações de direito.

A fim de concretizar a relevância da questão, trouxemos exemplos práticos da discussão aviltada no âmbito dos tribunais arbitrais, em especial, das arbitragens conduzidas junto a IC-SID. Percebe-se que, de fato, questões de matriz tributária estão intrinsecamente ligadas à construção da ideia de risco do investimento, razão

pela qual a utilização de mecanismos que criem incentivos ao investidor se faz necessário. Como visto, um dos mecanismos mais utilizados é justamente o das cláusulas de estabilização.

Por outro lado, observamos também que questões como soberania permanente sobre os recursos energéticos e liberdade legislativa ainda constituem desafios a serem enfrentados. Nesse sentido, longe de ser um tema superado, as reflexões sobre a utilização de instrumentos que garantam um regime estabilizado se apresentam como matéria atual e pertinente.

Bibliografia

- ARNOLD, Victor; HAMILTON, John. The Greene Settlement: A Study of the Resolution of Investment Disputes in Peru, *Texas International Law Journal*, v. 263, 1977-1978.
- BILDER, Gastón. Adjustment and Stabilization Mechanisms in the Oil & Gas Industry', 3rd Annual Global Forum on Contract Risk Management for the Oil & Gas Industry, 2011.
- BLACKBABY, Nigel. Energy Investment Disputes in Latin America: A Historical Perspective. In: Contemporary Issues. In: ROVINE, Arthur W (ed.). *International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2015.
- BRASIL. Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d1570.htm
- CAMERON, Peter. *International Energy Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- CAMERON, Peter. Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules In: *Association of International Petroleum Negotiators. Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors*, 2006. Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw4-Stabilisation-Paper.pdf>.
- DANIEL, Philip. SUNLEY, Emil. Contractual Assurances of Fiscal Stability. In: Philip Daniel, Michael Keen, Charles McPherson (eds). *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice*. Washington, IMF, 2010
- DAVIS, Harold Eugene; FINAN, John J.; PECK, F. Taylor. *Latin American Diplomatic History: An Introduction*. Estados Unidos: LSU Press, 1977, p. 206.
- DIAS, Daniel (2010) 'Stability in International Contracts for Hydrocarbons Exploration and Some of the Associated General Principles of Law: From Myth to Reality', *OGEL*, Vol. 8, issue 4.
- ELJURI, Elisabeth; TREVINO, Clovis. Energy Investment Disputes in Latin America: the pursuit of stability. *Berkeley Journal of International Law*, v. 33, n. 2, pp. 306-346, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38986N>. Acesso em
- ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000. *University of Illinois Law Review*, 265, 2008.
- FERNANDES, Capella Érika; FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015 p. 247-276.
- FURNISH, Dale B. Peruvian Domestic Law Aspects of the La Brea Y Pariñas Controversy. *Kentucky Law Journal*, v. 59, 1970, p. 352.
- GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, José Augusto Fontoura. O MERCOSUL e as controvérsias sobre Investimentos. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Asunción, v. 3, n. 5, p. 267-284, mar. 2015.
- GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. In: TIETJE, Christian; et al (Org.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, p. 10. Disponível em: <http://tietje.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitragTWR/Heft%20143.pdf>.
- HAMILTON, Jonathan. GRANDO, Michelle. O modelo de proteção de investimentos do Brasil: os novos acordos internacionais. *Pontes*, v.12, n. 1, 2016. Disponível em: <https://www>

ictsd.org/bridges-news/pontes/news/o-modelo-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-investimentos-do-brasil-os-novos-acordos

HERSHEY, Amos S. The Calvo and Drago Doctrines. In: *American Journal of International Law*, v. 1, 1907, p. 27.

ICSID. Caso Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, Disponível em: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4003.pdf>.

ICSID. Caso Total S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/1). Decision on Liability. Publicado em 27/12/2010, p. 101. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0867.pdf>.

ICSID. Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Republic of Peru. ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18 August 2008 (Duke Energy v. Peru), p. 17 e seguintes. Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7829_0.pdf. Acesso em:

ICSID. History of the ICSID Convention. Volume I. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/The-History-of-the-ICSID-Convention.aspx>. Acesso em: 23.04.2018.

KLEIN, Herbert S. American Oil Companies in Latin America: The Bolivian Experience. *Inter-american Economic Affairs*, v. 18, n. 2, 1964.

MATO, Hadiza Tijjani. The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements', *Journal of Politics and Law*, V. 5, N. 1, pp. 33–42, 2012.

MITCHELL, Nancy. The danger of dreams: German and American imperialism in Latin America, UNC Press Books, 1999.

MONTT, Santiago. What international investment law and Latin American can and should demand from each other. Updating the Bello/ Calvo doctrine in the BIT generation. *Res Publica Argentina*, v. 3, p. 75-106, 2007.

MOURA, Alexandre. Elementos de Direito do

Investimento Estrangeiro e as Cláusulas de Estabilização. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 12, pp. 52-91, 2013. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume12>.

MOURRAM, Mary H. The Conflicts and Controversies in Latin American Treaty-Based Disputes. In: Mourra, M. H; Carbonneau, T. (eds.) *Latin American Investment Treaty Arbitration: The Controversies and Conflicts* 7, 2008.

NWAOKORO, Joseph. Enforcing stabilization of international energy contracts. *The Journal of World Energy Law & Business*, v. 3, n. 1, pp. 103-110, mar. 2010.

ONU. Conference on Trade and Development, Bilateral Investment Treaties 1959–1999, U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIA/2 (Dez. 14, 2000). Disponível em: <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>.

PARRA, Antonio. R. The History of ICSID. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PARTASIDES, Constantine; MARTINEZ, Lucy. The Guide to Energy Arbitrations - Second Edition. Of Taxes and Stabilisation. *Global Arbitration Review*. Disponível em: https://globalarbitrationreview.com/chapter/1142580/of-taxes-and-stabilisation#_ftn7. Acesso em:

PERUPETRO. Modelo de Contrato de Licença para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos Entre Perupetro S.A. y Empresa Petrolera. Disponível em: <https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/b07956a0-d673-41ed-983c-902bf474a614/ModeloContrato.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em:

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

SCHREUER, Christoph. The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. Os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo*, v. 99, p. 403-460, jan. 2004.

SOLIS, Luis Laurie. La diplomacia del petróleo,

y el caso de “La Brea y Pariñas”. Universidad Nac. de Ingeniería, Departamento de Publicaciones, 1967.

TAWIL, Guido. On the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine. In: BERG, Albert Jan van. Arbitration Advocacy in Changing Times, v. 329, 2011.

TOPIK, Steven. Comércio e canhoneiras: Brasil e Estados Unidos na Era dos Impérios, Companhia das Letras, 2009.

UHTHOFF LOPEZ, Luz María. La industria del petróleo en México, 1911-1938: del auge exportador al abastecimiento del mercado interno. Una aproximación a su estudio. América Latina en la historia económica, México, n. 33, p. 5-30, jun. 2010.

Referências

- 1 Este é um *working-in-progress paper*, elaborado com base nas pesquisas realizadas no âmbito do Grupo de Pesquisas em Direito do Petróleo e da Energia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Versões posteriores do trabalho poderão apresentar alterações substanciais. O autor agradece críticas e comentários.
- 2 ELJURI, Elisabeth; TREVINO, Clovis. Energy Investment Disputes in Latin America: the pursuit of stability. *Berkeley Journal of International Law*, 33, 306, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38986N>. Acesso em
- 3 A esse respeito, cf.: MITCHELL, Nancy. The danger of dreams: German and American imperialism in Latin America, UNC Press Books, 1999; TOPIK, Steven. Comércio e canhoneiras: Brasil e Estados Unidos na Era dos Impérios, Companhia das Letras, 2009; Mary H. Mourra, The Conflicts and Controversies in Latin American Treaty-Based Disputes. In: Mourra, M. H; Carbonneau, T. (eds.) *Latin American Investment Treaty Arbitration: The Controversies And Conflicts 7*, 2008.
- 4 Sobre o tema, cf.: GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, José Augusto Fontoura. O MERCOSUL e as controvérsias sobre Investimentos. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción*, v. 3, n. 5, p. 267-284, mar. 2015: “Outra proposição relevante [...] foi a Doutrina Calvo. Elaborada pelo argentino Carlos Calvo, dispunha que os investidores estrangeiros deveriam seguir o direito do Estado receptor, em igualdade de condições aos nacionais, sem que houvesse privilégios, e por isso, os estrangeiros deveriam também renunciar à proteção diplomática de seu Estado e à utilização de tribunais estrangeiros e arbitrais. Dessa forma, mesmo que a propriedade fosse protegida de modo imperfeito e que os padrões de indenização previstos não englobassem necessariamente uma indenização “pronta, adequada e efetiva”, modelo elaborado por Cordell Hull, Secretário de Estado dos EUA, em 1938, na denominada “Fórmula Hull”, deveria ser utilizado o direito interno do Estado receptor.”
- 5 Cf. HERSHEY, Amos S. The Calvo and Drago Doctrines. In: *American Journal of International Law*, v. 1, 1907, p. 27.
- 6 Guido Tawil, On the Internationalization of Administrative Contracts, Arbitration and the Calvo Doctrine, in *Arbitration Advocacy in Changing Times*, v. 329, Albert Jan van den Berg ed., 2011; ELJURI, Elisabeth; TREVINO, Clovis. Energy Investment Disputes in Latin America: the pursuit of stability. *Berkeley Journal of International Law*, 33, 306, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38986N>. Acesso em
- 7 Nesse sentido, observa Santiago Montt: “[...] It should not be forgotten that the Doctrine was an answer to the concrete and specific 19th century enemies of diplomatic protection and gunboat diplomacy. The fact that those enemies do not exist anymore — at least not since the Porter Convention (1908) and the U.N. Charter (1945) — should not be an obstacle to conclude that the deep normative roots of the Doctrine are now more alive than ever: equality between nations, and equality between nationals and foreign investors. The point is, though, that the Doctrine needs updating.” MONTT, Santiago. What international investment law and Latin American can and should demand from each other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation. *Res Publica Argentina*, v. 3, p. 75-106, 2007, p. 6.
- 8 Cf.: SOARES, Guido Fernando Silva. Os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 99, p. 403-460, jan. 2004: “[...] o reconhecimento de empresas ou capitais nacionais, logo no início do Século XX, permitiria e legitimaria uma intervenção diplomática dos Estados da nacionalidade das empresas, frente a outros Estados, na eventualidade de desrespeitos a normas sobre direitos de propriedade (desapropriações) e sobre a boa-fé nos contratos internacionais (desrespeito a normas contratuais, em particular, porque haveria, no contrato, uma parte estrangeira), e que poderiam turbar a convivência pacífica entre os Estados”.
- 9 ELJURI, Elisabeth; TREVINO, Clovis. Energy Investment Disputes in Latin America: the pursuit of stability. *Berkeley Journal of International Law*, 33, 306, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38986N>. Acesso em
- 10 BRASIL. Convenção sobre Direitos e Deveres dos Estados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d1570.htm
- 11 ELJURI, Elisabeth; TREVINO, Clovis. Energy Investment Disputes in Latin America: the pursuit of stability. *Berkeley Journal of International Law*, 33, 306, 2015, p. 310.
- 12 KLEIN, Herbert S. American Oil Companies in Latin America: The Bolivian Experience. *Inter-american Economic Affairs*, v. 18, n. 2, 1964, p. 47.
- 13 Em 1942, o ministro das Relações Exteriores da Bolívia ofereceu US\$ 1 milhão como “indenização” pela expropriação. A empresa contrapropôs US\$ 3 milhões e insistiu que o acordo fosse formalizado como um contrato de alienação. Após tensões, um acordo foi alcançado e as propriedades Standard Oil foram vendidas para a Bolívia por US\$ 1,5 milhão. Pouco tempo depois, a Bolívia recebeu dos Estados Unidos um pacote de assistência para o desenvolvimento econômico no valor de US\$ 25 milhões. Sobre o tema, cf.: ELJURI, Elisabeth; TREVINO, Clovis. Energy Investment Disputes in Latin America: the pursuit of stability. *Berkeley Journal of Inter-*

- national Law*, 33, 306, 2015;
- e UHTHOFF LOPEZ, Luz María. La industria del petróleo en México, 1911-1938: del auge exportador al abastecimiento del mercado interno. Una aproximación a su estudio. *América Latina en la historia económica*, México, n. 33, p. 5-30, jun. 2010.
- 14 Após um período de intenso conflito social e greves trabalhistas, o Conselho Federal de Arbitragem e Conciliação do México ordenou que as companhias petrolíferas aumentassem os salários dos trabalhadores do petróleo. As companhias de petróleo não cumpriram a ordem e o poder executivo emitiu um decreto de desapropriação em março de 1938. Cf.: ELJURI, Elisabeth; TREVINO, Clovis. Energy Investment Disputes in Latin America: the pursuit of stability. *Berkeley Journal of International Law*, 33, 306, 2015
- 15 DAVIS, Harold Eugene; FINAN, John J.; PECK, F. Taylor. *Latin American Diplomatic History: An Introduction*. Estados Unidos: LSU Press, 1977, p. 206.
- 16 *Id.*, p. 206.
- 17 Cf. Solis, Luis Laurie. La diplomacia del petróleo, y el caso de “La Brea y Pariñas”. Universidad Nac. de Ingeniería, Departamento de Publicaciones, 1967.
- 18 FURNISH, Dale B. Peruvian Domestic Law Aspects of the La Brea Y Pariñas Controversy. *Kentucky Law Journal*, v. 59, 1970, p. 352.
- 19 ARNOLD, Victor; HAMILTON, John. The Greene Settlement: A Study of the Resolution of Investment Disputes in Peru, *Texas International Law Journal*, v. 263, 1977-1978, p. 13.
- 20 BLACKBABY, Nigel. Energy Investment Disputes in Latin America: A Historical Perspective. In: Contemporary Issues. In: ROVINE, Arthur W (ed.). *International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2015, p. 213: “Thus, regardless of the considered attempts to enforce the Calvo doctrine, Latin American states were not insulated from the capacity of foreign powers to diplomatically intervene on behalf of their citizens. Yet investors were vulnerable to the often competing interests of their own governments whose political interests might not have been served by espousing certain legitimate claims by its own investors.”
- 21 ICSID. History of the ICSID Convention. Volume I. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/The-History-of-the-ICSID-Convention.aspx>. Acesso em: 23.04.2018 e SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- 22 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 89.
- 23 PARRA, Antonio. R. *The History of ICSID*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 67.
- 24 ELKINS, Zachary; GUZMAN, Andrew; SIMMONS, Beth. *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000*. *University of Illinois Law Review*, 265, 2008.
- 25 Cf.: FERNANDES, Capella Érika; FIORATI, Jete Jane. Os ACFIs e os BITs assinados pelo Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 52 n. 208 out./dez. 2015 p. 247-276: “Os tratados bilaterais de investimento tornaram-se a principal fonte de regulamentação dos investimentos estrangeiros, estabelecendo um conjunto de direitos dos investidores e assegurando-lhes um mecanismo adjudicatório internacional para exigir o cumprimento desses direitos ou garantir indenização em caso de violações”.
- 26 ELJURI, Elisabeth; TREVINO, Clovis. Energy Investment Disputes in Latin America: the pursuit of stability. *Berkeley Journal of International Law*, 33, 306, 2015, p. 312. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38986N>. Outra característica comum é que os BITs “generally provide access to international arbitration to qualifying investors under the auspices of the ICSID, ad hoc arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”), or arbitration under other arbitration rules”.
- 27 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, pp. 83-84.
- 28 U.N. Conference on Trade and Development, *Bilateral Investment Treaties 1959-1999*, U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIA/2 (Dec. 14, 2000) (by Abraham Negash), available at <http://www.unctad.org/en/docs/poiteiid2.en.pdf>.
- 29 Nesse sentido, cf.: HAMILTON, Jonathan. GRANDO, Michelle. O modelo de proteção de investimentos do Brasil: os novos acordos internacionais. *Pontes*, v.12, n. 1, 2016. Disponível em: <https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/o-modelo-de-prote%C3%A7%C3%A3o-de-investimentos-do-brasil-os-novos-acordos>, “O Brasil é um ator interessante no campo dos tratados relacionados a investimentos. Quando outros países da América Latina e do mundo começaram a ratificar acordos de investimento, o Brasil hesitou. O país assinou 14 tratados bilaterais de investimento (BITs, sigla em inglês) na década de 1990, mas não ratificou nenhum deles, contrariando uma tendência que levou a uma onda de disputas baseadas em tratados de investimento nas Américas e no mundo, de modo mais geral. Isso provou ser uma faca de dois gumes: ao mesmo tempo em que isolou o Brasil de potenciais reivindicações, privou os investimentos externos das multinacionais brasileiras de proteções que poderiam ter sido concedidas. A depender do ponto de vista, a não ratificação de tais acordos pode ser vista como um empecilho à promoção de investimentos e do estado de direito,

os quais fazem parte dos objetivos dos tratados de investimento. Outros, em contraste, alegam que o Brasil optou por sair de um sistema ineficaz”.

30 MOURA, Alexandre. Elementos de Direito do Investimento Estrangeiro e as Cláusulas de Estabilização. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, v. 12, pp. 52-91, 2013. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume12>.

31 ICSID. Caso Total S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/1). Decision on Liability. Publicado em 27/12/2010, p. 101. Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0867.pdf>.

32 NWAOKORO, Joseph. Enforcing stabilization of international energy contracts. *The Journal of World Energy Law & Business*, v. 3, n. 1, pp. 103-110, mar. 2010.

33 CAMERON, Peter. *International Energy Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 69.

34 CAMERON, Peter. *International Energy Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 70

35 A expressão “*production sharing agreement*” é usualmente utilizada para descrever todas as formas de relação contratual entre Estado hospedeiro e investidores para a exploração de hidrocarbonetos.

36 ICSID. Caso Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, ¶¶ 85–215 (Sept. 12, 2014), available at <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4003.pdf> [hereinafter Perenco v. Ecuador].

37 GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. In: TIETJE, Christian; et al (Org.). *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, p. 10. Disponível em: <http://tietje.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20143.pdf>: “Today, they usually come along in rather modern forms of “lex specialis”, “intangibility” or “consistency” clauses.”

38 CAMERON, Peter. *International Energy Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 74.

39 CAMERON, Peter. *International Energy Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 80.

40 Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability, ¶¶ 85–215 (Sept. 12, 2014), available at <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4003.pdf>.

41 PERUPETRO. Modelo de Contrato de Licencia para la Exploración y Explotación de Hidro-

carburos Entre Perupetro S.A. y Empresa Petrolera. Disponível em: <https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/b07956a0-d673-41ed-983c-902bf474a614/ModeloContrato.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em:

42 ICSID. Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Republic of Peru. ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18 August 2008 (Duke Energy v. Peru), p. 17 e seguintes. Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7829_0.pdf. Acesso em:

43 Id., p. 48.

44 Id., p. 35.

45 Id., p. 36.

46 Vale lembrar que a International Chamber of Commerce no caso n.º 4131/1982, “Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain, 1984, Rev. Arb. 137, 110 J.D.I. 899 (1983)” também decidiu que sendo silente o contrato sobre a lei aplicável à arbitragem, o tribunal arbitral poderá invocar o princípio da autonomia da cláusula arbitral.

47 ICSID. Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Republic of Peru. ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18 August 2008 (Duke Energy v. Peru), p. 58. O tribunal da ICSID concluiu que, neste cenário “mais difícil”, o requerente deve provar: (i) uma interpretação ou aplicação estável no momento em que a garantia de estabilidade fiscal foi concedida, e (ii) uma decisão ou avaliação após a LSA que modificou essa interpretação ou aplicação estável.

48 Id., p. 61.

49 PARTASIDES, Constantine; MARTINEZ, Lucy. *The Guide to Energy Arbitrations - Second Edition. Of Taxes and Stabilisation*. Global Arbitration Review. Disponível em: https://globalarbitrationreview.com/chapter/1142580/of-taxes-and-stabilisation#_ftn7. Acesso em:

50 Esta seção foi baseada no interessantíssimo trabalho de: MANSOUR, Mario. NAKHLE, Carole. *Fiscal Stabilization in Oil and Gas Contracts: Evidence and Implications*. Oxford: Oxford Institute for Energy Studies, 2016.

51 Daniel, Philip and Sunley, Emil (2010) ‘Contractual Assurances of Fiscal Stability’, in Philip Daniel, Michael Keen, and Charles McPherson (eds), *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice*, IMF, Washington.

52 Mato, Hadiza Tijjani (2012) ‘The Role of Stability and Renegotiation in Transnational Petroleum Agreements’, *Journal of Politics and Law*, Vol. 5, No. 1, pp. 33–42.

53 Dias, Daniel (2010) ‘Stability in International Contracts for Hydrocarbons Exploration and Some of the Associated General Principles of Law: From Myth to Reality’, *OGEL*, Vol. 8, issue 4.

54 Cameron, Peter (2006) *Stabilisation*. In:

Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors', Association of International Petroleum Negotiators

55 DANIEL, Philip. SUNLEY, Emil. Contractual Assurances of Fiscal Stability. In: Philip Daniel, Michael Keen, Charles McPherson (eds). *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Problems and Practice*. Washington, IMF, 2010, p. 18: "When a fiscal stability clause requires the parties to the natural resource agreement to negotiate terms so as to restore the economic position of the contractor, there may be troubles reaching an agreement. These agree-to-negotiate stability clauses presume that the effect of the change in the fiscal terms can be appraised and an offsetting change agreed to. If there is no uncertainty about costs and revenues and agreement on an appropriate discount rate, the effect of the change in the fiscal terms may be quantifiable".

56 MANSOUR, Mario. NAKHLE, Carole. *Fiscal Stabilization in Oil and Gas Contracts: Evidence and Implications*. Oxford: Oxford Institute for Energy Studies, 2016, pp.18-19.

57 BILDER, Gastón. *Adjustment and Stabilization Mechanisms in the Oil & Gas Industry*, 3rd Annual Global Forum on Contract Risk Management for the Oil & Gas Industry, 2011.

58 MANSOUR, Mario. NAKHLE, Carole. *Fiscal Stabilization in Oil and Gas Contracts: Evidence and Implications*. Oxford: Oxford Institute for Energy Studies, 2016, pp.18-19.

59 MANSOUR, Mario. NAKHLE, Carole. *Fiscal Stabilization in Oil and Gas Contracts: Evidence and Implications*. Oxford: Oxford Institute for Energy Studies, 2016, pp.18-19.

60 FMI. *Guide on Resource Revenue Transparency*. Washington DC, Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2016/12/31/Revised-Guide-on-Resource-Revenue-Transparency-PP4176>. Acesso em:

NACIONALISMO ENERGÉTICO: O CASO MEXICANO

ENERGY NATIONALISM: THE MEXICAN CASE

Bruno Mattos Cardoso de Souza | obruno@gmail.com

Mestrando em Direito Internacional (UERJ). Especialista em Direito Internacional (FDDJ). Graduado em Direito (PUC-Rio). Pesquisador no subgrupo do Tribunal de Justiça da União Europeia no Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (USP). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1799-7794>.

Resumo

O presente artigo pretende trazer ao leitor informações relevantes sobre as ondas de nacionalismo e liberalismo na indústria do petróleo e gás no México. É uma boa oportunidade de fazer uma incursão nos conceitos de nacionalismo energético, soberania sobre os recursos naturais e as diferentes acepções que estes movimentos possuem. O argumento de fundo é que as ondas de nacionalismo e liberalismo possuem significativa ligação com o potencial de investimento e retorno esperado, o que, aliado ao fato de o México ter estabilidade política desde a segunda década do século XX, torna o seu caso paradigmático, pois isola e neutraliza o fator adesão ideológica. O ponto de partida do artigo é a análise histórica da formação do país e suas intersecções com a legislação mexicana desde os primeiros processos de exploração do petróleo, ainda no século XIX. A seguir, conceituam-se os fenômenos relacionados ao nacionalismo energético e como ele se deu no país analisado. Ao final, traçam-se paralelos entre a retomada global do liberalismo e o processo – recente – de adesão do México aos seus preceitos. Tais análises não esgotam o tema em estudo; afirma-se que o caso mexicano permite a análise do direito além dos contextos políticos, admitindo-se que outras circunstâncias possam influenciar na trajetória de cada país na relação nacionalismo e liberalismo, o que torna o estudo da matéria objeto de análise constante, sob múltiplas variáveis.

Palavras-chave

petróleo & gás; nacionalismo energético; soberania sobre recursos naturais; liberalismo; protecionismo

Abstract

This article aims to bring to the reader relevant information about the waves of protectionism and liberalism in the Mexican oil and gas industry. It is a good opportunity to make inroads into the concepts of energy nationalism, sovereignty over natural resources and the different meanings that these movements endue. The basic argument is that the waves of nationalism and liberalism have a significant connection with investment potential and expected return of companies, which, coupled with the fact that Mexico has had political stability since the second decade of the twentieth century, makes its case a paradigm, since it isolates and neutralizes the ideological adherence factor. The article's starting point is the historical analysis of the country's formation and its intersections with Mexican legislation since the beginning of oil exploration processes, still in the nineteenth century. The following is a description of the phenomena related to energy nationalism and how it happened in the analyzed country. Then, parallels are drawn between the global resumption of liberalism and the recent Mexican process of adherence to its precepts. Such analysis does not exhaust the subject under study; it is stated that the Mexican case allows the law review beyond political contexts, admitting that other circumstances may influence the trajectory of each country in the relation between protectionism and liberalism, which makes the study of this matter subject to constant analysis under multiple variables..

Keywords

oil & gas; energy nationalism; sovereignty over natural resources; liberalism; protectionism.

Submetido: 12/04/2018 | Aceito: 26/07/2018



“*Formula for success: rise early, work hard, strike oil.*”

- Jean Paul Getty

Introdução

Em finais de dezembro de 2013, o Congresso mexicano fez passar emenda a sua Constituição para alterar o marco fundamental a respeito da produção e exploração de petróleo e hidrocarbonetos “sólidos, líquidos ou gaseosos” do subsolo. Àquela data, o artigo 27 da *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* previa a responsabilidade de a *Nación* levar adiante a exploração destes recursos e proibição de outorgar concessões ou contratos com esta finalidade, afastando o capital privado praticamente por completo da cadeia. A nova regra constitucional encerrou noventa e sete anos de nacionalismo energético no país, sendo os últimos setenta e cinco de exclusividade estatal.

O que transforma este em um caso peculiar na América Latina é observar que, ao contrário da maioria dos países da região, o México não apresenta um movimento pendular variante entre momentos de liberalismo e momentos de nacionalismo energético em geral, nem na exploração de petróleo e gás em particular. O marco regulatório mexicano possui, como veremos, movimentos cadenciados em direção a um modelo, permitindo, argumenta-se, maior sensação de estabilidade e segurança jurídica do que se observa na média da região.

Afastando-se a imagem de um pêndulo, o caso mexicano aproxima-se de uma lógica mais conservadora. Como se verá, o país foi o último país produtor das Américas a abrir seu mercado¹ dentro da lógica da retomada liberal² que guia a economia mundial desde o fim da década de 1970.

Visto isso, escolheu-se desenvolver o texto em três seções, buscando compreender o fenômeno do nacionalismo energético de forma cronológica. Na primeira, abordar-se-á, de forma sintética, a formação nacional do México, suas perdas territoriais, a aventura monarquista, o governo Porfírio Díaz e os primeiros anos da Constituição de 1917. Compreender esse momento de formação – e desconfiança política do elemento

estrangeiro – permitirá, de forma mais focalizada, abordar o marco normativo inicial da exploração de hidrocarbonetos no México, que se pode dividir, como se verá, em dois momentos de liberalismo.

A segunda seção trata da queda do preço do petróleo, da redução da atividade econômica e demais aspectos associados à crise de 1929. É a partir da redução de investimentos privados na exploração que surge a nacionalização do petróleo, cuja necessidade será brevemente debatida. Serão traçados comentários sobre a legitimação da nacionalização no caso mexicano, assim como os marcos a respeito da soberania sobre recursos energéticos em sede da Organização das Nações Unidas, assim como controvérsias.

Na terceira, analisaremos o resfriamento do nacionalismo energético mexicano. Abordaremos sucintamente as razões econômicas que motivaram o abandono do modelo nacionalista, as crises e as etapas que levaram o país a iniciar a abertura discretamente em 1992 e intensificá-la progressivamente a partir de 1995, quando se passou legislação para tornar algumas operações de *downstream* viáveis por entidades privadas. Serão apresentados os motivos que fizeram as reformas de retomada liberal terem demorado mais no tempo para serem levadas a efeito num aspecto comparativo e, ao final, comentários a respeito do *aggiornamento* da legislação ordinária, em 2014, serão feitos.

É a partir das conexões feitas no bojo dessas três seções que é possível fazer, na seção de considerações finais, ponderações sobre a evolução do modelo de produção e exploração de petróleo e gás no México. Antecipa-se, desde já, que a relativa neutralidade e estabilidade política do México permite concluir que fatores econômicos, mais do que fatores políticos ou ideológicos, influenciaram as mudanças paradigmáticas no modelo de produção.

Nesse contexto, passemos a refletir sobre o primeiro momento da indústria petrolífera no México, que é contemporâneo à consolidação daquele Estado nacional. Para que possamos compreender o desenvolvimento inicial de pesquisa e exploração de petróleo no México, precisamos revisitar os processos históricos que o

antecederam.

1. CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO NACIONAL E LIBERALISMO

1.1 Antecedentes e contexto

O território hoje conhecido como os Estados Unidos Mexicanos, ou apenas México, passou por ocupações das mais variadas no tempo. É possível reconhecer estruturas organizadas como de governo e de hierarquia desde a civilização Olmeca, que ocupou a região entre 1800 a.C. e 1500 a.C.. A região também testemunhou outros impérios, como o Maia, o Tolteca e, finalmente, foi controlada pelo povo Asteca, um dos sete grupos que formavam a aliança chamada de *Mexica*, sendo esta a origem do nome moderno do país. Em 1519, a Espanha começa sua guerra de conquista, que se realiza por derradeiro em 1521, submetendo a região e seus povos, detentores de avançadas técnicas de agricultura e administração pública, ao jugo do Rei Católico (ou de quem lhe fizesse às vezes) até 1810³.

Num movimento muito similar ao observado nos demais países sujeitos ao governo central espanhol, a então Nova Espanha rebela-se contra as ordens enviadas pelo interventor José Bonaparte, irmão de Napoleão e coroado como Rei da Espanha em 1808, então transformado, na prática, em um Estado-fantoches da República Francesa. Tal evento foi observado na colônia americana como fragilização da liderança central pelos liberais que desejavam maior autonomia e como um ultraje à Casa de Bourbon pelos conservadores que seguiam fiéis ao Rei deposto, Fernando VII. Este duplo desagrado com a ocupação francesa formou um consenso na elite colonial pela independência do país, consenso este que durou até a restauração do Rei Fernando VII em 1814⁴.

O processo de independência, período interessantíssimo, mas fora do escopo desse trabalho⁵, completa-se em 1821, com a nomeação de um “imperador provisório”, numa nova aproximação entre as elites locais. Foi, entretanto, derubado, em 1823, quando se criou os Estados Unidos Mexicanos, com a posse de um Presidente eleito e a unificação da República no ano seguinte. Mas o Estado nacional não estava consolidado; nas décadas seguintes o México per-

deria o hoje estado do Texas (1836), foi forçado a fazer diversas concessões territoriais para o vizinho ao Norte, os Estados Unidos da América (envolvendo os atuais estados do Novo México, Utah, Arizona, Nevada, Califórnia, parte do Colorado e mesmo parte do Wyoming, durante guerra que se findou em 1848) e ainda entregou mais uma parte de seu território aos EUA no episódio conhecido como Compra Gadsen, em 1853. Tal venda territorial retirou o apoio dos conservadores ao governo então instituído, precipitando a eleição de um governo moderado em 1855.

O governo então eleito fez passar uma Constituição, reconhecendo amplamente os direitos da igreja católica, mas retirando dela a posição de religião oficial do país. Foi o estopim para uma nova guerra, agora civil, entre conservadores e o governo moderado. Ao final, em 1861, os moderados acabam em aliança com os liberais. A derrota dos setores mais tradicionais fez surgir um episódio único em todo o continente: os conservadores, apoiados pela França, trazem ao México um príncipe austríaco da Casa de Habsburgo para ser imperador do país e conseguem efetivamente instalá-lo no poder, entre 1862⁶ e 1867, quando foi executado pelas tropas fiéis à República. A vitória republicana – liberais e moderados - marca a consolidação do estado nacional mexicano, momento no qual cessa a atuação de potências europeias na tentativa de retomar o poder no México e as fronteiras nacionais estavam, com mínimas alterações, demarcadas como hoje se encontram. Neste mesmo ano, o México promulga uma nova Constituição, separando igreja e Estado definitivamente, o que contrariou, novamente, o setor conservador da sociedade mexicana.

A resposta conservadora seria dada em 1876, e por trinta anos. Uma rebelião militar eleva ao poder Porfírio Díaz⁷, homem forte do país até 1910. Ao completar 80 anos de idade, Porfírio Díaz convoca eleições, acreditando que o povo votaria pela continuidade de seu governo, que trouxe estabilidade e alguma industrialização para o país. O processo eleitoral foi muito tumultuado, inclusive com a prisão do principal candidato da oposição, Francisco Madero – que era latifundiário e com ideias políticas liberais -,

dando origem à Revolução Mexicana, cujo desfecho se deu com a promulgação da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, em 1919, vigente até os dias atuais.

1.2 Liberalismo energético: duas fases

Como lembra Marilda Rosado de Sá Ribeiro⁸, a perfuração do primeiro poço de petróleo se deu nos Estados Unidos, em 1849, e a produção inicial era voltada para a iluminação pública, feita, à época, por querosene. No México, a primeira descoberta registrada foi na década de 1860, de um poço pequeno e sem viabilidade econômica. No entanto, com a descoberta de petróleo no Golfo do México, o país se torna, no começo do século XX, o maior exportador de petróleo do mundo e o segundo maior produtor⁹.

O período coincide com o do governo ditatorial de Porfirio Díaz. Uma das principais preocupações de Díaz, um militar nacionalista, era combater os obstáculos que impediam o desenvolvimento econômico do México. Identificou como o principal obstáculo a falta de logística de transporte capaz de percorrer longas distâncias, e empreendeu um projeto de construções de ferrovias para conectar o país. Entretanto, havia um gargalo energético: o México não possuía recursos minerais, no caso, carvão, em quantidade suficiente para alimentar as locomotivas, assim como a matriz energética advinda da exploração de hidrocarbonetos não era confiável pela escassez de fontes até então ainda não descobertas. Como custava caro importar combustível, Díaz buscou incentivar a produção doméstica ao refazer o marco regulatório mexicano, inaugurando, assim, a primeira fase do liberalismo energético no México. Conforme observa Joel Álvarez De La Borda¹⁰,

(...) los ordenamientos en el comercio, la minería o las operaciones financieras fueron modificados con el fin de garantizar certidumbre jurídica sobre los derechos de propiedad y atraer la inversión extranjera. La consecuencia directa de estas políticas modernizadoras fue un florecimiento impresionante del sector industrial a partir de 1890. De esta manera, surgieron y se desarrollaron grandes empresas industriales de gran escala en las áreas siderúrgica, textil, manufacturera, agrícola, cemento, papel, cerveza, tabaquera, entre muchas otras,

que constituyeron, junto con los ferrocarriles, un importante mercado para el petróleo combustible y productos refinados.

Desta forma, em 1884, foi dado um importante passo para estimular investimentos privados na prospecção e exploração de petróleo em território mexicano, com a revogação do direito do Estado sobre os bens do subsolo, agora pertencendo ao proprietário da superfície. A formatação para exploração seguia, portanto, o modelo dos Estados Unidos, inclusive no que considerava a possibilidade de arrendamento da terra, o que não teria regulação estatal. Três anos depois, a *Ley de Protección a la Industria Minera* foi além, ao estabelecer isenção fiscal abrangente – à exceção do imposto sobre ativos, cobrado apenas uma vez quando da consolidação societária da empresa. Em 1892, nova lei de mineração estabelece que a propriedade de recursos de mineração era “irrevogável e perpétua”, sendo a exploração de petróleo e gás dispensada inteiramente de qualquer tipo de concessão do Estado, salvo em circunstâncias específicas. Ainda assim, até o ano de 1900, a produção de petróleo não era significativa.

O empurrão que a indústria necessitava veio em 1901, com a *Ley del Petróleo*. Estava revogado o imposto de exportação de petróleo, assim como o imposto de importação de máquinas e equipamentos para a indústria. As empresas poderiam desapropriar com celeridade terras particulares para instalar a sua produção. A lei ainda autorizava o governo a conceder, mediante solicitação, terrenos públicos para a instalação de unidades de produção. Tais novidades finalmente atraíram o investidor estrangeiro, e o resultado da prospecção de petróleo foi atestado quando da madurez do investimento, trazendo índices recordes de produção a cada ano da década de 1910, apesar dos tumultos políticos pelos quais passou o país¹¹. Não demorou muito para que a produção cobrisse a demanda interna do México, passando a ser exportada e a gerar superávits comerciais, a partir de 1911; em 1917, o petróleo se torna o principal produto de exportação do país e, no ano seguinte, o México foi o segundo maior produtor de petróleo do mundo¹².

Nem a derrubada de Porfirio Díaz, em 1910, nem a revolução mexicana, com fortes conflitos

sociais, interrompeu o otimismo da indústria do petróleo, incentivada também pelo crescente preço do produto. Com exploração em regiões afastadas dos principais conflitos da *revolución* e vistas como empresas que traziam desenvolvimento nacional, sua atuação não foi significativamente prejudicada com a instabilidade política¹³. No entanto, com o arrefecimento da revolução mexicana¹⁴ e com a promulgação da Constituição de 1917, essa primeira fase do liberalismo estava em seu ocaso.

1.3 Segunda fase do liberalismo

A segunda fase tem um momento inicial bem demarcado, que é a promulgação da Constituição de 1917, que estabelecia – até 2013, com pequenas alterações ao longo do tempo –, em seu artigo 27, que o petróleo e outras riquezas do subsolo eram propriedade da nação mexicana, o que contrariava diretamente o interesse da indústria e todo o arcabouço normativo erigido nos anos do porfirianato. Esse ano também marca a introdução, no direito mexicano, do contrato de concessão¹⁵. Não havia naquele momento, portanto, a exclusividade estatal de exploração e produção prevista na Constituição.

Pode parecer contraditório chamar uma fase de “liberal” quando a lei máxima vigente no México previa a soberania e a nacionalização dos recursos naturais. No entanto, o que se observou foi isso mesmo. A indústria continuou investindo em exploração e produção, enquanto negociava com os governos mexicanos termos para assegurar que tudo que tivera sido estabelecido com o marco regulatório anterior seria respeitado, afinal, entendia a indústria, a Constituição mesma havia estabelecido no artigo 14 que as leis não poderiam ter efeito retroativo. Confiando nisso – no que demonstraram estar corretos –, seguiram suas atividades sem maiores constrangimentos. Em 1927, após tratativas envolvendo a indústria e os governos do México e dos Estados Unidos, o Congresso mexicano passou lei regulamentando a questão e mantendo o *status quo* quanto à propriedade dos recursos explorados em todos os casos, aceitando o argumento da indústria sobre recuperação de investimentos e maturidade da exploração. A convicção pela futura solução que agradaria a indústria era tão sólida que, em 1925, a Standard Oil ampliou

significativamente suas atividades no país¹⁶.

Em 1921, o México se tornou o principal produtor de petróleo do mundo, com 25% do total global, consolidando sua posição como maior exportador. O respeito aos contratos, na prática, permitiu, mesmo depois da promulgação da Constituição de 1917, mais alguns anos de rendimentos crescentes de escala. No entanto, com o aumento de custos – principalmente pela implementação de algumas exigências tributárias e, consequência do superaquecimento do setor, pela escassez de mão de obra qualificada disponível – a produção de petróleo nesta segunda fase do liberalismo não superaria mais os níveis de 1921. Não há consenso, entretanto, sobre o principal motivo da inicialmente discreta queda de produção no México; além da estabilização dos preços do petróleo e da entrada em operação de novos campos de exploração em outros países, o que aumenta a disputa pela atenção da indústria, sempre na busca da maximização do lucro pela minimização dos custos, há evidências de que o investimento em exploração e produção manteve-se crescente até o fatídico ano de 1929, mesmo com a produção em declínio, o que torna consistente a hipótese de decadência geológica¹⁷.

Assim, com números menos brilhantes, apesar do marco legal ainda privilegiar o liberalismo, chega-se a dois fatos que mudariam, no médio e no longo prazo, a relação do México com o petróleo. O primeiro foi a articulação durante o ano de 1928 que culminaria, em 1929, na fundação do então chamado Partido Nacional Mexicano. Este partido conseguiu uma marca muito pouco comum nas democracias ocidentais: se contarmos o governo de um dos seus fundadores, Plutarco Elías Calles, empossado em 1º de dezembro de 1924, chegamos à marca de 77 anos de ininterrupta eleição de presidentes do mesmo partido – que seria renomeado futuramente para Partido Revolucionário Institucional, ativo até hodiernamente¹⁸. Esta estabilidade política majoritária pode explicar, como veremos na terceira seção do trabalho, a relativa facilidade do retorno da indústria petrolífera internacional a partir de 2014 para exploração e produção no México. O segundo fato foi a crise de 1929. Tema para a próxima seção do traba-

lho.

2. O MOMENTO DO NACIONALISMO ENERGÉTICO

2.1 Causas e os efeitos iniciais

O sucesso da exploração e produção de petróleo no México na década de 1910 é em parte justificado pelos preços crescentes praticados por praticamente toda a década. Com o fim da Primeira Guerra Mundial, a reconversão da economia de guerra em economia civil e o aumento da venda de automóveis, o preço internacional encontra um pico em 1920, mas entra em trajetória descendente conforme fontes em outras regiões são encontradas, como foi o caso da Venezuela, em 1922. Após um novo pico em 1924, em valores inferiores ao de 1920, o preço baixou novamente ao nível de 1922, mantendo-se assim até a crise de 1929¹⁹.

A crise de 1929 causa queda na demanda, o que paulatinamente faz com que os preços baixem, até que, em 1931, chegam a níveis de ¼ do observado em 1920, sendo o menor preço praticado na história da indústria do petróleo. Em valores atualizados, o preço caiu a US\$10 o barril. No México, o efeito de todas as variáveis abordadas foi a queda de produção a 20% do nível de 1921, queda, portanto, mais que proporcional na relação produção/preço. Com a queda do preço e da produção, e com a pressão dos trabalhadores mexicanos por melhores salários, especialmente a partir de 1936, a indústria no México, alegando incapacidade econômica, efetuou demissões e reduziu os investimentos em pesquisa e produção, o que gerou uma ampla greve em 1937 e recursos da indústria à suprema corte mexicana em 1938, que restaram infrutíferos²⁰. Diante do impasse, a solução encontrada pelo Presidente Lorenzo Cárdenas, empossado em 1934, foi a expropriação dos bens das empresas em crise em favor do Estado e a consequente nacionalização incompleta das atividades de exploração e produção de petróleo. Nascia, em junho de 1938, a Petróleos Mexicanos (PEMEX).

Desta feita, o México tornou-se a primeira nação exportadora de petróleo a nacionalizar sua indústria. Embora naquele momento não tenha sido uma nacionalização completa – pois não afetou as atividades de *downstream* nem as ativi-

dades de *upstream* das empresas que não tinham trabalhadores sindicalizados –, não houve resistência maior da indústria²¹ afora um embargo temporário na compra de petróleo cru mexicano para fins de refino, o que levou a produção mexicana a ser direcionada em sua maioria para atender apenas o mercado interno. Tal animosidade não durou muito tempo; com o início da Segunda Guerra Mundial e a busca de aproximação estratégica por parte dos Estados Unidos, chegou-se a um acordo sobre indenizações entre os países em 1941, levada a efeito após a concordância das empresas expropriadas, em 1943.

Os efeitos da retirada da possibilidade de participação na produção por parte de empresas estrangeiras nas atividades da indústria petrolífera são intuitivos, visto que a PEMEX, em sua formulação e até hoje, é uma estatal controlada pelo governo mexicano²². A falta de flexibilidade de uma empresa privada, associada à perda inicial da expertise, da limitada capacidade de investimento em tecnologia e, principalmente, pela insuficiência de fundos para novas pesquisas de áreas propensas a produção, causaram queda de eficiência e de participação do México no comércio internacional de petróleo cru. É nesse contexto que, em 1958, o recém-empossado Presidente Adolfo López Mateos propõe que o México aumente o grau de nacionalismo energético²³, nacionalizando toda a cadeia, sob os auspícios da PEMEX, desde a exploração até o consumidor final, o que se tornou progressivamente efetivo até aperfeiçoar-se, em 1960. A nacionalização, entretanto, não retirou a necessidade de captação de empréstimos advindos do estrangeiro:

Entre 1959 e 1964, não foi feita nenhuma nova grande descoberta de campo de petróleo, devido, em parte, à política de priorização de perfurações de poços de desenvolvimento, em detrimento dos poços de exploração. Tal política, associada à alta carga tributária e aos subsídios aos preços internos dos derivados de petróleo, prejudicaram as finanças da estatal e impediram um investimento significativo em exploração de novos campos, ao mesmo tempo que estimularam uma demanda interna crescente. Ainda na década de 1960, a Pemex contraiu financiamentos externos e voltou a investir pesadamente em exploração.²⁴

2.2 Soberania permanente sobre os recursos naturais

Após a Segunda Guerra Mundial, há um fugaz momento de coordenação política entre as potências vencedoras, que não resistiria muito tempo. Suficiente o consenso para criar a Organização das Nações Unidas, a partir da Carta de São Francisco, em junho de 1945. No entanto, em poucos meses, ainda em 1945, a discordância entre as potências vencedoras sobre o caminho a trilhar e a impossibilidade da manutenção de apoios mútuos deu início ao período conhecido como Guerra Fria, numa construção bipolar de blocos sob liderança dos Estados Unidos, pelo bloco capitalista, e da União Soviética, pelo bloco socialista.

Basta para o escopo deste trabalho ressaltar que o bloco capitalista organiza-se rapidamente; na América Latina, o TIAR – Tratado Interamericano de Assistência Recíproca – é assinado no Palácio Quitandinha, em Petrópolis, em 1947, estabelecendo a autoajuda e cooperação militar no caso de invasão por países de fora do tratado; na Europa, o esforço de reconstrução, conhecido como Plano Marshall, contemplou, também a partir de 1947, a Europa Ocidental. Dois anos depois é criada a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), iniciativa de autodefesa do bloco capitalista. A partir de 1950, com a guerra na Coreia, o Plano Colombo, também de substancial ajuda econômica, passou a financiar a reconstrução no Extremo Oriente, especialmente no Japão.

O bloco socialista é reativo em relação às iniciativas dos Estados Unidos. Suas duas principais organizações, o Conselho para Assistência Econômica Mútua (COMECOM), de 1949 e o Pacto de Varsóvia, de maio de 1955, respectivamente os análogos socialistas do Plano Marshall e da OTAN, firmam os laços do bloco associado à União Soviética. Entretanto, havia uma série de países fora desses acordos. E é nesse contexto que, em julho de 1955, com a participação de 29 países, ocorre a Conferência de Bandung, na Indonésia.

Bandung é o precedente do posterior movimento dos países não alinhados, que não se sentiam contemplados pela ordem bipolar Leste-Oeste.

Surge em Bandung o entendimento de que havia também um conflito Norte-Sul, e suas declarações finais tiveram elevado tom anticolonial e de reconhecimento de demandas nacionalistas, fazendo parte dos seus 10 pontos a defesa intransigente da soberania nacional e do princípio da autodeterminação dos povos. Países que não enviaram comitiva para Bandung posteriormente adotaram os princípios ali exarados, o que levou, em 1961, à criação do Bloco dos Não Alinhados, na Cúpula de Belgrado, na Iugoslávia. Essa necessidade de maior articulação se dá pela sensação desses países estarem fora das grandes decisões globais, conforme aponta Amitav Acharya²⁵: “*Only a handful of the non-Western societies, notably Japan, were accorded a place in the system; all colonies were excluded.*”²⁶.

Reflexo direto das conversas e coordenações iniciais do que seria chamado oportunamente de “Movimento dos Não-Alinhados” (MNA) foi o aumento da pressão pela nacionalização de empresas nos países do então recentemente criado “Sul Global”. Marco inicial desta movimentação é a nacionalização do Canal de Suez, no Egito, em julho de 1956. Esta onda nacionalista chegou inclusive a países que nunca foram membros-parte do MNA, como é o caso do Brasil, que passou por nacionalizações no final da década de 1950. Nesse contexto, no México, no final de 1958, como já vimos, foi levada a efeito a nacionalização de toda a cadeia petrolífera, da energia elétrica e mesmo de telefonia.

O Movimento dos Não-Alinhados cresceu durante a década de 1960 e 1970 conforme novas nações independentes, fruto da descolonização, foram obtendo, em alguns casos pela primeira vez na história, soberania sobre seu próprio território. Em seu ápice, todo o continente africano fez parte do MNA. Era o então chamado “terceiro mundo” encontrando vias de coordenação e defesa mútua de seus interesses, não sem o apoio, por vezes, de órgãos da ONU, como é o caso da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe). Tais articulações culminaram com a criação do G77, e acabaram por impor a necessidade de maior atenção do sistema internacional à questão do desenvolvimento, o que finalmente ocorre com a criação da UNCTAD, Conferência das Nações Unidas

sobre Comércio e Desenvolvimento, em 1964, que rapidamente se torna um grupo de pressão política dentro da estrutura das Nações Unidas, apesar do caráter não vinculante de suas deliberações.

O conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais se desenvolve com maior ímpeto a partir desta coordenação do terceiro mundo. Como antecedente, sob os auspícios da ONU, em 1952, fez-se aprovar resolução sobre o direito de se explorar livremente os recursos e riquezas naturais²⁷. Mas a palavra “soberania” surge apenas na década de 1960, na Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 1803, de dezembro de 1962. Em 1966, outra resolução da AGNU, nº 2158, complementar, recomendava que o capital estrangeiro deveria ser supervisionado para assegurar que fosse utilizado de forma a promover o “desenvolvimento nacional”. Finalmente, sob os auspícios da UNCTAD, em 1972, reafirmou-se pela resolução nº 88 o direito soberano de todos os países a disporem livremente de seus recursos naturais em prol do seu desenvolvimento nacional. A intenção de refinamento normativo culminou na “Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados”, de dezembro de 1974, também uma resolução da AGNU (nº 3281) que indicava *standards* para guiar e reger nacionalizações e apropriações.

É importante ressaltar outro evento geopolítico que influenciava aquele momento. A Guerra do Yom Kippur, em 1973, levou os países produtores e exportadores de petróleo, organizados na Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), a usar mecanismos de redução de oferta, o que fez o preço do petróleo disparar no mercado internacional²⁸. De fato, pela primeira vez desde o pico de demanda de 1922, o barril petróleo valia mais do que US\$35, chegando a beirar US\$60²⁹. O choque do petróleo de 1973 foi um dos quatro fatores que acabaram por induzir à retomada liberal³⁰, como veremos, pois desestabilizou o equilíbrio dos preços e causou estagnação econômica e dificuldades de investimento.

2.3 Entre o desinvestimento e a crise: o início do fim do modelo nacionalista energético mexicano

A PEMEX, durante a década de 1960, optara por concentrar seus investimentos na produção, relegando a exploração para um distante segundo plano. Nenhuma descoberta relevante foi feita durante essa década. Com a queda das reservas conhecidas até então, apenas no final da década esforços exploratórios voltaram à ordem do dia na petroleira nacional mexicana. A situação chegou ao ponto de, em 1971, o México, outrora o maior exportador mundial de petróleo, se ver na situação de importador, consequência direta do desinvestimento que se seguiu à nacionalização completa da cadeia, treze anos antes.

No mesmo ano de 1971, um pescador chamado Rudecindo Cantarell³¹ avistou uma estranha mancha de óleo preto boiando próximo de onde costumeiramente jogava sua rede. Descobriu, ao acaso, um dos maiores campos de petróleo marítimos registrados até hoje, que leva o seu nome. O campo de Cantarell, cujas atividades produtivas de grande porte começaram em 1977, será o principal local de produção no México até 2012. Com o choque do petróleo de 1973, que aumentou a liquidez de recursos disponíveis no sistema financeiro internacional (os “petrodólares”), e encorajada pela descoberta de Cantarell, a PEMEX reforça seus esforços exploratórios adquirindo empréstimos estrangeiros em Dólares a juros flutuantes baixos e consegue reverter a situação, tornando o México um país exportador de petróleo novamente em 1976, bem a tempo de se beneficiar dos impactos positivos – do ponto de vista mexicano – do segundo choque do petróleo de 1978/1979.

A aparência de triunfo da PEMEX e do modelo nacionalista mexicano nos estertores da década de 1970 seria rapidamente desafiada. Apesar de aumentar em 11 vezes a sua produção e se tornar, em 1979, o segundo maior exportador não-OPEP do mundo, o choque de juros do FED nos Estados Unidos levou ao enxugamento de liquidez da economia mundial, causando, por consequência, aumento do custo para honrar e contrair empréstimos. O México não foi duramente atingido em um primeiro momento, pois o aumento do preço do petróleo de 1978/1979, quando o barril chegou a ser cotado em valores atuais a US\$105, acabou colaborando para manter recursos em moeda internacional en-

trando no país, fruto da exportação³². A PEMEX continuou os investimentos, chegando a exportar, em 1981, 401 mil barris diários. Em 1987, quase 60% da produção mexicana era exportada.

No entanto, o preço internacional do barril de petróleo decaía a taxas constantes e o México, endividado a juros flutuantes que não baixaram o suficiente nem mesmo com a chegada de Reagan à Casa Branca, começou a passar por dificuldades de fechamento do seu balanço de pagamentos. A situação chegou a níveis dramáticos em 1986, quando houve o contrachoque do petróleo, derrubando a cotação à metade do nível de 1985 - e cerca de 35% do preço praticado no choque de 1978/1979. O México foi fortemente afetado, pois:

(...) o fluxo de divisas no país provocou efeitos similares à doença holandesa. Assim, o setor de petróleo passou a ter maior participação na economia, enquanto indústria e agricultura perdiam espaço, e o Estado passou a depender mais das rendas petrolíferas. A participação da Pemex na arrecadação fiscal passou de 3% em 1971 para 46% em 1986.³³

Com poucas reservas cambiais, endividado e com a PEMEX não conseguindo mais entregar o superávit operacional necessário para financiar as operações de governo, o México foi um dos primeiros países a aderirem ao Plano Brady, também conhecido por Consenso de Washington, e passou a fazer as reformas sugeridas, como a implementação de um programa de desestatização. No setor de petróleo, considerando a dependência econômica do governo, iniciou-se uma longa distensão do nacionalismo, com medidas cautelosas, mas firmes, no sentido da abertura. Em 1992, promulgou-se a *Ley Orgánica de Petróleos mexicanos y Organismos Subsidiarios*, que buscava desconcentrar a PEMEX, permitindo a criação de subsidiárias com personalidade jurídica e patrimônio próprio.

Nesse contexto, o ano de 1994 foi decisivo para a economia mexicana. Mesmo tendo se filiado ao NAFTA, o acordo de livre comércio da América do Norte, que entrou em vigor em julho, o crescente déficit na balança de pagamentos – agravado pelo aumento da taxa de juros básicas dos Estados Unidos –, resultado de uma política

monetária contracionista de valorização do Peso mexicano para manter a confiança do investidor estrangeiro, começou a ficar insustentável. O México chegou a lançar bônus atrelados à variação do Dólar e mesmo a subir a taxa de juros para remunerar mais o investidor estrangeiro. Mas de nada adiantaram os esforços: em dezembro instalou-se o que popularmente ficou conhecido como “Efeito Tequila”, a partir do fim das reservas cambiais mexicanas, o que forçou a desvalorização do Peso.

Mesmo com empréstimo internacional de urgência ao governo, na casa dos US\$50 bilhões, eram necessárias novas medidas para atrair capital estrangeiro. E o teste foi com o *downstream* de gás natural:

A abertura incluiu também a construção, operação e propriedade de gasodutos, assim como obrigou a Pemex e outras empresas públicas ou privadas a darem acesso a terceiros em seus dutos. No mesmo ano foi criada a *Comisión Reguladora de Energía* (CRE), como órgão ligado à *Secretaría de Energía* (Sener), encarregada justamente de auxiliar a Senerna regulação do *downstream* do gás natural, GLP e energia elétrica. Em 1996, a liberalização se estendeu também à Petroquímica não-Básica, enquanto a Petroquímica Básica permaneceu como monopólio da Pemex.³⁴

A abertura do mercado de *downstream* de gás natural e a criação de uma entidade ligada à Secretaria de Energia, equivalente ao nosso Ministério de Minas e Energia, foi o primeiro ensaio no caminho da abertura do setor de petróleo. O tempo demonstraria que a abertura não seria, ao fim, apenas um ensaio.

3. A RETOMADA LIBERAL

Conforme vimos, o modelo de nacionalismo energético mexicano parecia chegar ao esgotamento durante a década de 1980. Menos pelos sucessos da PEMEX, que ampliou consideravelmente a sua produção e a sua relevância na economia mexicana, e mais pela situação crítica das finanças públicas do governo, com rendimentos decrescentes e perda de reservas internacionais, numa política de manutenção do valor alto da moeda nacional. Quando as reservas internacionais começaram a escassear, aumentou o ritmo de fuga de capitais. O governo não teve outra

alternativa afora desvalorizar a sua moeda, causando mais fuga de capitais e levando ao México a recorrer ao FMI³⁵.

3.1 Dezenove anos de ensaios – 1994-2013

A partir de 1994, o que se vê na política do governo mexicano é uma tentativa de não ceder na exploração e produção de petróleo exclusivamente nacional. Entretanto, precisando receber novos influxos de capital, medidas liberalizantes foram paulatinamente sendo adotadas pelo governo. Além da liberalização do *downstream* de gás natural, já citado, o governo teve que recorrer a novas medidas de austeridade, que lhe sacaram popularidade em geral e recursos da PEMEX em particular. Na próxima eleição, o PRI conheceria a inédita derrota eleitoral a nível nacional, com a vitória do PAN, partido de direita³⁶. A PEMEX continuaria estatal, apesar da crise econômica severa – o setor ferroviário mexicano, que deu origem à necessidade mexicana por energia na formulação de Porfirio Díaz, foi privatizado em 1997. Mas havia um motivo pragmático para não privatizar a PEMEX:

Para complicar aún más el panorama, la Secretaría de Hacienda cobró a Petróleos Mexicanos impuestos equivalentes a casi el 90% de sus utilidades entre 1993 y 2008, llevándola a una situación de atraso que no le permitiría competir plenamente en un mercado global cada día más complejo.³⁷

O PAN, durante a presidência de Vicente Fox, pode contar com a consolidação das reformas econômicas feitas pelo governo anterior e com a valorização do preço do petróleo para não fazer reformas mais incisivas no setor petrolífero. Entretanto, os desinvestimentos e alta tributação da PEMEX desde 1993 limitaram a capacidade da empresa estatal de localizar e iniciar a exploração de novos poços. Em 2004, com o poço de Cantarell começando a declinar na produção, alternativas precisaram ser buscadas, especialmente tendo em conta o aumento do consumo interno da economia em recuperação.

A partir de 2004, com o declínio da produção e o consumo crescente, a exportação de petróleo do México diminuiu de forma íngreme (3,7% ao ano, em média). A queda nas exportações fez cair a participação do México nas importações americanas de petróleo: de 16% em 2003 para 9% em 2015. Ainda assim, o principal destino das exportações mexicanas de petróleo em 2015 foram os Estados Unidos, com 57% de participação. É importante destacar que, em 2015, as exportações representaram pouco mais de 40% da produção.³⁸

Desta feita, o governo mexicano faz um novo teste regulatório com a produção de gás natural, instituindo o “contrato de serviço múltiplo”, que atraiu investidores como a Petrobrás. Funcionava como um contrato de serviço com risco com o objetivo de reduzir o esforço administrativo da PEMEX, enquanto traria *expertise* e reduziria custos de produção para a empresa. A medida, que foi utilizada até 2007, quando foi questionada acerca de sua legalidade, não surtiu o efeito de retorno financeiro desejado para a PEMEX, apesar do retorno tributário positivo para o Estado. Nada obstante, não se fez necessário lançar mão naquele momento de medidas mais bruscas, pois,

(...) em 2004, as cotações superaram os US\$ 50 por barril. Em setembro de 2005, ultrapassaram os US\$ 70, em virtude da passagem de mais de uma dezena de furacões de alta intensidade no Golfo do México e no sul dos EUA, mas não se estabilizaram nesse patamar. Em 2006, superaria os US\$ 70, em razão da crise internacional provocada pela decisão– soberana – do Irã em retomar seu programa nuclear, a despeito das restrições das grandes potências com direito de voto e veto no Conselho de Segurança da ONU. Em 2007, chegariam perto dos US\$ 100.³⁹

Em 2006, o PAN conseguiu eleger mais um candidato à Presidência, Felipe Calderón. Com a eclosão, em 2007, da crise do subprime na economia dos Estados Unidos, que rapidamente contagiou mercados internacionais, o México, antecipando-se a consequências na baixa do preço do barril de petróleo, introduziu, em 2008, os contratos integrais de exploração e produção⁴⁰, agora envolvendo operações também com petróleo. Foi um *ensaio geral* para a efetiva abertura de 2013. Criou-se a *Comisión Nacional de Hidrocarburos* (CNH), naquele momento ligado à *Secretaria Nacional de Energía* (SENER), para viabilizar o desenvolvimento do

marco regulatório de *upstream*. A reforma também alterou o marco regulatório da PEMEX⁴¹, conferindo maior autonomia administrativa, com mudanças na governança corporativa.

No entanto, a constitucionalidade da reforma no que se referia à participação estrangeira foi questionada, o que acabou se refletindo em relativo baixo interesse, não atraindo as *majors*, e alguns dos campos licitados – entre 2011 e 2013 - não atraíram interesse. Diante do sucesso limitado e do declínio da produção, especialmente no campo de Cantarell, o México deixou o grupo dos dez maiores produtores do mundo em 2012.

3.2 Nova regulação: as reformas de 2013/2014

No final de 2012, após sucesso eleitoral, o PRI retornou à Presidência, agora com Enrique Peña Neto. Um dia após a posse concluiu, com os dois principais partidos vencidos, a formulação do que ficou conhecida como *Pacto por México*.

*El Pacto por México se firmó el 2 de diciembre de 2012, entre el Partido Revolucionario Institucional (PRI) y las dos mayores fuerzas políticas con mayor representación, el Partido de Acción Nacional (PAN) y el Partido de la Revolución Democrática (PRD). El Pacto consta de noventa y cinco puntos que transformarían al país logrando de esta manera la democratización de la economía y la política, así como la ampliación y aplicación eficaz de derechos sociales, al mismo tiempo que el país crecería a tasas del 5 por 100.*⁴²

Ao buscar as principais forças do país e firmar uma composição política ampla, o sinal para a indústria era claro: há previsibilidade nos processos institucionais. O mandato presidencial no México é de seis anos, no entanto, o compromisso fixado em 2012 compreendeu os dois partidos que já haviam elegido um Presidente (o México ainda não teve *Presidentes*⁴³) como também o partido que havia acabado de ficar em segundo lugar no processo eleitoral, o PRD, de centro-esquerda.

O resultado deste pacto nacional foi visto muito rapidamente: apresentado o projeto de reforma no setor energético no final em agosto de 2013, prevendo inclusive alterações constitucionais –

que não se restringiram apenas à indústria do petróleo -, foi aprovado pelo Senado em 11 de dezembro e pela Câmara dos Deputados no dia seguinte. À reforma constitucional seguiu-se a promulgação de duas leis ordinárias que regulamentaram a nova dicção da lei maior mexicana: a *Ley de Hidrocarburos* e a *Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos*, ambas promulgadas em 11 de agosto de 2014. Era o fim do nacionalismo energético mexicano.

Podemos resumir o novo marco mexicano para a indústria do petróleo da seguinte forma: a propriedade do petróleo no subsolo continua sendo do governo federal, assim como a propriedade do petróleo produzido, recebendo o produtor compensações que variam de acordo com o modelo de contrato e por regras pré-estabelecidas pela CNH, agora autônoma e não mais vinculada ao SENER, e aprimorada em seus poderes regulatórios. O instrumento de outorga se dá pela via das licitações de blocos de produção, feitas também pela CNH. O capital privado agora conta com quatro formas de associação: contratos de partilha de produção; contratos de partilha de lucro; os já tradicionais contratos de serviço; Licença. Nas três primeiras, a PEMEX, que é mantida como companhia estatal, possuirá participação mínima de 20%. Sobre as empresas estatais – a PEMEX é a nacional, há empresas estaduais de petróleo - continuam com o status das reformas anteriores, assim como continuam autorizadas a criar seus próprios *holdings*. São empresas públicas de capital misto.

Em relação à interferência estatal, o SENER - equivalente ao Ministério de Minas e Energia brasileiro – tem papel de menor protagonismo. À CNH recai a regulamentação e fiscalização das atividades de *upstream* e à *Comisión Reguladora de Energía* (CNE) cabe a regulamentação e a fiscalização das atividades de *downstream*, ambas atuando de forma equivalente, no direito brasileiro, às nossas agências reguladoras. A alocação de recursos pelas empresas foi simplificada: nas três modalidades de contratos, recaem as taxas contratuais, os Royalties, uma porcentagem do lucro operacional e o imposto de renda. Na modalidade Licença, não há a obrigação de compensação mínima pela operação extrativa de 20%. A legislação zerou e isentou a hipótese

de incidência sobre qualquer imposto adicional, inclusive do imposto sobre valor agregado⁴⁴.

Em recentíssimo evento, mais um passo na direção da consolidação do país como polo de atração de capitais estrangeiros, o governo mexicano subscreveu a Convenção sobre a Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, de 1965, firmada sob os auspícios do Banco Mundial. A adesão do México ao ICSID tende a fortalecer a confiança no país⁴⁵.

3.3 Impactos da nova política

O novo marco regulatório mexicano foi colocado à prova em 2015. Naquela altura, o México era o 18º país em reservas provadas de petróleo no mundo e o 36º de gás natural. Como feito no Brasil, em 1995, o México promoveu uma “rodada zero”, concedendo à PEMEX uma “alocação total de 20,6 bilhões de barris equivalentes de petróleo (bep) em reserva 2P e cobrindo cerca de 90 mil km²”⁴⁶. A expectativa era alta para o primeiro leilão aberto à iniciativa privada, com acesso a 60 campos e com reservas provadas de 3,8 bilhões bep. A primeira fase da primeira rodada constituiu-se de blocos em águas rasas para exploração, mas, de 14 blocos licitados, apenas dois foram arrematados - pelo mesmo consórcio, formado pela Sierra Oil & Gas, Talos Energy (EUA) e Premier Oil (britânica). Entre as razões do desinteresse, podemos ressaltar que foi num momento de severa queda do preço do petróleo. No entanto, a partir da segunda fase, a sorte mudou:

Na segunda, de águas rasas com reservas provadas, foram ofertados cinco blocos e três foram arrematados, todos por empresas internacionais (Itália, Estados Unidos e Argentina). Já a terceira fase, de campos maduros em terra, teve como resultado 25 blocos arrematados.⁴⁷

O ano de 2016 foi uma sucessão de boas notícias. Logo no início, a PEMEX descobriu o poço de Nobilis Maximino, com reservas prováveis de 500 milhões de barris. Em junho, a Sierra-Talos-Premier anunciou a descoberta de poço com dois bilhões de barris. Em dezembro foi a quarta fase da primeira rodada, 10 blocos em águas profundas, com oito arrematações (pela Total,

ExxonMobil, China Offshore Oil Corporation, BP e Statoil).

Em 2017, a PEMEX firmou parceria com a Chevron e a Inpex no bloco 3 do campo de Perdido, com potencial de 1,3 bilhão de barris. Animado, o governo mexicano marcou para junho de 2017 mais uma rodada de licitações. Em águas rasas, 10 dos 15 blocos foram arrematados (Eni SPA, Lukoil e consórcio Total/Shell). E agendou para janeiro de 2018 mais um leilão, com foco na região Sul do Golfo, oferecendo 29 blocos. O total oferecido nesse leilão tem potencial de 4,2 bilhões de barris, sendo 2,8 bilhões provados. Dezenove foram arrematados, no total arrecadado de US\$525 milhões, sendo nove blocos pela Shell e quatro pela PEMEX.

Os impactos da nova política mexicana de liberalismo energético, cuja novidade regulatória ainda não completou cinco anos de existência, parecem indicar no caminho de sucesso da nova prática. Como se observou, o marco regulatório é compatível com o praticado em outras regiões, demonstração disso é a participação de empresas de praticamente todos os continentes nos processos licitatórios. Para o direito internacional econômico, a principal vantagem desta semelhança entre o marco regulatório mexicano e outros marcos, ou seja, sem o popularmente conhecido como “reinventar da roda”, é a maior previsibilidade e redução drástica de custos para o produtor. Roger Cottrell, comentando sobre harmonização, sustenta que “*productive integration requires not assimilation, but mutual acceptance and mutual learning about the other, in a framework of universal respect for human dignity and autonomy.*”⁴⁸.

No entanto, ainda há desafios a serem ultrapassados pelo México. Por enquanto, o esforço de refino no país não é prioridade, no que resulta na dependência de importação líquida de derivados, situação que permanece há 25 anos – o que é impressionante, considerando que o México, desde 1901, salvo raras ocasiões, foi exportador de excedentes de petróleo bruto. Uma política de investimento em refinarias tenderia a baixar o preço para o consumidor final e a melhorar a balança comercial do país.

Outro desafio é a intenção do governo de fa-

zer o primeiro leilão de *shale* no final de 2018. No momento de conclusão deste artigo, ainda não havia sido lançado pela CNH os termos do leilão. Além da novidade em si, ainda há uma questão geopolítica, pois a região a ser licitada, no cinturão de Perdido, é muito próxima do limite territorial marinho com os Estados Unidos, ficando a apenas 20 km do campo de exploração e desenvolvimento de Great White.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se trazer à audiência informações relevantes sobre o nacionalismo energético no caso mexicano, o que proporcionou a oportunidade de revisitar o histórico da indústria petrolífera do México, tema que certamente não foi esgotado no presente trabalho. O estudo do país é fascinante, pois se observa uma forte estabilidade política a partir de 1917, a partir da qual há a prevalência de um consenso de continuidade de modelos de acordo com a conjuntura econômica global. Houve poucas alterações bruscas e não houve movimentos pendulares, de curtos intervalos de nacionalismo e liberalismo como ocorre na região; ao contrário, nota-se alterações bem marcadas no tempo e sempre seguindo as tendências econômicas de longo prazo. Tal estabilidade aumenta a sensação de segurança jurídica e confiabilidade no país, pela previsibilidade subjacente. Representativo disso é a manutenção no poder do mesmo partido, atualmente chamado PRI, desde 1924, com um único hiato de doze anos entre 2000-2012, que foi ainda assim um momento de coordenação entre as forças políticas. Foi sob novo mandato do PRI e num contexto de um novo acordo suprapartidário que se fez as reformas liberais de 2013-2014.

Na primeira seção, demonstrou-se a evolução da consolidação do estado nacional mexicano e suas intersecções com o nascimento e desenvolvimento inicial, sob marco liberal, da exploração e produção de petróleo naquele país. Buscou-se demonstrar que, apesar das peculiaridades políticas do período, envolvendo até a tentativa de consolidação de uma monarquia com um príncipe austríaco da Casa Habsburgo ao leme do país, o período de Porfirio Díaz trouxe estabilidade que viabilizou o começo das atividades de exploração e produção de petróleo no México. Abordou-se as duas fases do libera-

lismo (1884-1917 e 1917-1938), cujo primeiro momento foi marcado pelos contratos de *lease* e ampla autonomia da indústria para se organizar, enquanto na segunda fase houve a introdução dos contratos de concessão dentro de uma nova Constituição que trouxe relevantes alterações regulatórias – mantendo-se, não obstante, o interesse da indústria.

Após, com a crise de 1929 forçando para baixo o preço global do barril de petróleo e também com a redução da produção mexicana, o que causou desemprego de fatores de produção e questões trabalhistas, o Estado decide interferir após substancial parte de a indústria indicar que não possuía mais capacidade econômica, com o prolongamento da crise internacional, para cumprir com seus compromissos, especialmente os laborais. Nesta segunda seção, abordamos o nacionalismo energético. Observamos a criação da PEMEX e as limitações do modelo completamente fechado, que forçou a empresa a buscar financiamento externo na década de 1960, após o incremento do nacionalismo do governo de Adolfo López Mateos. Passamos então a analisar a questão da soberania permanente sobre os recursos naturais e o marco internacional sobre a matéria. Ao final da seção, voltamos à tumultuada década de 1970 para descrever o começo do fim do modelo de nacionalismo energético mexicano.

Por fim, abordou-se a crise dos anos 1980, com a inviabilidade do modelo puxado pelo nacionalismo energético, modelo que começou a ser abandonado ainda em 1992, em testes de intensidade variada até a reforma profunda do biênio 2013-2014, pouco após a última eleição geral, ocorrida em 2012. Apresenta-se o marco normativo atual, de retomada liberal, e as primeiras experiências de leilões de áreas de exploração.

BIBLIOGRAFIA

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Vocabulário ortográfico da língua portuguesa**. 5ª ed. São Paulo: Global 2009.

ACHARYA, Amitav. Norm Subsidiarity and Regional Orders: Sovereignty, Regionalism, and Rule-Making in the Third World. **International Studies Quarterly**, 55(1): Oxford, 2011, p.95-123

BP ENERGY. **BP Statistical Review of World Energy**. Jun.2017. p.20. Disponível em <https://www.bp.com/content/dam/bp/en/corporate/pdf/energy-economics/statistical-review-2017/bp-statistical-review-of-world-energy-2017-oil.pdf> Acesso em 30 mar 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica internacional. **R.Inf. Legislativa**, Brasília, nº81, jan/mar 1984. p.213-232. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/186371/000406294.pdf?sequence=4> Acesso em 08 fev 2018.

CASILDA BÉJAR, Ramón. El nacionalismo de la energía en América Latina. **Boletín Electrónico de ICE (Información Comercial Española)** nº 3078, ago 2016. p. 17. Disponível em:

http://www.revistasice.com/CachePDF/BI-CE_3078_15-28_03C36F414A582DB440F-F4446607A92FE.pdf Acesso em 08 fev 2018.

CONTRERAS, Ulises. **Cambios Institucionales en Sectores Estratégicos como Reflejo y Factor de Desarrollo - La Reforma Energética en México 2013**. 205 f. Dissertação (Maestro en Asuntos Políticos y Políticas Publicas) – Colegio de San Luis, San Luis Potosí. 2017. Disponível em: <http://colsan.repositorioinstitucional.mx/jspui/handle/1013/377> Acesso em 17 mar 2018.

COTTERRELL, Roger. Is it so bad to be different? In ÖRÜCÜ, Esin; NELKEN, David, **Comparative law: a handbook**. Portland, OR.: Hart Publish., 2007. p.133-154.

CUNHA, George; DOMINGUEZ, Carlos. Economia e sociedade no México do século XIX: vicissitudes na construção de um Estado-nação. **Revista Neiba, Cadernos Argentina Brasil**, v. 5, n. 1. 2016. Disponível em:

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/neiba/article/download/26823/20393> Acesso em 20 jan 2018.

DE LA BORDA, Joel Álvarez. **Los Orígenes de la Industria Petrolera en México: 1900 – 1925**. Pemex - Petróleos Mexicanos. México, DF. 2005. Disponível em:

<http://petroleo.colmex.mx/images/stories/archivos/misc/Alvarez-Los-origenes.pdf> Acesso em 13 jan 2018.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. Marco regulatório da indústria do petróleo no México - EPE-DPG-SPT-Abast-NT-01-2016. set 2016. Disponível em: http://www.epe.gov.br/Petroleo/Documents/NT_Mexico%202016set.pdf Acesso em 04 abr 2018.

FERREIRA COELHO, José Mauro *et alia*. Reformas no upstream da indústria petrolífera Mexicana: um paralelo com o caso brasileiro. **Boletim de Conjuntura do Setor Energético**. FGV-Rio, Rio de Janeiro, abr/2017. Disponível em:

http://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/boletim_conjuntura-abril-2017_v5.pdf Acesso em 30 mar 2018.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil: edição comemorativa - 50 anos**. Org. Rosa Freire d'Aguiar Furtado - São Paulo, Companhia das Letras, 2009.

HABER, S., MAURER, N., RAZO, A.. When the law does not matter: The rise and decline of the Mexican Oil Industry. **The Journal of Economic History**. Volume 63, n.1, março 2003. p.1-31

MIRANDA, Carlos; SIMÓN, Miguel Ángel. Mexico. **The Oil & Gas Law Review**, 4th edition, Law Business Research Ltd, London. p. 172-181. Disponível em: [http://thelawreviews.co.uk/digital_assets/ac23c1b2-f6c9-4fd6-82a9-270ac25669e3/TLR---Oil-&-Gas---Fourth-Edition---Book-\(UNSECURED\).pdf](http://thelawreviews.co.uk/digital_assets/ac23c1b2-f6c9-4fd6-82a9-270ac25669e3/TLR---Oil-&-Gas---Fourth-Edition---Book-(UNSECURED).pdf) Acesso em 01 abr 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Capítulo III - Financial flows to developing countries. **World Economic Situation and Prospects 2010**. Nova York. Jan 2010. p. 73-104 Disponível em inglês em http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_archive/2010wesp.pdf Acesso em 10 dez 2017.

PEREIRA, João Eduardo Alves. Geopolítica, segurança jurídica e inserção do Brasil na questão energética internacional. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia**. v.3 2012.

p. 262-276. Disponível em:

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rbdp/article/view/5791> Acesso em 08 abr 2018.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3ª Ed. revista, atual. e ampl. – Rio de Janeiro, Renovar, 2014

RUBIO, Josafat. Usos políticos del imaginario social: El caso de la Reforma Energética en México. **EDUSER: revista de educação**, Vol 8(2), Bragança, 2016. Disponível em: <https://www.eduser.ipb.pt/index.php/eduser/article/view/71/68> Acesso em 12 jan 2018.

VEJAR, Carlos. Consequences for Mexico After Subscribing to the ICSID Convention. 2018. Disponível em: <https://www.hklaw.com/publications/Consequences-for-Mexico-After-Subscribing-to-the-ICSID-Convention-01-11-2018/> Acesso em 12 abr 2018.

WASSERMAN, Claudia (org). **História da América Latina: Cinco Séculos**. 3 ed. Porto Alegre: UFRGS, 2003

WADDELL, D.A.G. A Política Internacional e a Independência da América Latina. BETHELL, Leslie (Org.). **História da América Latina: Vol. II - América Latina Colonial**. São Paulo: Edusp. / Brasília: FAG, 1999, p. 231-273.

Referências

- 1 O México, como já se referiu, não teve o movimento pendular entre nacionalismo e liberalismo. Ainda assim, foi o último país das Américas a liberalizar a exploração e produção de petróleo e gás, o que já tinha sido feito anteriormente por outros países da região que, na década de 2000, voltaram a nacionalizar. Como se verá, um dos trunfos da reabertura do mercado mexicano é a previsibilidade dos processos institucionais.
- 2 Aqui pede-se vênua para se usar o termo “retomada liberal” por entender, mais uma vez pedindo licença a quem lê, que a expressão “neoliberalismo” possui um equívoco teórico implícito; o que se observa não é um “novo liberalismo”, mas sim o resgate da hegemonia de teorias liberais clássicas, que podem e devem ser sempre revisitadas no sentido de sua validade econômica prática, especialmente tendo-se em conta suas experiências anteriores. Veja-se que não há um consenso claro nas Ciências Econômicas a respeito das causas das crises econômicas, desde a de 1929, cuja principal disputa é saber se as teorias do liberalismo econômico tiveram ou não responsabilidade naquele evento. O tema é muito interessante, mas foge do escopo do presente trabalho.
- 3 Sobre a conquista e o período colonial, sugere-se a agradável leitura dos capítulos I a III de WASERMAN, Claudia (org). **História da América Latina: Cinco Séculos**. 3 ed. Porto Alegre: UFRGS, 2003.
- 4 WADDELL, D.A.G. A Política Internacional e a Independência da América Latina. BETHELL, Leslie (Org.). **História da América Latina: Vol. II - América Latina Colonial**. São Paulo: Edusp. Brasília: FAG, 1999, p. 231-273.
- 5 WASSERMAN, Claudia (org). **História da América Latina: Cinco Séculos**. 3 ed. Porto Alegre: UFRGS, 2003. p. 177-188
- 6 Apenas como uma nota cultural, a primeira expedição francesa para empossar Maximiliano como Imperador do México foi rechaçada, na Batalha de Puebla. O dia da batalha, vencida pelas tropas mexicanas, é o celebrado *cinco de mayo*.
- 7 Porfirio Diaz é o autor da conhecida frase: “Pobre México. Tão longe de Deus e tão perto dos Estados Unidos”. Na terceira seção deste trabalho veremos como uma questão geológica e fronteiriça envolvendo o Golfo do México torna esta frase muito atual.
- 8 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3ª Ed. revista, atual. e ampl. Rio de Janeiro:Renovar, 2014.
- 9 CUNHA, George; DOMINGUEZ, Carlos. Economia e sociedade no México do século XIX: vicissitudes na construção de um Estado-nação. **Revista Neiba, Cadernos Argentina Brasil**, v. 5, n. 1. 2016. p.12-13. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/neiba/article/download/26823/20393> acesso em 20 jan 2018.
- 10 DE LA BORDA, Joel Álvarez. **Los Orígenes de la Industria Petrolera en México: 1900 – 1925**. Pemex - Petróleos Mexicanos. México, DF. 2005. p. 123. Disponível em: <http://petroleo.colmex.mx/images/stories/archivos/misc/Alvarez-Los-origenes.pdf> Acesso em 13 jan 2018.
- 11 A produção floresceu de cerca de 10 mil barris/dia em 1910 para 430 mil barris/dia em 1920. CUNHA, George; DOMINGUEZ, Carlos. Economia e sociedade no México do século XIX: vicissitudes na construção de um Estado-nação. **Revista Neiba, Cadernos Argentina Brasil**, v. 5, n. 1. 2016. p.13 Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/neiba/article/download/26823/20393> Acesso em 15 jan 2018.
- 12 EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. Marco regulatório da indústria do petróleo no México - EPE-DPG-SPT-Abast-NT-01-2016. set 2016. p. 4. Disponível em: http://www.epe.gov.br/Petroleo/Documents/NT_Mexico%202016set.pdf Acesso em 08 abr 2018.
- 13 DE LA BORDA, Joel Álvarez. **Los Orígenes de la Industria Petrolera en México: 1900 – 1925**. Pemex - Petróleos Mexicanos. México, DF. 2005. p. 90. Disponível em: <http://petroleo.colmex.mx/images/stories/archivos/misc/Alvarez-Los-origenes.pdf> Acesso em 15 jan 2018.
- 14 Não há consenso historiográfico sobre o fim da revolução mexicana. Geralmente são aceitos como marcos a promulgação da Constituição, em 1917, ou a eleição de 1924, a primeira após a controversa eleição de 1920, que elegeu um chefe militar envolvido em uma quartelada contra o Presidente anterior.
- 15 FERREIRA COELHO, José Mauro *et alia*. Reformas no upstream da indústria petrolífera Mexicana: um paralelo com o caso brasileiro. **Boletim de Conjuntura do Setor Energético**. FGV-Rio, Rio de Janeiro, abr/2017. p. 4. Disponível em: http://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/boletim_conjuntura-abril-2017_v5.pdf Acesso em 30 mar 2018.
- 16 DE LA BORDA, Joel Álvarez. **Los Orígenes de la Industria Petrolera en México: 1900 – 1925**. Pemex - Petróleos Mexicanos. México, DF. 2005. p. 107. Disponível em: <http://petroleo.colmex.mx/images/stories/archivos/misc/Alvarez-Los-origenes.pdf> Acesso em 15 jan 2018.
- 17 HABER, S., MAURER, N., RAZO, A.. When the law does not matter: The rise and decline of the Mexican Oil Industry. **The Journal of Economic History**, Volume 63, n.1, março 2003. p.2
- 18 A hegemonia do PRI foi total e completa também nos estados federados, até a eleição de um candidato do PAN, Partido de Acción Nacional, ligado à democracia cristã, na Baja California em 1989. Foram impressionantes 65 anos de domínio.
- 19 Todos os dados estatísticos citados aqui estão em BP ENERGY. BP Statistical Review of World Energy. Jun.2017. p.20. Disponível em <https://www.bp.com/content/dam/bp/en/corporate/pdf/energy-economics/statistical-review-2017/bp-statistical-review-of-world-energy-2017-oil.pdf> . Chama-se a atenção para o fato de os dados estarem apresentados de forma deflacionada, ou seja, mantida a paridade do poder de compra de acordo com o valor do Dólar americano em dezembro de 2016. Acesso em 05 abr 2018.

- 20 EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. Marco regulatório da indústria do petróleo no México - EPE-DPG-SPT-Abast-NT-01-2016. set 2016. p. 6-7. Disponível em: http://www.epe.gov.br/Petroleo/Documents/NT_Mexico%202016set.pdf Acesso em 08 abr 2018.
- 21 Em sentido oposto, Ferreira Coelho *et alia* propõem que a nacionalização foi um ato para “enfrentar” as empresas por parte do governo mexicano. FERREIRA COELHO, José Mauro *et alia*. Reformas no upstream da indústria petrolífera Mexicana: um paralelo com o caso brasileiro. **Boletim de Conjuntura do Setor Energético**. FGV-Rio, Rio de Janeiro, abr/2017. p. 5. Disponível em: http://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/boletim_conjuntura-abril-2017_v5.pdf Acesso em 30 mar 2018.
- 22 Hodiernamente, a PEMEX é uma empresa pública de capital misto.
- 23 O nacionalismo energético proposto naquele momento não se circunscreveu ao setor petrolífero, havendo concomitantemente a nacionalização da produção e distribuição de energia elétrica, processo que também se realizou com o setor de telefonia.
- 24 EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. Marco regulatório da indústria do petróleo no México - EPE-DPG-SPT-Abast-NT-01-2016. set 2016. p. 8. Disponível em: http://www.epe.gov.br/Petroleo/Documents/NT_Mexico%202016set.pdf Acesso em 08 abr 2018.
- 25 ACHARYA, Amitav. Norm Subsidiarity and Regional Orders: Sovereignty, Regionalism, and Rule-Making in the Third World. **International Studies Quarterly**, 55(1): Oxford, 2011, p.95–123
- 26 “Apenas um punhado de sociedades não ocidentais, onde se destaca o Japão, tiveram um lugar no sistema; todas as colônias foram excluídas.”, tradução livre.
- 27 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As Nações Unidas e a Nova Ordem Econômica internacional. **R.Inf. Legislativa**, Brasília, nº81, jan/mar 1984. p.214. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/186371/000406294.pdf?sequence=4> Acesso em 08 fev 2018.
- 28 Faz-se aqui referência novamente ao gráfico da página 20 em BP ENERGY. BP Statistical Review of World Energy. Jun.2017. p.20. Disponível em <https://www.bp.com/content/dam/bp/en/corporate/pdf/energy-economics/statistical-review-2017/bp-statistical-review-of-world-energy-2017-oil.pdf>.
- 29 Valores deflacionados com base na paridade de poder de compra em dezembro de 2016.
- 30 Não se delongará neste trabalho sobre os quatro fatores, pelo momento, basta apontá-los: o rompimento unilateral do governo dos Estados Unidos do padrão Dólar-ouro, em 1972; o choque do petróleo de 1974; o choque do petróleo de 1978/1979 e; o choque de juros básicos pelo Federal Reserve dos Estados Unidos, em 1979. Os quatro eventos abalaram os fundamentos microeconômicos de todo o planeta e influenciaram nas expectativas e reservas cambiais de todos os países em desenvolvimento.
- 31 Não confundir com o Professor da Universidade Queen Mary, Roger Cotterrell, que, coincidentemente, será referenciado mais adiante neste trabalho.
- 32 Uma comparação com o Brasil aqui é necessária: enquanto o México recebia dólares pela exportação de petróleo, que, junto com o choque de juros do FED teve o seu próprio choque de preços, mantendo a entrada de moeda internacional de troca mais ou menos nos mesmos níveis, o Brasil, altamente endividado com as obras do II PND, se viu subitamente sem entrada de moeda internacional e altamente endividado em juros flutuantes. A crise brasileira chegou de forma forte em 1982, causando a “década perdida”.
- 33 EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. Marco regulatório da indústria do petróleo no México - EPE-DPG-SPT-Abast-NT-01-2016. set 2016. p. 9. Disponível em: http://www.epe.gov.br/Petroleo/Documents/NT_Mexico%202016set.pdf Acesso em 08 abr 2018.
- 34 EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. Marco regulatório da indústria do petróleo no México - EPE-DPG-SPT-Abast-NT-01-2016. set 2016. p. 11. Disponível em: http://www.epe.gov.br/Petroleo/Documents/NT_Mexico%202016set.pdf Acesso em 08 abr 2018.
- 35 Tema exógeno ao trabalho mas que vale registrar, o contexto da crise mexicana foi muito parecido com o da crise brasileira que levou ao fim do Plano Real, em 13 de janeiro de 1999, quando houve a liberação da âncora cambial fixa que compunha o tripé do bem sucedido plano de combate à inflação no Brasil.
- 36 O PRI, embora seja entusiasta da retomada liberal, é membro da internacional socialista e já se posicionou, como se viu, a favor do nacional-desenvolvimentismo de centro. O PAN é o maior partido de oposição do México, fundado em 1939, de tendência mais conservadora e à direita. A esquerda mexicana, cuja maior legenda é o PRD, de centro-esquerda, apesar do bom resultado nas eleições presidenciais de 2012, quando ficou em segundo lugar, e embora governe a Cidade do México de forma ininterrupta desde 1997, tem pouco mais de 11% das cadeiras da Câmara e 15% das do Senado.
- 37 RUBIO, Josafat. Usos políticos del imaginario social: El caso de la Reforma Energética en México. **EDUSER: revista de educação**, Vol 8(2), Bragança, 2016. p. 65. Disponível em: <https://www.eduser.ipb.pt/index.php/eduser/article/view/71/68> Acesso em 12 jan 2018.
- 38 FERREIRA COELHO, José Mauro *et alia*. Reformas no upstream da indústria petrolífera Mexicana: um paralelo com o caso brasileiro. **Boletim de Conjuntura do Setor Energético**. FGV-Rio, Rio de Janeiro, abr/2017. p. 6. Disponível em: http://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/boletim_conjuntura-abril-2017_v5.pdf Acesso em 30 mar 2018.
- 39 PEREIRA, João Eduardo Alves. Geopolítica, segurança jurídica e inserção do Brasil na questão en-

ergética internacional. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia**. v.3 2012. p. 274-275. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rbdp/article/view/5791> Acesso em 08 abr 2018.

40 Por meio de emendas à *Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional em el Ramo Del Petróleo*. Reforma publicada no *Diario Oficial de la Federación* em 28 nov 2008.

41 Por meio de reforma da *Ley de Petróleos Mexicanos*, publicada no *Diario Oficial de la Federación* em 28 nov 2008. Vale a observação de que as leis mexicanas não são numeradas.

42 CASILDA BÉJAR, Ramón. El nacionalismo de la energía en América Latina. **Boletín Electrónico de ICE (Información Comercial Española)** nº 3078, ago 2016. p. 17. Disponível em: http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_3078_15-28_03C36F414A582DB440FF4446607A92FE.pdf Acesso em 08 fev 2018.

43 Optou-se, aqui, por colocar a grafia em língua estrangeira, para não agredir o eventual público conservador. Entretanto, deve-se observar que a forma Presidenta é recepcionada no português, e mesmo antes de termos uma mulher no mais elevado posto eletivo do Brasil. Ver ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Vocabulário ortográfico da língua portuguesa. Academia Brasileira de Letras. 5ª ed. São Paulo: Global 2009. p. 674.

44 MIRANDA, Carlos; SIMÓN, Miguel Ángel. Mexico. **The Oil & Gas Law Review**, 4th edition, Law Business Research Ltd, London. p. 172-181. Disponível em: [http://thelawreviews.co.uk/digital_assets/ac23c1b2-f6c9-4fd6-82a9-270ac25669e3/TLR---Oil-&-Gas---Fourth-Edition---Book-\(UNSECURED\).pdf](http://thelawreviews.co.uk/digital_assets/ac23c1b2-f6c9-4fd6-82a9-270ac25669e3/TLR---Oil-&-Gas---Fourth-Edition---Book-(UNSECURED).pdf) Acesso em 01 abr 2018.

45 A assinatura foi em janeiro de 2018. No momento de conclusão deste artigo, em abril, ainda não tinha sido ratificada pelo Senado mexicano. Pede-se licença para fazer remissão a um artigo não acadêmico que trata sobre a matéria, visto que é um desdobramento muito recente. VEJAR, Carlos. Consequences for Mexico After Subscribing to the ICSID Convention. 2018. Disponível em:

<https://www.hklaw.com/publications/Consequences-for-Mexico-After-Subscribing-to-the-ICSID-Convention-01-11-2018/> Acesso em 12 abr 2018.

46 FERREIRA COELHO, José Mauro *et alia*. Reformas no upstream da indústria petrolífera Mexicana: um paralelo com o caso brasileiro. **Boletim de Conjuntura do Setor Energético**. FGV-Rio, Rio de Janeiro, abr/2017. p. 7. Disponível em:

http://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/boletim_conjuntura-abril-2017_v5.pdf Acesso em 30 mar 2018.

47 FERREIRA COELHO, José Mauro *et alia*. Reformas no upstream da indústria petrolífera Mexicana: um paralelo com o caso brasileiro. **Boletim de Conjuntura do Setor Energético**. FGV-Rio, Rio de Janeiro, abr/2017. p. 7. Disponível em:

http://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/boletim_conjuntura-abril-2017_v5.pdf Acesso em 30 mar

2018.

48 COTTERRELL, Roger. Is it so bad to be different?. In ÖRÜCÜ, Esin ;NELKEN, David, **Comparative law: a handbook**. Portland,OR.: Hart Publish., 2007. p.137

PANORAMA DEL EMPRENDIMIENTO DE EMPRESAS DE BIODIESEL EN MÉXICO, PERSPECTIVA BASADA EN LAS INSTITUCIONES



José G. Vargas-Hernández | jvargas2006@gmail.com

Resumen

El objetivo de la presente investigación es analizar el papel que juegan las instituciones en la industria de biodiesel, para lograr conocer si existe una relación con la calidad y madurez de la misma con los emprendimientos. Partiendo de una revisión literaria se identifica el marco de la situación actual, abarcando los aspectos referentes a las instituciones formales, leyes, reglas, organismos reguladores y la teoría que sostiene la relación de las instituciones con los emprendimientos. Concluyendo que las instituciones en México han aumentado su madurez e incentivación para que surjan mayor cantidad de productores y distribuidores de biodiesel así aprovechando el mercado en crecimiento.

Palabras-clave

instituciones; emprendimiento; biodiesel

Abstract

The objective of the present research is to analyze the role of the institutions in the biodiesel industry, in order to know if there is a relationship with the quality and maturity of the same with the ventures. Starting from a literary review, the framework of the current situation is identified, covering aspects related to formal institutions, laws, rules, regulatory bodies and the theory that supports the relationship between institutions and entrepreneurship. Concluding that the institutions in Mexico have increased their maturity and incentive to increase the number of producers and distributors of biodiesel thus taking advantage of the growing market.

Keywords

institutions; entrepreneurship; biodiesel.

Submetido: 01/02/2018 | Aceito: 14/12/2018

Introducción

La actualidad que está viviendo una situación de escasez de recursos naturales, necesita de las innovaciones y emprendimientos en sectores de producción que ayuden a revertir la situación, por lo cual la investigación busca la estabilidad de mercados que logren la competitividad y la preservación del medio ambiente.

El mercado del biodiesel está en un constante crecimiento se prevé que para el 2023 el consumo llegue a más de 40 millones de litros alrededor del mundo información de la OECD (2017), por lo cual Estados Unidos, como países europeos y algunos países de Sudamérica de los cuales destacan Argentina, Brasil, Colombia y Chile, entre algunos otros países se han sumado rápidamente en este nuevo proyecto de una economía con mejor visión de la preservación del medio ambiente, este nuevo cambio en las tendencias de consumo de las personas, genera nuevos mercados que pueden ser explotados por economías de países desarrollados como países emergentes que cuenten con los recursos necesarios para la producción y suministro de biodiesel.

El emprendimiento se da por varios factores algunos que pueden ser los mejores escenarios como lo puede ser oportunidades únicas, innovaciones que logren satisfacer necesidades específicas que en el pasado no se contaba, que este tipo de emprendimientos son los que los países necesitan porque obtienen la mayor cantidad de beneficios, en generación de empleos, crecimiento económico sostenible. El auge que está teniendo la demanda de biodiesel a nivel mundial podría ser una de esas oportunidades que se deben aprovechar. Sin embargo, la oportunidad de reconocer un mercado en crecimiento por sí sola no asegura el éxito debido a que la planeación y conocimiento del terreno en el cual los emprendedores buscan ingresar, son fallos que se podría tener, al ser un mercado relativamente nuevo pocos son los que cuentan con toda la información necesaria para decirse conocer o ser expertos en el mercado competitivo de bioenergías.

Por lo cual las instituciones formales como lo son leyes u organismos rectores de las conduc-

tas de la industria, puede ser una herramienta que ayude a emprendedores a tener una visión delimitada de las acciones que son posibles de efectuar, lo cual se puede observar como un conocimiento que es transferido de las instituciones a los emprendedores que les ayuda a generar el éxito.

Además de que la existencia de instituciones formales con una calidad y madurez suficiente como lo pueden ser marcos legales fáciles de aplicar y organismos regulatorios con una buena planificación y ejecución de acciones, como la ayuda en la disminución de impuestos, otorgar apoyos financieros y el fomento por parte de los investigadores en una línea de investigación en específico, sirve para que surjan en mayor medida emprendimientos en un sector en específico que cuente con todos incentivos.

La revisión de antecedentes mostraba que existía una clara preocupación por la falta de reglas en el juego en este sector que hacía que el mercado en México no pudiera consolidarse. Sin embargo, existían ya organismos que estaban en busca de desarrollar las suficientes regulaciones para esclarecer el camino de los interesados en incursionar en este nuevo mercado que estaba surgiendo a un ritmo acelerado.

Por lo cual en este estudio se realizará un análisis teórico contrastando la evolución que han tenido las empresas productoras de biodiesel en México, para determinar si existe una relación con las instituciones formales y estas lograran resolver la ineficiencia que se veía en este sector en 2008.

1. Antecedentes del problema

En 2009 Biotop que fue un proyecto para la evaluación de oportunidades técnicas y necesidades de investigación para América Latina, mencionaba como el marco normativo mexicano para la promoción de biocombustibles se encontraba en una etapa inicial y todavía estaba en desarrollo, desde entonces se sospecha que una limitante para las empresas de biodiesel en México se podría deber a las instituciones formales que no funcionaban de la mejor manera.

El conocimiento de esta falla en el mercado mexicano busca ser resuelto como Rembio en 2009

menciona que no existían políticas de promoción específicas para la segunda generación de biocombustibles, pero probablemente estas sean incluidas en un nuevo programa de investigación en biocombustibles, el cual será desarrollado por el Consejo Nacional y Tecnología (CONACYT).

Se ha notado en la revisión empírica que un problema en México para que surjan empresarios interesados en los mercados de energías renovables en específico el de biodiesel es que las instituciones no son lo suficientemente claras en sus acciones que ayude a entender el mercado.

2. Delimitación del problema

Dado el mercado que está en crecimiento del consumo de biodiesel y que no han surgido empresas que monopolicen la producción, se puede crear una base sólida de producción en México que ayude al crecimiento económico del país, sin embargo, no se han encontrado evidencias sólidas de que se esté avanzado al ritmo que se debería.

Considerando que los factores naturales son los propicios para la producción de la materia prima y no existe una empresa monopolizadora de la producción en México, agregando que la demanda de Biodiesel cada vez es mayor, se esperaría que al cumplir con la teoría de recursos y capacidades y que la industria no es fuerte, el sector productivo de biodiesel estuviera aumentando. Por lo cual nos lleva a concluir que existe algún otro factor que este inhibiendo este crecimiento, y los antecedentes de la falta de instituciones que ayuden a las iniciativas de empresas productivas en biodiesel genera la siguiente interrogante:

¿De qué manera han impactado las instituciones formales la creación de empresas productores de biodiesel en México?

3. Justificación

Siendo el sector del biodiesel un mercado en crecimiento y que demanda mayor cantidad de litros año tras año, es una oportunidad para México, consolidar su industria productiva y ser competitivo a nivel mundial.

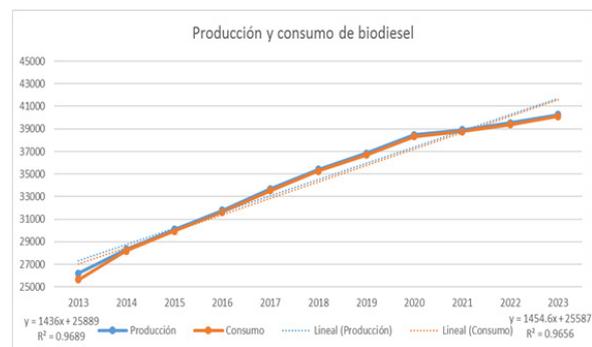


Figura 1: Proyección de la producción y consumo de biodiesel de 2013 a 2023

Fuente: Elaboración propia con datos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD Stats, 2017).

Como se puede observar a partir de 2014 el consumo se ha acercado a la producción, como se puede observar con su incremento de 1454.6 por año en promedio del consumo en comparación con los 1436 que incrementa por año en promedio la producción por lo cual se concluye que, si esta tendencia se mantiene, la demanda por consumir será superior a la producción por lo cual se sostiene que es un momento para que existan emprendimientos en este sector. Los estimadores de las variaciones en la variable independiente son buenos estimadores debido a que el coeficiente de determinación (r^2) es superior a .6 que es un parámetro que se utiliza para aceptar.

Sin embargo, existe una preocupación si las instituciones han logrado mejorar el panorama, para que los emprendimientos en este sector tengan una mejor dirección. La Comisión Reguladora de Energía en (2014) menciona el ámbito regulatorio en materia de energía del cual se encarga, además de mencionar las instituciones que también ayudan a su regulación como lo son la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH), la Secretaría de Energía (SENER), la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y la Agencia de Seguridad, Energía y Ambiente (ASEA).

El objetivo de las instituciones es el de crear condiciones para la eficiencia de los mercados de energéticos (Comisión Reguladora De Energía 2015), se observa un crecimiento en el mar-

co regulatorio de los bioenergéticos, por lo cual se necesita conocer si la estabilidad en el marco regulatorio que se ha venido estableciendo ha ayudado en la estabilidad del mercado y sobre todo conocer si las instituciones han favorecido que exista emprendimientos en biodiesel.

Existe una relación con las instituciones y los emprendimientos alrededor del mundo como una investigación en 2015 menciona que

“En la medida en que el emprendedor lleva a cabo su actividad en un entorno donde las reglas del juego estén bien definidas (es decir, que existe una buena protección de los derechos de propiedad, que el sistema judicial funciona adecuadamente, que los gobiernos son estables o que no existe corrupción, entre otros factores), el emprendedor gozará de una mayor seguridad que redundará positivamente en el éxito de su empresa.” (Fuentelzas y Gonzalez, 2015).

4. Supuesto teórico

Ho: Las instituciones formales impactan de manera positiva el emprendimiento de empresas en biodiesel en México.

5. Marco teórico conceptual

A. Surgimiento de biodiesel

Con el surgimiento con fuerza de la revolución industrial, el gran crecimiento de la población alrededor del mundo surge algunos problemas como Agarwal (2007) menciona la humanidad enfrenta problemas, en los que surge el interés principal sobre el deterioro ambiental y la crisis de la industria energética. Una de las principales causas de la contaminación del aire es la quema de petróleo, ya que la combustión de los mismos produce grandes cantidades de gases de efecto invernadero (dióxido de carbono, óxidos de nitrógeno), óxidos de azufre, hidrocarburos no quemados y cenizas finas. (Agarwal, 2007). Además, se necesita considerar que el combustible a base de hidrocarburos es un bien que no es renovable, es finito en el planeta por lo cual se ha necesitado recurrir a energías que puedan ser renovables y más amigables con el medio ambiente.

“Estudios recientes indican que existen otras fuentes energéticas, las cuales tienen emisio-

nes extremadamente bajas y que parecen tener el potencial para convertirse en fuentes de sustitución de energía para la propulsión de automóviles, entre ellas destacan: alcoholes, gas natural, hidrógeno y biodiesel” (Medina, Chávez y Jáuregui, 2012, 63).

Esto lleva a la conclusión de que una alternativa para que este destroz que ocasiona el crecimiento económico desconsiderado por el medio ambiente, puede ser el uso de estos sustitutos para los combustibles convencionales.

La definición de biodiesel que se utiliza para este trabajo es la siguiente

“Es una mezcla de ésteres metílicos de ácidos grasos (FAMES) que se obtiene mediante un proceso de transesterificación, principalmente a partir de aceites vegetales y grasas animales y, más recientemente a partir de algas. Puede emplearse como sustituto del diésel convencional, ya que presenta propiedades similares, reduciendo la contaminación y alargando la vida del motor de los vehículos. En su producción se obtiene glicerina como subproducto, con múltiples aplicaciones a nivel industrial.” (Molina, 2012, 7).

B. Teorías de emprendimiento

Primero es necesario exponer que es lo que se entiende como emprendimiento para lo que el emprendimiento es la búsqueda de un cambio constante, generación de ideas, la especulación de proyectos que generen efectos beneficiosos para la economía y de la sociedad (Contreras y González, 2010). En una explicación más amplia Sánchez y Pérez (2015) lo definen como aquellas iniciativas de carácter emprendedor que relacionan la forma de ser un individuo donde se incluyen la forma de pensar, razonar y actuar, con la búsqueda de una oportunidad de negocio, que dan como resultado iniciativas que generan valor no solo en un sentido económico, además, preocupado por aspectos sociales, donde todos los actores involucrados en la iniciativa, que van de los propietarios, empleados, clientes, proveedores y la sociedad en general gozan de este beneficio.

Sin embargo, Baumol (1990) hace una distinción entre emprendimientos que son productivos, improductivos y destructivos. El emprendimien-

to productivo es aquel en el cual de verdad existe innovación, crecimiento económico y puede asociarse al descubrimiento de buenas oportunidades de negocio. Existen más distinciones entre lo que son emprendimientos como la que se hace entre emprendimiento por oportunidad y emprendimiento por necesidad. Cuando existe un emprendimiento por oportunidad, existe mayor crecimiento en la economía debido a que esa innovación ha encontrado un nuevo nicho de mercado, que es explotable. Lo que no sucede cuando los individuos se ven obligados a emprender por la necesidad, que el desarrollo de empleos y crecimiento de la economía no es con la misma aceleración (Reynolds, Bygrave, Autio, Cox y Hay, 2003)

El Foro Económico Mundial también continúa con las clasificaciones de emprendimiento en alto impacto como aquel que genera mayores beneficios para los consumidores con el uso de innovaciones, que así mismo estos emprendimientos generan mayor cantidad de oportunidades de trabajo y mayor riqueza para los propietarios (Foro Económico Mundial, 2014).

Para todos en sus clasificaciones se acercan al mismo punto en el cual describen al emprendedor como el que logra encontrar oportunidades que generen mayores beneficios y la utilización de innovaciones que sostengan y exploten la oportunidad más tiempo. Este tipo de emprendedores que se enfocan en sus clientes son los que generan mayor riqueza para sus propietarios (Hitt, Ireland, Sirmon y Trahms, 2011) Estos emprendedores suelen planificar mejor sus acciones desde su entrada al mercado de manera anticipada y lo más usual es que emprendan en mercados con los cuales ya han tenido interacción, lo que hace que su tasa de fracaso sea menor que en situaciones en las cuales no existe esa planeación y conocimiento del mercado (Liñán, Fernández, Romero, 2013).

El emprendimiento es un mecanismo indispensable para el desarrollo de las economías (Schumpeter, 1934), es necesario para toda economía el desarrollo de emprendimientos que fomenten la generación de empleos e innovaciones con valor. Sin embargo, la visión era que los gobernantes políticos deberían concentrarse en favorecer el crecimiento de las firmas desar-

rolladas y que tienen mayores posibilidades de crecimiento, dejando por un lado las pequeñas firmas y los emprendimientos (Friar y Meyer 2003). Los gobernantes políticos quienes son los encargados del desarrollo de las políticas públicas, las cuales Bazua y Valenti (1993) explica que una política pública es una referencia a toda decisión social, que puede ser tomada por un individuo, una organización o el estado.

Los gobiernos de todos los niveles desde federal, estatal hasta local al considerar la importancia que las firmas tienen sobre la economía, cuestiones sociales y políticas se han enfocado en crear las políticas necesarias para apoyar la actividad empresarial. Pero se encuentran con la decisión si las políticas se van a enfocar en apoyar a las firmas más importantes de la nación, ayudar a que las empresas ya existentes logren la sobrevivencia o enfocarse en la formación de nuevas empresas (Stam, Studdle, Hessels y Stel, 2009).

C. Teorías de las Instituciones formales e informales

North (1990) define las instituciones como las restricciones humanamente planteadas que estructuran la interacción humana, lo que se entiende como las “reglas del juego”. Las empresas deben tomar en cuenta cual es el terreno en el cual se meterán para saber de qué manera pueden actuar y si es posible tomar alguna ventaja. Además de mencionar que las instituciones son creadas para disminuir la incertidumbre. Estas instituciones que son creadas para reducir la incertidumbre pueden incentivar a que se invierta para que la productividad aumente sin embargo en países en los cuales las instituciones no tengan la misma solidez el efecto es el opuesto (North, 1990)

Peng (2012) establece que el marco institucional está constituido por organizaciones tanto formales como informales, las cuales marcaran las acciones que se pueden tomar, de una manera individual y colectivamente. Las organizaciones formales son las instituciones que están representadas de manera escrita y suelen ser más rigurosas en hacer que cumplan con el patrón de comportamiento deseado; estas son las leyes, los reglamentos y las reglas. Y las organizaciones informales que incluyen las normas, las cultu-

ras y la ética, que, aunque pareciera pudiese ser más sencillo de evadir su cumplimiento, las empresas deben de tener cuidado en respetarlos, si quieren lograr que su imagen se mantenga en el largo plazo.

Sin embargo, para el estudio de esta investigación las instituciones informales que aunque en bastantes investigaciones demuestran que es uno de los principales factores a considerar en el momento de ingresar a mercados nuevos de los cuales se carece del conocimiento, este estudio solo se centrará en analizar como las instituciones formales favorecen o no a los emprendimientos.

Es indudable que los niveles de emprendimiento en un determinado país o región se ven condicionados por el entorno en el que se lleva a cabo la actividad emprendedora, ya que dicho entorno puede facilitar o desincentivar la puesta en marcha de nuevas iniciativas (Fuentelsaz, González y Maicas 2015). Las instituciones de carácter formal, como lo son leyes o reglamentos, hacen más fácil de visualizar de qué manera se deben llevar los procesos, lo que ocasiona que el negocio se vuelve más sencillo de dirigir y si no se tiene experiencia, como es el caso de los emprendimientos tener una manera de actuar bien definida puede lograr el éxito. “Derechos de propiedad, legislación mercantil, trámites de constitución, ideas, creencias culturales, género, actitudes hacia el empresario, etc., influyen en la aparición y desarrollo de las nuevas empresas..” (Marulanda y Morales, 2016, 18).

Con base en la teoría de las instituciones, Urbano y Díaz (2009) afirman que el entorno en cada país será determinante en cuanto a las oportunidades empresariales de las que se disponga además de la percepción que se tenga sobre ellas y su habilidad o capacidad de adaptación para utilizarlas en su favor generará mayores incentivos para la creación de nuevas empresas.

Sin contar con la experiencia necesaria, en el nuevo ámbito en el que las empresas de nueva creación buscan incursionar, se pueden encontrar con problemas que limitan el acceso a financiamientos, dificulta el poder contratar personal de alta calidad y deriva en mayores costos de transacción (Aldrich y Auster, 1986). Bajo cir-

cunstancias de incertidumbre por parte de los que buscan emprender una iniciativa Fuentelsaz (2015) menciona como la existencia de unas instituciones sólidas puede facilitar resolver las complicaciones de la inexperiencia, así lograr acceder a recursos necesarios para su funcionamiento además de que les genera estabilidad en el desarrollo de sus actividades. puede facilitar el acceso a los recursos y dotar de la estabilidad necesaria para el desarrollo de la actividad, con el consiguiente efecto en los niveles de supervivencia empresarial.

Con lo que se demuestra que la calidad de las instituciones tiene una fuerte influencia sobre la competitividad y el crecimiento, afecta las decisiones de inversión, la organización de la producción y juega un papel clave en la forma en la cual las sociedades distribuyen los beneficios y los costos de desarrollar estrategias y políticas. Sin embargo, un entorno institucional inestable lleva a que sea todavía más complicado el comportamiento entre las firmas, dificulta su cooperación y hace que la visión de crecimiento sea en el corto plazo, lo que tiene efectos negativos sobre la calidad y el éxito de las firmas. (Fuentelsaz y González, 2015).

La incertidumbre a la que se enfrentan las iniciativas hacen que la cantidad de emprendimientos exitosos se reduce, sin embargo como Vargas, Guerra, Bojórquez y Bojorquez (2014) mencionan que las instituciones tienen como papel principal el de reducir la incertidumbre y distingue entre incertidumbre en a) Política, que se refiere a los disturbios étnicos que pueden ocasionar problemas para las firmas, b) Económicas, que son todos los costos de transacción que se pueden dar por el oportunismo, para evitar que se den estas circunstancias negativas en la firma refieren que las firmas pueden hacer uso de contratos.

6. Marco contextual

El marco regulatorio principal en México es la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos quien establece el marco de actuación de las autoridades y de los gobernados, a través de principios, derechos y obligaciones que rigen el resto del marco legal nacional.

El artículo 4 de la constitución habla de que

“Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. “El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley” el cual ha sido agregado como Decreto del Diario Oficial de la Federación el 08 de febrero de 2012.

En el artículo 25 la constitución hace mención de que “corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable”. Con lo cual se demuestra su preocupación sobre el cuidado del medio ambiente.

La principal ley en términos específicos en materia de las energías renovables es la Ley de promoción y desarrollo de los bioenergéticos en su primer artículo menciona “promover la producción de insumos para Bioenergéticas a partir de las actividades agropecuarios, forestales, algas, procesos biotecnológicos y soberanía alimentaria” su principal obligación de esta ley es la de promover el uso de bioenergías en México.

En el artículo 8 de esta misma ley se menciona que “se crea la comisión de Bioenergéticos, la cual estará integrada por los titulares de la SAGARPA, SENER, SEMARNAT, la Secretaria de Economía y la Secretaria de Hacienda y Crédito Público” con lo cual son varios organismos los que dentro de sus actividades esta la fomentación de la producción e investigación en el sector de bioenergéticos.

Así mismo el organismo rector de la energía en México que es la Secretaria de Energía (2017) informa que se otorgan 7 permisos para la producción de bioenergéticas, 41 permisos de comercialización de bioenergéticas, 5 permisos para transporte y 21 avisos de exención de permisos para producción de bioenergéticas.

La Comisión Nacional de Ciencia y Tecnología en febrero de 2017 informa que la Secretaria de Energía lanza una convocatoria para la creación de proyectos de desarrollo en tecnologías de energía sustentable que viene con apoyo del Banco de México en el cual los primeros premios se llevaran premios en efectivo de hasta 2 millones de dólares para el primer lugar, de 500 mil dólares para el segundo lugar y 100 mil dólares para el tercer lugar, existen este tipo de concur-

sos que fomenta la investigación y desarrollo de iniciativas en energías alternativas con lo cual las firmas que quieran incursionar pero tienen falta del financiamiento este tipo de concursos puede ser su solución, este tipo de concursos no son situaciones aisladas, es una manera de fomentar el desarrollo que tiene su oportunidad año tras año.

La Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA) (2016) informa que ha impulsado de 2013 a la fecha 960 proyectos para la producción de biocombustibles en México, en los últimos cuatro años se han otorgado incentivos por alrededor de 275 millones de pesos, lo que ha generado una inversión total de 529 millones de pesos. Y sobre la instalación de 7 plantas de biocombustibles, seis de los cuales con dedicados para la producción de biodiesel los cuales con 4 plantas más de las que existían en el 2009.

7. Método

En la presente investigación se emplea el método cualitativo basado en la revisión literaria, a partir de estudios aplicados en México, América Latina y España, así mismo se analizan datos presentados por organismos institucionales y comparando con las teorías aplicadas de emprendimiento e institucionalismo, con el fin de explicar y describir el fenómeno objeto de estudio.

8. Análisis de resultados

Un mercado atractivo como lo es el de biodiesel por su crecimiento constante debía tener una regulación suficientemente fuerte para fomentar que se consoliden las empresas existentes además de que nuevas emprendedores busquen entrar en la competencia por el mercado, por lo cual era inminente el hecho de que el Estado debía intervenir para fomentar el crecimiento económico.

Los emprendimientos para empresas productoras de biodiesel en México que para los años de 2008- 2009 que eran sus inicios en el mercado mexicano, existía una confusión e inestabilidad, generaba incertidumbre que ocasionaba que los emprendimientos en este sector no se vieran incentivadas, por lo que era necesario una inter-

vención de las instituciones formales, y el estado quien es quien puede generar nuevos marcos regulatorios en cualquier sector.

Después de la revisión de eventos de cómo cambio el panorama de las instituciones en México de ser unos primerizos a prueba y error, se ha logrado consolidar y fortalecer las iniciativas de emprendimiento en empresas de biocombustibles, en especial las de biodiesel se ha visto favorecido con un crecimiento de dos veces lo que existía, por lo cual se puede notar que si existe una relación entre la formalización o solides de las instituciones con las iniciativas y puestas en marcha de emprendimientos, con lo cual se sostiene la base teórica y el estudio que fue realizada por Fuentelzas, que muestran como las instituciones son un factor importante para que los emprendimientos logren tener éxito en sus áreas.

9. Conclusiones y recomendaciones

Debido a esto una de las preocupaciones que se debe tener si se busca que la economía sea más competitiva en comparación con países con un ritmo de crecimiento más acelerado que el mexicano, es necesario tener en claro que las instituciones formales es una manera en el cual los emprendedores logren organizaciones que exploten mercados disponibles y lo hagan de una manera sostenible.

Además de que todo aquel que busque generar un proyecto tanto en el sector de energías renovables como cualquier otro tipo de industria es necesario que busquen los países con mejores instituciones formales, o en caso de ingresar en mercados emergentes que suelen no tener una estructura sólida en sus leyes, reglamentos y organismos reguladores, de prever las fallas que pueden ocasionarse y los costos que esto ocasionaría para entrar en el mercado con estrategias de proactivas y no esperar a que se encuentren en situaciones insostenibles.

Referencias bibliográficas

Agarwal, A.K. (2007) Biofuels (Alcohols And Biodiesel) Applications As Fuels For Internal Combustion Engines. *Progress In Energy And Combustion Science*, 33(3): 233- 271.

Aldrich H, Auster, E.R. (1986). Even Dwarfs Started Small: Liabilities Of Age And Size And Their Strategic Implications. *Research In Organizational Behavior*, 8, 165–198.

Baumol, W.J. (1990). Entrepreneurship: Productive, Unproductive, And Destructive. *Journal Of Political Economy*, 98(5), 893–921.

Bazua, F. Y Valenti G. (1993), Hacia Un Enfoque Amplio De Política Pública *Revista De Administración Pública*, 84, México, Instituto Nacional De Administración Pública, A.C

Comisión Reguladora De Energía (2015) *Desarrollo Del Marco Regulatorio Mexicano En Materia Energética*. 01 de diciembre de 2015

Contreras Comeche, R. & González García, N. (2010): La Medición Del Valor Social Y El Impacto De Los Emprendedores Sociales. En: J.R. Sanchis Palacio (Dir.), *Emprendimiento, Economía Social Y Empleo*, IUDESCOOP, Instituto Universitario De Economía Social Y Cooperativa Dela Universidad De Valencia, Valencia, 141-157.

Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial De La Federación (2017) *Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos*, México, 24 De Febrero De 2017

Foro Económico Mundial (2014). *The Bold-Ones High-Impact Entrepreneurs Who Transform Industries*. Switzerland, Foro Económico Mundial.

Friar, J. H., & Meyer, M. H. (2003). Entrepreneurship and start-ups in the Boston region: Factors differentiating high-growth ventures from micro-ventures. *SmallBusiness Economics*, 21, pp. 145-152

Fuentelsaz, L., González, C., Maícas, J.P. (2015). ¿Ayudan Las Instituciones A Entender El Emprendimiento?. *Economía Industrial. Forthcoming*.

Fuentelsaz, L. Gonzáles, C. (2015) El Fracaso Emprendedor A Través De Las Instituciones Y La Calidad Del Emprendimiento. *Universidad Bussiness Review*. Tercer Trimestre 2015 ISSN: 1698-5117

Hitt, M. A., Ireland, R. D., Sirmon, D. G.,

- Trahms, C. A. (2011). Strategic Entrepreneurship: Creating Value For Individuals, Organizations, And Society. *Academy Of Management Perspectives*, 25(2), 57-75
- Ley De Promoción Y Desarrollo De Los Bionergéticos,(2008) *Ley De Promoción Y Desarrollo De Los Bionergéticos*, México, Publicado En El Diario Oficial De La Federación El Primero De Febrero De 2008.
- Liñán, F., Fernández, J., Romero, I. (2013). Necessity And Opportunity Entrepreneurship: The Mediating Effect Of Culture, *Revista De Economía Mundial*, 33, 21-47.
- Marulanda, F. Morales, S. (2016). Entorno Y Motivaciones Para Emprender. *Revista Escuela De Administración De Negocios*, 8.
- Medina, I. Chavez, N. Y Jauregui, J. (2012) *Biodiesel, Un Combustible Renovable. Investigación Y Ciencia*, 20, 62-70. ISSN: 1665-4412
- Molina, C. (2012) *Estudio de la composición y estabilidad de biodiesel obtenido a partir de aceites vegetales limpios y procedentes de aceites de fritura*. Servicio de publicaciones de la Universidad de la Laguna, 1-387. ISBN 978-84-15287-90-2
- North, D. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- OECD (2017) OECD Stats FAO Agricultura. <http://Stats.Oecd.Org/Viewhtml.aspx?Queryid=58648&Vh=0000&Vf=0&L&Il=&Lang=En#>
- Peng, M. (2012). *Enfatizando Las Instituciones, La Cultura Y La Ética*. Gestión Estratégica. Editorial Cengage Learning
- Reynolds, P., Bygrave, W.D., Autio, E., Cox, L.W., Hay, M. (2003). *Global Entrepreneurship Monitor 2002 executive report*. Wellesley, MA: Babson College.
- Rembio (2009), *Expert Opinion Based On Delivered Questionnaire*, April 2009.
- Rutz D., Thebaud A., Janssen R., Segura S.A., Riegelhaupt E., Ballesteros M., Manzanares P., St James C., Serafini D., Coelho S.T., Guardabassi P., Aroca G., Soler L., Nadal G., Bravo G. (2009) *Biofuel Policies And Legislation In Latin America*. - WIP Renewable Energies; Report Of The EU Project Biotop (FP7); Contract No.: 213320
- SAGARPA (2017) Impulsa SAGARPA Producción De Biocombustibles En México. Ciudad de México, 11 de febrero de 2017
- Sánchez, L.A. & Pérez, E. (2015): Las Entidades De Economía Social Como Protagonistas De Un Nuevo Modelo De Emprendimiento Y Medidas Legales De Apoyo Al Emprendimiento, CIRIEC-España, *Revista De Economía Pública, Social Y Cooperativa*, 84, 35-62.
- Schumpeter, J.A. (1934) The Thory Of Economic Development: An Inquiry Into Profits, Capital, Credit, Interest And The Business Cycle. *Harvard Economic Studies*, 46.
- Stam, E., Suddle, K, Hessels, J., Van Stel, A.J. (2009). High-Growth Entrepreneurs, Public Policies, And Economic Growth, In: J. Leitao And R. Baptista, *Public Policies For Fostering Entrepreneurship: A European Perspective. International Studies In Entrepreneurship*, 22, 91-110.
- Urbano, D., Y Díaz, J. C. (2009). Creación De Empresas E Instituciones: Un Modelo Teórico. En M. F. R. Hernández, *Creación De Empresas. Aproximación Al Estado Del Arte*. Lisboa: Juruá . 95-109.
- Vargas, J. Guerra, E. Bojórquez, A. Y Bojorquez, F. (2014) *Gestión Estratégica De Organizaciones* Elaleph, 134. ISBN 978-987-1701-86-5

PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AMBIENTAL E SUAS RELAÇÕES COM O SETOR DE PETRÓLEO E GÁS

CONSTITUCIONAL PRINCIPLES OF ENVIRONMENTAL LAW AND THEIR RELATIONSHIP WITH OIL AND GAS SECTOR

Flavia Da Costa Limmer | flaviaclimmer@gmail.com

Professora da Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutora pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestrado e Graduação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bolsista Doutorado II do PRH 33 ANP UERJ.

Resumo

O presente artigo analisa alguns dos princípios constitucionais ambientais aplicáveis ao setor de petróleo e gás. Como a sociedade de risco impõe novas atitudes ao Direito a preservação do ecossistema passa a ser considerada premissa para o desenvolvimento de atividades econômicas. O sistema normativo brasileiro reconhece a importância da economia para preservação ambiental e o desenvolvimento da sociedade. A própria Constituição da República de 1988 aponta para a necessidade de compatibilizar preservação ambiental com desenvolvimento econômico. A importância dos princípios para a interpretação constitucional já está plenamente reconhecida. O foco do trabalho será, então, mostrar como os princípios constitucionais ambientais permitem a harmonização entre o meio ambiente e o setor petrolífero. Alguns princípios parecem essenciais dentre outros: os intitulados defesa do meio ambiente, desenvolvimento sustentável, e poluidor-pagador.

Palavras-chave

princípios, direito ambiental, defesa do meio ambiente, desenvolvimento sustentável, poluidor-pagador

Abstract

The present article analyzes some of environmental constitutional principles applicable to oil and gas sector. How the risk society imposes new acts to right the ecosystem preservation becomes considered premise to the economic activities developments. The Brazilian normative system admits the economic importance to environmental preservation and the society development. The Republic Constitution of 1988 itself point to the necessity of ensure environmental preservation with economic development. The relevance of the principles to the constitutional interpretation is fully accepted already. The work focus will be, however, show how the environmental constitutional principles allow the harmonization between environment and the oil sector. Some principles seem essential from others: the entitled environment defense, sustainable development, and polluter pay.

Keywords

principles; environmental law; environment defense; sustainable development; polluter pay.

Submetido: 21/10/2013 | Aceito: 26/07/2018



Introdução

A sociedade de risco impõe novas atitudes ao Direito. O século XX presenciou o início da responsabilidade social, um novo tipo de relacionamento interpessoal. Tal mudança estaria diretamente vinculada com a reviravolta sofrida pelos países europeus, após os horrores da Segunda Guerra Mundial. Diversas nações, inclusive o Brasil, incluíram em sua pauta de debates a questão da solidariedade¹. Maria Celina Bodin de Moraes alerta que o princípio da solidariedade possui a característica de ser um fato social, pois é impossível conceber o homem sozinho: “ser solidário, assim, é partilhar, ao menos, uma mesma época, e, neste sentido, uma mesma história²”. O mesmo princípio ainda aponta para a existência do futuro comum, onde a humanidade terá o mesmo fim. Os atos hoje cometidos serão diretamente sentidos, ao menos, pelas gerações futuras.

A solidariedade incorpora-se ao conceito de dignidade da pessoa humana, fundando a terceira geração de direitos humanos³, ou seja, a prerrogativa de todo o indivíduo a ter acesso a uma garantia material mínima, ao direito de não ser desrespeitado como pessoa – o que inclui viver em um meio ambiente hígido.

Com a Conferência do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, realizada em 1992, a preservação do ecossistema passa a ser considerada premissa para o desenvolvimento de atividades econômicas. Sendo o meio ambiente essencial para a vida humana, as políticas estatais devem se pautar no desenvolvimento sustentado. As conseqüências da sociedade de risco são sentidas de forma cristalina no meio ambiente e uma mudança de atitude se impõe. Como alertou o Secretário-Geral do Rio-92, Maurice Frederick Strong:

do ponto de vista ambiental o planeta chegou ao ponto de não retorno. Se fosse uma empresa estaria à beira da falência, pois dilapida seu capital, que são os recursos naturais, como se eles fossem eternos. O poder de autopurificação do meio ambiente está chegando ao limite.⁴

O sistema normativo brasileiro reconhece a importância da economia para preservação ambien-

tal e o desenvolvimento da sociedade. A própria Constituição da República de 1988 aponta para a necessidade de compatibilizar preservação ambiental com desenvolvimento econômico. De fato, embora a ordem econômica no Brasil seja norteada pelos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, a atuação do empresariado deve ser compatibilizada com os interesses ambientais e sociais, tal como transparece no artigo 170 da Constituição da República. Para Cass Sunstein os riscos se tornaram tão comuns que o Judiciário terá que passar a considerar o binômio custo/benefício nas questões ambientais que estejam diretamente vinculadas com economia⁵. O que, em outras palavras, significa quase todas as ações com temática ambiental, tais como, claramente, as atividades típicas da indústria de petróleo e gás. Logo, os princípios constitucionais ambientais podem ser utilizados como norte para concretizar tal tarefa.

A importância dos princípios para a interpretação constitucional já está plenamente reconhecida, tanto pelos juristas quanto pelos operadores do Direito no Brasil, encontrando inclusive recepção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Vários doutrinadores já analisaram, em diferentes graus, tal questão – são principalmente relevantes as contribuições de Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy – porém, este não é o objetivo central deste estudo. O foco será, então, mostrar como os princípios constitucionais ambientais permitem a harmonização entre o meio ambiente e as regras de mercado. Alguns princípios parecem essenciais dentre outros: os intitulados defesa do meio ambiente, desenvolvimento sustentável, e poluidor-pagador.

1. O princípio da defesa do meio ambiente

A CRFB/1988 baseia-se na liberdade, inclusive no plano econômico, traduzida pelo princípio da livre iniciativa⁶. Tal liberdade inclui o direito do particular escolher a forma de produção, circulação de mercadorias e alocação de lucros. No Brasil a produção de riquezas é incumbência do particular, devendo o estado regular a participação na economia⁷.

Contudo a livre iniciativa não é absoluta, de-

vendo respeitar a dignidade da pessoa humana, a justiça social, a valorização do trabalho humano, a redução das desigualdades sociais e a preservação ambiental. Eros Roberto Grau observa que “*livre iniciativa* não se resume, aí, a ‘princípio básico do liberalismo econômico’ ou a ‘liberdade de desenvolvimento da empresa’ apenas - à liberdade única do comércio, pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo”⁸. O direito de propriedade privada está ligado à liberdade. Porém tal liberdade deve respeitar o princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

O inciso VI do art. 170 CFRB⁹ esculpe o princípio da defesa do meio ambiente, traduzido em um poder-dever do Estado. A Administração Pública possui a incumbência de zelar pela preservação ambiental, e para alcançar tal objetivo poderá impor políticas públicas que limitam a liberdade de atuação do empresariado. Novamente Eros Grau esclarece que:

A Constituição, destarte, dá vigorosa resposta às correntes que propõe a exploração predatória dos recursos naturais, abroqueladas sobre o argumento, obscurantista, segundo o qual as preocupações com a defesa do meio ambiente envolvem proposta de “retorno à barbárie”. (...) O *desenvolvimento nacional* que cumpre realizar, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o *pleno emprego* que impende assegurar supõe economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontrar-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou um índice econômico¹⁰.

Não há como separar materialmente preservação ambiental e economia, uma vez que a base da cadeia produtiva, a geração de matérias primas, está na natureza – o que é cristalino na indústria petrolífera. Logo os artigos 170 e 225 da CRFB/1988 devem ser interpretados em conjunto. Cristiane Derani observa que “não se trata de um relacionamento em sua origem conflitante, mas apenas dois aspectos da relação entre homem-natureza, frente à imanente necessidade de expansão produtiva da atividade econômica, que se torna apropriativa, onde a natureza passa a ser exclusivamente recurso”¹¹. Sendo o meio ambiente indisponível, tanto para o Poder Pú-

blico quanto para os particulares, o princípio da defesa do meio ambiente permite que o Estado realize sempre que necessário as intervenções cabíveis para a proteção do meio ambiente.

Em suma o princípio da defesa do meio ambiente prevê a adequação do processo produtivo com as diretrizes de preservação ambiental e melhoria da qualidade de vida. Não foi outra a posição do STF¹² no julgamento da ADPF 101-DF, que versou sobre a importação de pneus remoldados e importação de pneus usados como matéria prima. Ajuizada pela Presidência da República, requereu o reconhecimento da existência de lesão ao preceito fundamental consubstanciado no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos dos arts. 196 e 225 da CRFB/1988; a declaração de ilegitimidade e inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados, com efeito *ex tunc*, inclusive sobre as ações judiciais transitadas em julgado; bem como a declaração constitucionalidade e legalidade do art. 27 da Portaria DECEX n. 8, de 14.5.91, do Decreto n. 875, de 19.7.93, e das Resoluções do CONAMA pertinentes à matéria. Os argumentos apontados na inicial versavam sobre o impacto ambiental que seria causado pelas referidas importações, especialmente¹³:

1) ofensa à Convenção da Basiléia, em vigor desde 5.5.92, à qual o Brasil aderiu e cujo texto foi aprovado pelo Decreto n. 875, de 19.7.93, pela qual se reconhece que “a maneira mais eficaz de proteger a saúde humana e o ambiente dos perigos causados (pelos resíduos perigosos) é reduzir a sua produção ao mínimo, em termos de quantidade e ou potencial de perigo, (bem como) (...) qualquer Estado tem o direito soberano de proibir a entrada ou eliminação de Resíduos perigosos estrangeiros e outros Resíduos no seu território”;

2) violação do “preceito fundamental representado pelo direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 170, IV e parágrafo único e art. 225, ambos da CRFB/1988);

3) dano considerável ao meio ambiente, “uma vez que apenas em 2005 foram importados com base em decisões judiciais aproximadamente 12 milhões de pneus usados, sendo que em 2006 já

se alcançou o montante de 5 milhões de pneus usados importados por decisão judicial que desrespeita a legislação federal proibitiva” ;

4) necessidade da vedação de importação de pneus usados “para a proteção da saúde pública e preservação do meio ambiente”, uma vez que não existe “método eficaz de eliminação completa dos resíduos apresentados por pneumáticos que não revele riscos ao meio ambiente”; “mesmo a incineração, que é o método mais aceito e utilizado atualmente, produz gases tóxicos que trazem significativos danos à saúde humana e ao meio ambiente”; “outros métodos já desenvolvidos, a par de não assegurarem a incolumidade do meio ambiente e da saúde, são muito custosos economicamente, prestando-se apenas a eliminar uma fração mínima desses resíduos”; “assim como a Comunidade Européia, o Brasil não admite o aterro de pneus como método de eliminação de resíduos ambientalmente adequados, tendo em vista o risco de danificação da sua estrutura e conseqüente liberação de resíduos sólidos e líquidos prejudiciais ao meio ambiente e à saúde pública, assim como de cinzas tóxicas”; e que “o acúmulo de pneus ao ar livre frequentemente causa incêndio de grandes dimensões e de longa duração (...) liberando óleos pirolíticos no meio ambiente, gases tóxicos na atmosfera que contêm compostos químicos altamente perigosos e muitas vezes cancerígenos, além de representarem grave risco à saúde pública, por serem criadouros ideais para mosquitos transmissores de doenças tropicais, como dengue, malária e febre amarela” ;

5) comprovação que o “Brasil, sem computar a entrada de pneus usados importados determinada por decisões judiciais, gera anualmente um passivo de aproximadamente 40 milhões de unidade de pneus usados, ao qual precisa dar a correta destinação a fim de prevenir danos ambientais maiores do que aqueles por eles já representados (, e segundo) dados do Ministério do Meio Ambiente, atualmente existem no País mais (de) 100 milhões de pneus abandonados, à espera de uma destinação ambientalmente e economicamente sustentável e recomendável” ;

6) anotação que “a importação de pneus usados também tem o indisfarçado objetivo de dar solução ao grande número de pneus velhos produ-

zidos anualmente pela Comunidade Européia, estimada em 80 milhões de unidades.”¹⁴

Em seu voto a Ministra Relatora Carmen Lúcia Antunes da Rocha invocou os princípios da prevenção e da precaução para decidir pela proibição da importação de pneus remoldados. Embora reconhecendo que a questão era complexa, já que as empresas do setor defendiam o argumento de respeito irrestrito à liberdade de produção e comercialização como único viés da livre iniciativa, postulando ainda defesa da geração de empregos, a Ministra observou a existência de uma nova ordem mundial, pautada no cuidado com o meio ambiente saudável em respeito até mesmo às gerações futuras. O desenvolvimento econômico é necessário, especialmente em épocas de crises financeiras. Porém seria impossível solucionar uma crise financeira com a adoção de medidas que agravassem a crise ambiental: “A fatura econômica não pode ser resgatada com a saúde humana nem com a deterioração ambiental para esta e para futuras gerações¹⁵”. Não é possível conceber desenvolvimento econômico pleno sem estar acompanhado de educação e saúde. O desenvolvimento previsto pela CRFB é o que leva à dignidade humana em plenitude, e não à degradação. Logo a autorização para a importação de pneus usados ou remoldados é, comprovadamente, gerador de mais danos que de benefícios, em especial aos direitos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Um trecho do voto da Ministra é especialmente esclarecedor:

27. (...) Parece inegável a conclusão de que, em nome da garantia do pleno emprego – dado essencial e constitucionalmente assegurado –, não está autorizado o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A reforma de pneus há que ser enfrentada pelo Brasil, nos termos da legislação vigente, quanto aos pneus que já estão desembarçados no território nacional e que aqui são produzidos e descartados. Porém, quando, para o desenvolvimento das atividades de recuperação ou reforma de pneus, as empresas preferem importar pneus usados de outros Países, importam-se também problemas para o desenvolvimento sustentável, porque se deixa de recolher os milhões de pneus usados na grande frota nacional e au-

menta-se o passivo ambiental, o qual, por sua própria condição, é de difícil degradação e armazenamento.

28. O argumento dos Interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações¹⁶. (117/118)

Acompanharam o voto relator integralmente os Ministros Eros Roberto Grau, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie. Os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Ferreira Mendes acompanharam parcialmente, concordando com a declaração do meio ambiente ecologicamente equilibrado como preceito fundamental, e com a proibição da importação de pneus remoldados ou de borracha usada como matéria prima para tal indústria.

O princípio da defesa do meio ambiente impõe ao Estado novas diretrizes na formulação das políticas econômicas. O Estado não deverá ser “mínimo”, e sim regulador da atividade econômica, colocando-a nos trilhos para os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e preservação ambiental, visando o desenvolvimento sustentável¹⁷. Desta forma a indústria petrolífera demanda atenta regulação ambiental.

2. O princípio do desenvolvimento sustentável

O conceito de desenvolvimento sustentável começa a ser formulado em 1970, com a publicação do relatório Limites do Crescimento, que ressaltava a possibilidade de escassez de recursos naturais, inclusive com a possibilidade de seu esgotamento, pela pressão causada pelos padrões de crescimento econômico estabelecidos na época. Posteriormente, em 1987, o Relatório Nosso Futuro Comum cunhou a famosa definição de desenvolvimento sustentável como sendo “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades”. Apesar de sugerir inovações nos padrões de consumo e

produção, visando a preservação ambiental, o Relatório Brundtland considerou que o crescimento econômico ainda era necessário.

O Relatório Nosso Futuro Comum evidenciou a próxima relação entre economia e meio ambiente. A ECO-92, por seu turno, consolidou o desenvolvimento sustentável, conferindo a este força política e relevância. Durante sua realização foram assinados emblemáticos documentos, como as convenções-quadro sobre biodiversidade e mudanças climáticas, além da Agenda 21, um protocolo de compromissos que os Estados deverão adotar com o objetivo de garantir a sustentabilidade plena ao final do século 21. Porém, apesar de sua relevância, a Agenda 21 não possui valor jurídico, sendo apenas compromissória. Logo cada Nação poderá cumprir suas metas em um ritmo próprio. Por esta razão a Rio+10 ou Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável realizada em Johannesburgo em 2002 foi considerada um fracasso, pois se percebeu que a maioria dos países ainda não havia implementado políticas públicas centradas na sustentabilidade.

Com este precedente a Rio+20, Conferência realizada no Rio de Janeiro em 2012 voltou ao necessário debate sobre sustentabilidade, através da inclusão do conceito de economia verde. Essa pode ser definida como a que resulta na melhoria de bem-estar da sociedade e da igualdade social, ao mesmo tempo que reduz de forma considerável os riscos e a escassez de recursos ambientais. Para tal se apóia em três pontos: a redução das emissões de gases do efeito estufa, a maior eficiência energética e no uso dos recursos naturais e a prevenção da perda da biodiversidade. Tais estratégias seriam financiadas com investimentos públicos e privados, e acompanhadas por profundas reformas políticas e regulatórias. O meio ambiente deve ser encarado como um ativo econômico essencial e foco da atuação estatal. Desta forma a economia verde poderia reduzir a pobreza persistente, mas para tal seria necessário alterar o foco dos investimentos e subsídios governamentais. Neste sentido o PNUMA aponta que

Para se fazer a transição para uma economia verde são necessárias algumas condições facilitadoras específicas. Essas condições facilitadoras

tadoras consistem de um pano de fundo de regulamentos nacionais, políticas, subsídios e incentivos, mercado internacional e infraestrutura legal e protocolos comerciais e de apoio. No momento, as condições facilitadoras incentivam e têm um peso grande na predominante economia marrom que, *entre outras coisas*, depende excessivamente da energia proveniente dos combustíveis fósseis. Por exemplo, os preços e os subsídios na produção de combustíveis fósseis juntos excederam o valor de US\$650 bilhões em 20086, e este alto nível de subvenções pode afetar desfavoravelmente a transição para o uso de energias renováveis. Em contraste, as condições possibilitadoras para uma economia verde podem pavimentar o caminho para o sucesso dos investimentos públicos e privados em tornar as economias mundiais verdes. A nível nacional, os exemplos de tais condições possibilitadoras são: mudanças na política fiscal, reforma e redução de subsídios prejudiciais ao meio ambiente; emprego de novos instrumentos de base de mercado; procura de investimentos públicos para setores chave “verdes”; tornar mais verdes os contratos públicos; e a melhoria das regras e regulamentos ambientais, bem como sua execução. A nível internacional, também há oportunidades para complementar a infraestrutura de mercado, melhorar o fluxo de comércio e de apoio e promover maior cooperação internacional¹⁸.

O PNUMA sugere que os subsídios públicos e investimentos privados sejam alocados em dez áreas essenciais para tornar a economia global mais verde: agricultura, construção, pesca, silvicultura, abastecimento de energia, indústria, turismo, transportes, manejo de resíduos e água. Paralelamente os Estados devem identificar falhas de mercado, estabelecendo marcos regulatórios ou estímulos ao desenvolvimento sustentável.

A Declaração Final da Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20) – O Futuro que queremos, apontou que a erradicação da pobreza é o maior desafio global atual, e um requisito essencial para o desenvolvimento sustentável, uma vez que é urgente libertar a humanidade da miséria e da fome. Logo impõe-se a necessidade de uma melhor integração entre a economia, os aspectos sociais e a preservação ambiental, em nome do desen-

volvimento sustentável. A mudança nos modos de produção e consumo, bem como a proteção dos recursos naturais são igualmente necessários para a estruturação da sustentabilidade, bem como o estímulo ao um crescimento econômico sustentável equitativo e inclusivo. O item III da Declaração, intitulado A Economia Verde no Contexto do Desenvolvimento Sustentável e a Erradicação da Pobreza esclarece como os governos e sociedade civil devem colaborar para que a economia verde seja plenamente alcançada.

56. Afirmamos que existem diferentes abordagens, visões, modelos e ferramentas disponíveis para cada país, de acordo com suas circunstâncias e prioridades nacionais, para alcançar o desenvolvimento sustentável nas suas três dimensões, que é o nosso objetivo primordial. Neste sentido, consideramos a economia verde, no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza, como uma das importantes ferramentas, disponíveis para alcançar o desenvolvimento sustentável, que poderia oferecer opções para decisão política, sem ser um conjunto rígido de regras. Ressaltamos que a economia verde deve contribuir para a erradicação da pobreza e para o crescimento econômico sustentável, reforçar a inclusão social, melhorando o bem estar humano, e criar oportunidades de emprego e trabalho digno para todos, mantendo o funcionamento saudável dos ecossistemas da Terra.

(...)

67. Ressaltamos a importância dos governos em ter um papel de liderança no desenvolvimento de políticas e estratégias através de um processo inclusivo e transparente. Registramos também os esforços dos países, incluindo países em desenvolvimento, que já iniciaram processos para preparar estratégias nacionais de economia verde e políticas em prol do desenvolvimento sustentável.

68. Convidamos as partes interessadas, incluindo as Comissões Regionais da ONU, organizações da ONU e órgãos, outras organizações intergovernamentais pertinentes e regionais, instituições financeiras internacionais e os principais grupos envolvidos no desenvolvimento sustentável, de acordo com seus respectivos mandatos, a apoiarem os países em desenvolvimento que fizerem o pedido de alcançar o desenvolvimento sustentável,

nomeadamente através das políticas de promoção de uma economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável e da erradicação da pobreza, em particular nos países menos desenvolvidos.

69. Convidamos também o comércio e a indústria, conforme apropriado e em conformidade com a legislação nacional, a contribuir para o desenvolvimento sustentável e a desenvolver estratégias de sustentabilidade que integrem, entre outras, as políticas de economia verde¹⁹.

Atualmente o desenvolvimento sustentável se baseia em um tripé, reforçado pela Rio+20: preservação ambiental, solidariedade intergeracional e desenvolvimento econômico e social. É sabido que há um compromisso ético entre a geração presente e as futuras de manutenção de um padrão ambiental mínimo. Um novo debate, porém, surge no cenário: o crescimento econômico constante necessariamente se traduz em crescimento e inclusão social? Ou a economia verde, por se basear em instrumentos econômicos e subsídios financeiros tende reduzir tudo à relações monetárias, inclusive prevendo o pagamento por serviços ambientais e, mais preocupante, o recebimento de valores pecuniários em troca da possibilidade de poluir (o que certamente contraria o princípio do poluidor-pagador?). Um ambientalismo de mercado poderia reduzir os mais caros valores da sociedade a meros bens e serviços.

Nesse sentido a economia verde, tal como proposta pela Rio+20, supõe que as mudanças nos processos produtivos e na composição de bens e serviços será suficiente para a sustentabilidade. Mas há o argumento que uma parte da energia e da matéria incorporadas aos bens finais é sempre menor do que o utilizado em sua produção. Logo uma plena eficiência produtiva é simplesmente impossível, e uma degradação ambiental, ainda que mínima, irá persistir. Soma-se que frequentemente há um efeito bumerangue: a economia obtida com aumento de eficiência energética tende a ser empregada no consumo de outros bens e serviços com custos energéticos que podem até provocar um jogo de soma zero, situação descrita como tiro pela culatra. Por exemplo a economia feita com um carro *flex* possibilita mais viagens e, conseqüentemente, maior gasto

de combustível. José Eli da Veiga aponta que “a dedução inescapável é que o desenvolvimento humano não poderá depender sempre de mais crescimento econômico, mesmo que, por outro lado, a atual estabilidade da sociedade capitalista tenha como base o crescimento.”²⁰. Logo o desenvolvimento sustentável deverá um dia prescindir do crescimento econômico.

Para a tese do desenvolvimento sem crescimento os problemas ambientais globais deveriam passar a dominar as pautas das reuniões de cúpula do G-20, mas essa estratégia de governança só será útil se o progresso econômico for mantido nos países da periferia, o crescimento econômico permanece condição necessária, e até suficiente, para o desenvolvimento sustentável. Exatamente o inverso do que ocorre nos países centrais, onde o mito do “crescimento sustentado” continuará a causar muito mais prejuízos do que benefícios. Para esta linha trata-se de um “decrescimento seletivo”, em que a maior dificuldade é identificar os setores que precisam decrescer e em que condições. O padrão tecnológico, a economia e as aspirações sociais são alinhadas de forma errônea a qualquer expressão significativa do que seja prosperidade. A visão de progresso social que dirige a sociedade - baseada na contínua expansão das necessidades materiais - é fundamentalmente insustentável. Os padrões atuais de conforto minam a base para o bem-estar amanhã, bem como qualquer perspectiva de prosperidade que seja partilhável e duradoura. A linha da prosperidade sem crescimento indaga o que é ser próspero em um mundo finito, com recursos limitados e uma população que deverá ultrapassar 9 bilhões de pessoas em algumas décadas. Em um mundo de recursos finitos, limitados por estritos limites ambientais ainda caracterizados por “ilhas de prosperidade”, dentro de “oceanos de pobreza”, são sustentáveis rendimentos cada vez maiores para os já prósperos, ou há, talvez, algum outro caminho para um desenvolvimento mais sustentável, uma forma mais equitativa da prosperidade? Sobre o tema Tim Jackson aponta:

But this conclusion of odd precisely because prosperity isn't obviously synonymous with income or wealth. Rising prosperity isn't self-evidently the same thing as economic growth. More isn't necessarily better. Until quite recently, prosperity

was not cast specifically in terms of money at all; it was simply the opposite of adversity or affliction. The concept of economic prosperity – and the elision of rising prosperity with economic growth – is a modern construction. And it's a construction that has already come under considerable criticism.

Amongst the charges against it is that growth has delivered its benefits, at best, unequally. A fifth of the world's population earns just 2 per cent of global income. The richest 20 per cent by contrast earn 74 per cent of world's income. Huge disparities – real differences in prosperity by anyone's standards – characterize the difference between rich and poor. Such disparities are unacceptable from a humanitarian point of view. They also generate rising social tensions: real hardships in the most disadvantaged communities which have a spill-over effect on society as a whole²¹.

Novamente José Eli da Veiga esclarece que:

A prosperidade não é algo que possa ser reduzido à produção ou ao consumo. Tampouco pode ser entendida como sinônimo de crescimento econômico. Ao mesmo tempo, nada garante que prosperidade sem crescimento seja algo realmente possível. Seria necessário demonstrar que a ausência de crescimento econômico não diminuiria a capacidade de uma sociedade progredir. Por isso, levar a sério o custo ambiental do crescimento tende a gerar um inevitável embaraço, que costuma ser chamado de “dilema do crescimento”²².

O crescimento econômico contínuo, baseado em práticas predatórias e insustentáveis, simplesmente não é possível já que o planeta é finito. Tim Jackson aponta que mesmo com a crise econômica em 2009 o preço do petróleo aumentou de forma constante. De fato, aumentos do preço do petróleo já haviam mostrado que eles têm o potencial de desestabilizar a economia global e ameaçar seguranças básicas. Em julho de 2008 o preço do petróleo chegou a US \$ 147 por barril. Embora tenham caído drasticamente nos meses seguintes, a ameaça de pico do petróleo não foi embora. A tendência de aumento havia retornado até o início de 2009. Logo a idéia de um não crescimento pode ser um anátema para um economista. Mas a idéia de uma economia em constante crescimento é um anátema para um ecologista. Nenhum subsistema de um sistema

finito pode crescer indefinidamente em termos físicos. Os economistas têm de ser capazes de responder a questão de como um sistema econômico em constante crescimento pode caber dentro de um sistema ecológico finito.

Prosperidade, então, não é obviamente, sinônimo de renda ou riqueza. O aumento da prosperidade não significa crescimento econômico. Até muito recentemente, a prosperidade não foi lançada especificamente em termos de dinheiro em que tudo engloba: prosperidade é simplesmente o oposto de adversidade ou aflição. O conceito de prosperidade econômica – e a ilusão de crescente prosperidade com crescimento econômico – é uma construção moderna e injusta, já que se baseia em enormes disparidades entre ricos e pobres, inaceitáveis do ponto de vista humanitário. Logo para esta nova linha da economia não há outra alternativa senão questionar o crescimento. A prosperidade seria, na verdade, a capacidade de se desenvolver como ser humano.

Para a prosperidade sem crescimento a economia verde seria um instrumento, e não um fim. Ela proporcionaria um novo motor de crescimento, colocando o mundo no caminho para a prosperidade novamente. Trata-se do crescimento da economia mundial de uma forma mais inteligente e sustentável. A recuperação econômica e a transição para uma sociedade de baixo carbono exigem investimento. Logo a criação de um pacote de investimentos com vários benefícios. Especificamente, um “estímulo verde” tem o potencial de garantir empregos e recuperação econômica no curto prazo, para garantir a segurança energética e inovação tecnológica no médio prazo e garantir um futuro sustentável para longo prazo. Trata-se de um *New Deal Verde*, contrário ao estabelecido como tentativa de recuperação da crise de 2009: os pacotes de recuperação apresentados durante a crise baseavam-se em estimular o crescimento do consumo. O crédito fluiria, os consumidores gastariam mais, o negócio levantaria vôo e se inovaria, a produtividade retornaria. Porém os mesmos padrões clássicos, insustentáveis, seriam restabelecidos. Tim Jackson esclarece que

In these circumstances, a return to business as usual is not an option. Prosperity for the few founded on ecological destruction and persistent

*social injustice is no foundation for civilized society. Economic recovery is vital. Protecting the people's jobs – and creating new ones – is absolutely essential. But we also stand in urgent need of a renewed sense of shared prosperity. A deeper commitment to justice in a finite world*²³.

Esta lógica econômica é defeituosa, impulsiona e é impulsionada por uma lógica social distorcida. Por isso a proposta de uma economia diferente: a lógica social melhor e mais justa estaria ao nosso alcance e nem os limites ecológicos nem a natureza humana restringiriam as possibilidades desta mudança. A redução do crescimento beneficiaria a todos, já que, a partir de certo nível de renda, a redução das desigualdades contribui muito mais do que o crescimento para o bem-estar. Logo o desafio do nosso tempo seria “transitar para uma sociedade de padrões de consumo menos extravagantes e mais igualitários, sem comprometer o dinamismo das economias de mercado e as liberdades individuais: condição imprescindível ao respeito dos limites físicos e ecológicos do planeta”²⁴.

Deve-se enfatizar que a indústria petrolífera não deverá ser abandonada de imediato: pelo contrário, ela gera hoje os recursos financeiros necessários para a transição para a economia verde e a real prosperidade.

3. O princípio do poluidor-pagador

O Princípio 16²⁵ da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 é mais comumente denominado de “poluidor-pagador”. Segundo o mesmo, na ocorrência de uma ação lesiva ao meio ambiente, o poluidor deverá reparar o local degradado, fazendo retornar ao estado anterior ao atentado. É sabido que nem sempre tal situação é possível, logo o mesmo princípio pode compelir o infrator a pagar pelo próprio dano em si e por suas consequências para as futuras gerações. O princípio expressa uma quantificação econômica do dano ambiental, que traduz um sentido de imposição de um ônus ao degradador. Deve-se ressaltar, enfaticamente, que a adoção do princípio em tela não significa, em hipótese alguma, que poluir torna-se lícito, pois não é possível mercantilizar o meio ambiente²⁶. Antônio Herman V. Benjamim resume a questão, ao postular que “o dano ambiental não pode, em circunstância

alguma, valer a pena para o poluidor”²⁷. Não por acaso recentemente o STJ afirmou que

nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*, admite-se a condenação, simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente.²⁸

A visão tradicional do princípio do poluidor-pagador, claramente sancionatória, já está consolidada na doutrina e jurisprudência do Brasil. Pouco a pouco outras duas acepções do princípio tomaram forma: a preventiva e, recentemente, a econômica.

Além de sua cristalina faceta punitiva o princípio possui um caráter pedagógico: a sanção pecuniária deve ter valor expressivo, para que o degradador se cerque de todos os cuidados, a fim de evitar que seja cometido novamente o ato danoso ao meio ambiente. Na mesma linha, o particular é obrigado a pagar não só pela degradação já ocorrida, mas também pela poluição que possa vir a causar. Nesse caso, o empreendedor seria estimulado a adotar medidas de prevenção e precaução ao atuar em atividades potencialmente poluidoras. Sadeeler aponta que:

La principale fonction du principe consiste à internaliser le coût social que représentent pour les pouvoirs publics la prévention et la lutte contre la pollution. Le principe apparaît à ce stade comme une règle économique d'après laquelle il faut rétrocéder une partie des bénéfices que les pollueurs tirent de leurs activités aux pouvoirs publics dont la mission est justement de contrôler, de surveiller, voire de lutter contre la pollution qu'ils émettent.

(...)

Au demeurant, la fonction purement redistributive peut faire l'objet d'une critique encore plus fondamentale. Parler du pollueur, c'est évoquer le dommage écologique, et l'évoquer c'est se placer dans une situation où le mal a déjà été accompli, en fait dans une situation où la prévention n'a plus d'utilité. En contredisant de la sorte le principe de prévention, celui du polluer-payeur devrait donc être voué aux gémonies. Mais ces reproches doivent être nuancés dans la mesure où

*le principe du pollueur 'payeur peut aussi (...) contribuer à la réduction de la pollution (fonction préventive) et accélérer la prise en charge des dommages écologique par leurs responsables (fonction curative)*²⁹.

A grande questão da aplicação do princípio do poluidor-pagador reside na quantificação dos custos causados pelo dano ambiental. De fato, ainda não foi encontrada uma metodologia totalmente adequada para quantificar em termos econômicos o valor devido por um dano ambiental – por isso a importância da adoção de medidas de prevenção e precaução. Como apurar em valores pecuniários a extinção de uma espécie de fauna ou flora, as manchas de óleo em uma praia, o assoreamento de um rio, as doenças adquiridas por uma pessoa que bebeu água contaminada, o excesso de outdoors? Logo, o referido princípio visa a recuperação do meio ambiente alterado pela poluição; apenas subsidiariamente será admitido o pagamento de indenização em dinheiro.

O outro aspecto do princípio em tela, mais amplo, se inspira na teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo devem ser internalizados, observando a vocação redistributiva do direito ambiental³⁰. Aquele que utiliza os bens naturais em seu processo de produção, ou que causa danos ao meio ambiente, deverá pagar. Como esclarece Cristiane Derani:

Durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas 'externalidades negativas'. São chamadas externalidades porque, embora resultantes da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão 'privatização de lucros e socialização de perdas', quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua **internalização**³¹.

Para tal teoria não é cabível que a sociedade suporte o ônus de recuperação da degradação causada por uma atividade cujo lucro será individualizado. Permitir tal prática equivaleria a autorizar o enriquecimento ilícito. O custo social da poluição deve ser suportado pelo em-

preendedor que auferir ganhos financeiros com a prática poluidora³². Patrícia Faga Iglecias Lemos complementa:

Em outras palavras, estaremos diante de uma externalidade negativa toda vez que parte dos custos decorrentes da produção e do consumo de um bem forem direcionados para indivíduos alheios a esta cadeia de produção e consumo. No caso dos recursos ambientais, podemos afirmar que haverá uma externalidade negativa toda vez que um impacto ambiental gerado pela produção e pelo consumo não for suportado pelos agentes diretamente beneficiados pela atividade produtiva. Isso significa que os custos ambientais estarão sendo transferidos para a coletividade, tendo-se em vista que os bens ambientais são de uso comum do povo³³.

Essa posição já foi aceita pelo Brasil, através da adoção da tese da responsabilidade pós-consumo³⁴, onde o empreendedor deverá arcar com os custos da poluição causada pelas embalagens de seus produtos. A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305/2010, inova ao estabelecer a responsabilidade compartilhada na gestão de resíduos. Estado, empreendedor e consumidor dividirão o ônus do correto descarte e reciclagem do lixo. O princípio do poluidor-pagador em sua vertente econômica está cristalizado na previsão de logística reversa e da responsabilidade pós-consumo, pela qual o empreendedor deve criar mecanismos, independentes dos fornecidos pelo Poder Público, para viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos provenientes de seus produtos e embalagens. Esta determinação que altera o sistema clássico de responsabilidade civil, ao impor que o empreendedor continua responsável pelo impacto ambiental de seus produtos mesmo após este ter sido completamente utilizado pelo consumidor, não é uma inovação da Lei. O CONAMA já havia as Resoluções nº 401/2008, nº 334/2003 e nº 416/2009, que obrigam o fabricante a recolher e dar destinação ambiental correta para as embalagens dos seus produtos nos casos de agrotóxicos, pneus e pilhas e baterias. Na mesma linha a jurisprudência, ainda que de segunda instância, já reconheceu a possibilidade da adoção da responsabilidade pós-consumo como forma de corrigir as externalidades pro-

duzidas pelo descarte de embalagens PET. A ré, uma empresa de refrigerantes, foi condenada em obrigação de fazer, de recolhimento das embalagens dos produtos que vier a fabricar, após o consumo, sendo facultado o cumprimento de obrigação alternativa, ou seja, de adotar, dentro de no máximo 60 (sessenta) dias após o trânsito em julgado da decisão, procedimentos de reutilização e recompra, por preço justo, de no mínimo 50% (cinquenta por cento) das garrafas plásticas que produzir a cada ano, após o uso do produto pelos consumidores, a fim de dar-lhes destinação final ambientalmente adequada, assim entendida a utilização e reutilização de garrafas e outras embalagens plásticas em processos de reciclagem, e para a fabricação de embalagens novas ou para outro uso econômico, respeitadas as vedações e restrições estabelecidas pelos órgãos oficiais competentes da área de saúde. Foi ainda condenada a dar início imediato a campanha publicitária às suas expensas, com destinação de no mínimo 20% (vinte por cento) dos recursos financeiros que vier a gastar anualmente com a promoção de seus produtos, na divulgação de mensagens educativas de combate ao lançamento de lixo plástico em corpos d'água e no meio ambiente em geral, informando o consumidor sobre as formas de reaproveitamento e reutilização de vasilhames, indicando os locais e as condições de recompra das embalagens plásticas, e estimulando a coleta destas visando a educação ambiental e sua reciclagem. Um trecho do acórdão é esclarecedor:

1. Se os avanços tecnológicos induzem o crescente emprego de vasilhames de matéria plástica tipo PET (polietileno tereftalato), propiciando que os fabricantes que delas se utilizam aumentem lucros e reduzam custos, não é justo que a responsabilidade pelo crescimento exponencial do volume do lixo resultante seja transferida apenas para o governo ou a população.

2. A chamada responsabilidade pósconsumo no caso de produtos de alto poder poluente, como as embalagens plásticas, envolve o fabricante de refrigerantes que delas se utiliza, em ação civil pública, pelos danos ambientais decorrentes. Esta responsabilidade é objetiva nos termos da Lei nº 7347/85, artigos 1º e 4º da Lei Estadual nº 12.943/99, e artigos 3º e 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, e implica na sua

condenação nas obrigações de fazer, a saber: adoção de providências em relação a destinação final e ambientalmente adequada das embalagens plásticas de seus produtos, e destinação de parte dos seus gastos com publicidade em educação ambiental, sob pena de multa³⁵.

Impossível analisar o princípio do poluidor-pagador sem um cotejo com a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. A responsabilidade civil é classicamente privada, para danos sentidos pelo indivíduo. Já a responsabilidade civil ambiental visa a reparação de danos difusos e de uso comum do povo. Logo novas idéias devem ser apresentadas. Herman Benjamin aponta que “a poluição e a degradação dos recursos naturais são dano (e onde há dano deve haver responsabilidade). Pela lógica, então, uma tal constatação deveria transportar, de imediato, a responsabilidade civil para a linha de frente da reação do ordenamento aos desmandos praticados contra o meio ambiente”³⁶

Pela teoria clássica quem causa dano a outrem, por dolo ou culpa, deve repará-lo, tal como previsto no art. 927 do Código Civil. No caso ambiental a Lei nº 6.938/1981 e o próprio texto constitucional consagraram a responsabilidade objetiva por danos ao meio ambiente.

Art. 225 § 3º CRFB/1988: As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Lei nº 6.938/81, art. 14 § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

A opção legislativa deve-se à freqüente dificuldade de identificar o ato do degradador, se foi doloso ou culposos. Sendo a responsabilidade objetiva basta comprovar o nexo de causalidade, e estará estabelecida a obrigação de indenizar. Mas questões fáticas levaram parcela da doutrina

na e da jurisprudência a ampliar o raciocínio da responsabilidade objetiva. Dois pontos podem ser apontados inicialmente: a solidariedade e a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Como é sabido a solidariedade na responsabilidade civil decorre da lei ou do contrato. O STJ, porém, entende que no caso específico da degradação ambiental a solidariedade decorre da interpretação do art. 3º IV, da Lei nº 6.938/81, que define poluidor como a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável direta ou indiretamente pela degradação ambiental. Para a Corte o poluidor indireto deve ser considerado solidário, e não responsável subsidiário pelo dano ambiental³⁷. Embora a solidariedade baseada na tese do poluidor indireto já esteja pacificada na doutrina e na jurisprudência, um recente acórdão do STJ causou polêmica por alargar a percepção dos sujeitos que podem ser considerados solidários pelo dano ambiental:

13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.

14. Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81³⁸.

Outra inovação recente se refere à inversão do ônus da prova. O STJ já possuía decisões esparsas deferindo tal pedido com base em analogia como o Direito do Consumidor – como os dois direitos são considerados de terceira geração, tal como prevê a teoria de Norberto Bobbio, seria possível estender o previsto no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor às demandas ambientais. Com o passar do tempo o STJ aperfeiçoou a sua tese, passando a basear a possibilidade de inversão do ônus da prova no princípio da precaução, uma vez que esse pode ser traduzido na expressão *in dubio pro ambiente*. Logo considera atualmente que “o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou

que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva”³⁹.

Mas certamente a novidade mais polêmica é a possibilidade da adoção da teoria do risco integral. Tradicionalmente o Direito Ambiental adota a Teoria do Risco Integral que admite o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade, rompendo o nexo causal. Paulo Affonso Leme Machado⁴⁰ esclarece que para tal conseqüência o fato deverá ser externo, imprevisível e irresistível – logo o caso fortuito interno não teria o condão de evitar a responsabilização. Esta é a posição defendida por Toshio Mukai⁴¹, Rui Stoco⁴², Márcia Leuzigner e Sandra Cureau⁴³.

Porém recentemente novos doutrinadores passaram a defender uma nova visão, a teoria do risco integral. Para esta linha a existência da atividade é equiparada à causa do dano, não se admitindo qualquer excludente de responsabilidade. A alegação básica está na dificuldade de localizar o poluidor, bem como de demonstrar corretamente o nexo de causalidade. Por isso seriam necessárias adaptações na configuração clássica da responsabilidade civil. A tese se fundamenta, ainda, no princípio do poluidor-pagador. Como visto o empreendedor que gera externalidades negativas deve internalizá-las, sob a lógica do “poluiu, deve pagar”. Logo se este produz danos ambientais, ainda que como conseqüência em última análise da ocorrência de um caso fortuito ou de força maior, ele deverá reparar o dano causado.

Para essa linha o rompimento do nexo de causalidade geraria uma espécie de enriquecimento ilícito: o empreendedor auferiu lucro com a atividade potencialmente poluente. Se na ocorrência da degradação ambiental a excludente for aplicada e este liberado da obrigação de indenizar o ônus ambiental será suportado pela sociedade, seja porque esta persistirá ou porque o Estado arcará com os custos de despoluição, usando para tal recursos públicos. Para a teoria do risco integral esta situação configura uma verdadeira externalidade negativa, que deverá ser corrigida pelo empreendedor. José Rubens Morato Leite esclarece que:

A Constituição Brasileira e a Lei da Política

Nacional do Meio Ambiente trazem um regime especial de responsabilidade ao degradador ambiental e não dispõe acerca de qualquer exclusão da obrigação de reparar o dano ecológico (caso fortuito, força maior, proveito de terceiro, lícito da atividade, culpa da vítima). Desta forma, o agente poluidor deve assumir integralmente todos os riscos que advêm de sua atividade, por tratar-se da socialização do risco. Mais do que isto, a teoria do risco integral pelo dano ambiental funda-se no princípio da equidade, pois aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou desvantagem dela resultante⁴⁴.

A teoria do risco integral possui opositores. Ela pode ser considerada extremamente punitiva, impondo uma desproporcional sobrecarga econômica para a empresa. Além de gerar insegurança jurídica pode na verdade desestimular a adoção de medidas de prevenção e precaução, uma vez que o empreendedor sempre será punido, mesmo que não tenha efetivamente colaborado para a ocorrência da degradação ambiental.

Considera-se, no entanto, inaceitável esta posição, na medida em que o que se exclui, no caso de responsabilidade objetiva por risco integral, não é a responsabilidade, mas o próprio nexo de causalidade, base da existência do dever de reparação. Ou seja, eventos da natureza, por exemplo, não excluem a responsabilidade, mas a própria existência de uma relação de causa e efeito capaz de fazer nascer o dever de reparação. Se esse nexo de causalidade não está presente, em razão de ter sido o dano causado por evento da natureza, não há que se falar em dever reparatório⁴⁵.

Contudo o STJ aplicou a teoria do risco integral pela primeira vez exatamente em um acidente envolvendo a indústria de hidrocarbonetos. Um navio da PETROBRAS que transportava um carregamento de nafta foi abalroado uma outra embarcação. Conseqüentemente a carga vazou no mar, próximo ao Porto de Paranaguá, impedindo a pesca no local. O Tribunal não aceitou a tese de culpa exclusiva de terceiro:

Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da

responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art.14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador⁴⁶.

Independentemente da posição doutrinária adotada deve-se observar que o Direito Ambiental vem aceitando, com base no princípio do poluidor-pagador, maiores imposições ao particular. Nesse sentido a adoção da responsabilidade socioambiental da empresa pode ser vista como uma das possíveis maneiras de correção das externalidades negativas. O setor petrolífero deve buscar, cada vez mais a prevenção de danos ao meio ambiente.

Considerações Finais

O contexto da modernização reflexiva e da teoria do risco impõe uma série de debates. A crise ecológica tão marcante como risco é, na verdade, um reflexo da crise do núcleo da modernidade. Os riscos envolvem uma atitude humana, geralmente fruto de decisões conscientes, mas com conseqüências que fogem ao controle e que são imprevisíveis.

A sociedade de risco impõe um debate sobre a regulação ambiental, uma vez que gera alterações na forma de atuação dos indivíduos, com notáveis reflexos na economia. O Direito também deve se adaptar a essa nova realidade. Neste contexto os princípios constitucionais assumem papéis centrais. Especialmente na possível aplicação da responsabilidade socioambiental da empresa os princípios norteadores do Direito Ambiental permitem a harmonização entre o meio ambiente e as regras de mercado. Alguns princípios parecem essenciais dentre outros: os intitulados defesa do meio ambiente, desenvolvimento sustentável e poluidor-pagador.

O princípio da defesa do meio ambiente estabelece que a livre iniciativa deve ser ponderada com a preservação ambiental e os valores sociais. Traduzido em um poder-dever do Estado, em que o Poder Público possui a incumbência de zelar pela preservação ambiental, e para alcançar tal objetivo poderá impor políticas públicas que limitam a liberdade de atuação do setor privado. Como não há como separar preservação ambiental e economia, uma vez que a base da

cadeia produtiva, a geração de matérias primas, está na natureza, a jurisprudência do STF autoriza a mitigação da livre iniciativa visando a adequação do processo produtivo com as diretrizes de preservação ambiental e melhoria da qualidade de vida. Tal como postulado pela ADPF 101-DF, que versou sobre a importação de pneus remoldados, a nova ordem mundial impõe a adoção de medidas ambientais visando a proteção das futuras gerações, logo o desenvolvimento previsto pela CRFB é o que leva à dignidade humana em plenitude, e não à degradação. Seguindo a lógica do STF o princípio da defesa do meio ambiente fundamenta a possibilidade de adoção da responsabilidade socioambiental, uma vez que permite a mitigação da liberdade econômica em prol de valores maiores. O princípio da defesa do meio ambiente impõe ao Estado novas diretrizes na formulação das políticas econômicas, o que baliza a adoção da responsabilidade socioambiental da empresa. Na mesma linha o desenvolvimento sustentável prevê a preservação ambiental e a superação da miséria, idéia presente no Relatório Nosso Futuro Comum, na Agenda 21 e na Rio+20. Inclusive a Declaração da última conferência realizada ressalta a importância da economia verde, ou seja, a que resulta na melhoria de bem-estar da sociedade e da igualdade social, ao mesmo tempo que reduz de forma considerável os riscos e a escassez de recursos ambientais. A Rio+20 ressaltou a necessidade de diminuir a dependência excessivamente da energia proveniente dos combustíveis fósseis, e colocou a erradicação da pobreza como o maior desafio global atual, e um requisito essencial para o desenvolvimento sustentável, uma vez que é urgente libertar a humanidade da miséria e da fome. Logo a responsabilidade socioambiental da empresa de petróleo e gás poderia ser utilizada como uma fonte de incentivos para as dez áreas essenciais para tornar a economia global mais verde, especialmente nas duas que são diretamente impactadas pelas atividades de O&G, o turismo e a pesca. Por fim, mas não menos importante, o princípio do poluidor-pagador determina a internalização dos custos sociais externos que acompanham o processo produtivo, observando a vocação redistributiva do direito ambiental. Não seria possível que a sociedade suporte o ônus de recuperação

da degradação causada por uma atividade cujo lucro será individualizado. Permitir tal prática equivaleria a autorizar o enriquecimento ilícito. O custo social da poluição deve ser suportado pelo empreendedor que auferiu ganhos financeiros com a prática poluidora. A jurisprudência já aceitou tal possibilidade, através de institutos como a responsabilidade compartilhada na gestão de resíduos, e a Teoria do Risco Integral. Isto reforça a tese de que o Direito Ambiental vem aceitando, com base no princípio do poluidor-pagador, maiores imposições ao particular. Nesse sentido a adoção da responsabilidade socioambiental da empresa pode ser vista como uma das possíveis maneiras de correção das externalidades negativas. Por fim o princípio da função socioambiental da propriedade, traduzido na compensação ambiental, reforça o conceito que o direito à propriedade privada (inclusive os recursos financeiros) pode ser reduzido visando compensar os impactos ambientais não mitigáveis. A mesma lógica poderia ser aplicada à responsabilidade socioambiental, uma vez que esta também poderia ser utilizada para compensar danos ambientais não mitigáveis.

Bibliografia

BENJAMIN, Antônio H. O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. in **Dano Ambiental, prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993.

_____. Responsabilidade civil pelo dano ambiental in **Revista de Direito Ambiental n° 9**: 5-52. São Paulo, RT, 1998.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO. **Declaração Final da Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20)**. Disponível em <<http://riomais20sc.ufsc.br/>>, Acesso em junho de 2013.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonard, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica) 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Isabella Franco; LIMMER, Flávia C. Princípios constitucionais informadores do Direito Ambiental *in* PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA; Isabella Franco; e NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

JACKSON, Tim. Prosperity Without Growth: Economics for a Finite Planet. London: Earthscan, 2011.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial** 2 ed. São Paulo: RT, 2003.

LEMOES, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-Consumo** 2ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édís, **Direito do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Princípio da Solidariedade**. *in* PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA; Isabella Franco; e NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

Revista Veja, 29.05.1991, p. 9. Apud: MILARÉ, Édís, **Direito do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5 ed. Paris: Dalloz, 2004..

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS

PARA O MEIO AMBIENTE. **Rumo a uma economia verde**: caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza. PNUMA: 2011. Disponível em <www.unep.org/greeneconomy>. Acesso em maio de 2012.

SADELEER, Nicolas. **Les principes du polluter-payer, de prévention et de précaution**: essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement. Paris: Emile Bruylant, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente** 3 ed. São Paulo: RT, 2013.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional: Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial**. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência** 7ª ed. São Paulo: RT, 2007.

SUNSTEIN, Cass. **Risk and reason: safety, law, and the environment**. London: Cambridge University, 2002.

VEIGA, José Eli da. **Economia em transição**. *In* ALMEIDA, Fernando. **Desenvolvimento Sustentável 2012-2050: visão, rumos e contradições**. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

Referências

- 1 Por exemplo, o próprio artigo 3º da Constituição Federal Brasileira postula como um dos objetivos do Estado, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.
- 2 MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. in PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA; Isabella Franco; e NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 171.
- 3 Nesse sentido, Chaïm Perelman acentua que: “A noção de direitos humanos implica que se trata de direitos atribuíveis a cada ser humano enquanto tal [...] a pessoa possui uma dignidade que lhe é própria e merece respeito enquanto sujeito moral livre, autônomo e responsável. Daí a situação ímpar que lhe é reconhecida e que o direito tem de proteger. [...] Se é responsável pela dignidade da pessoa que fundamenta uma doutrina jurídica dos direitos humanos, esta pode, da mesma maneira, ser considerada uma doutrina das obrigações humanas, pois cada um deles tem a obrigação de respeitar o indivíduo humano, em sua própria pessoa bem como na das outras. Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e de fazer que se respeitem as obrigações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação de criar condições favoráveis ao respeito à pessoa por parte de todos os que dependem da sua soberania.” In PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 400-401.
- 4 Revista *Veja*, 29.05.1991, p. 9. Apud: MILARÉ, Édís, **Direito do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário 4ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 74/75.
- 5 SUNSTEIN, Cass. **Risk and reason**: safety, law, and the environment. London: Cambridge University, 2002, p. 192.
- 6 Art. 1º CRFB/1988. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.
- 7 Art. 173 CRFB/1988. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
- 8 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica) 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 202. Grifos no original.
- 9 Art. 170 CRFB/1988. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.
- 10 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica) 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 251. Grifos no original.
- 11 DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonard, 1997, p. 191. Grifos no original.
- 12 O STF enfrentará novamente a questão da ponderação entre defesa do meio ambiente e livre iniciativa no julgamento da ADI nº 4.066-DF que versa sobre o amianto. Como o processo ainda está em andamento optou-se por não abordá-lo no presente artigo.
- 13 Optou-se por não analisar o argumento de existência de incoerência da legislação brasileira ao permitir a importação de pneus usados para insumo e uso de recapeamento oriundos do Mercosul e não admitir tal procedimento quando os pneus são procedentes de outros países; bem como o questionamento feito pela União Europeia perante a Organização Mundial de Comércio, por não ser especificamente ligado à questão ambiental.
- 14 Cf. STF, ADPF 101-DF, págs. 09-14, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>; acesso em junho de 2013.
- 15 Voto da Min. Relatora Carmem Lúcia, in STF, ADPF 101-DF, págs. 110, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>; acesso em junho de 2013.
- 16 Voto da Min. Relatora Carmem Lúcia, in STF, ADPF 101-DF, págs. 117-118, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>; acesso em junho de 2013.
- 17 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente 3 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 342.
- 18 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. **Rumo a uma economia verde**: caminhos para o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza. PNUMA: 2011. Disponível em <www.unep.org/greeneconomy>. Acesso em maio de 2012.
- 19 CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO. **Declaração Final da Conferência das Nações Unidas Sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20)**. Disponível em <<http://riomais20sc.ufsc.br/>>, Acesso em junho de 2013, págs. 11 e 14.
- 20 VEIGA, José Eli da. Economia em transição. In ALMEIDA, Fernando. **Desenvolvimento Sustentável 2012-2050**: visão, rumos e contradições. Rio de Janeiro: Campus, 2012, p. 08.
- 21 JACKSON, Tim. **Prosperity Without Growth**: Economics for a Finit Planet. London: Earthscan, 2011, p.07.
“Mas esta conclusão é estranha justamente porque prosperidade não é, obviamente, sinônimo de renda ou riqueza. Aumento da prosperidade não é evidentemente a mesma coisa que crescimento econômico. Mais não é necessariamente melhor. Até muito recentemente, a prosperidade não foi lançada especificamente em termos de dinheiro em que tudo engloba: prosperidade é simplesmente o oposto de adversidade ou afli-

ção. *O conceito de prosperidade econômica – e a ilusão de crescente prosperidade com crescimento econômico – é uma construção moderna. E é uma construção que já foi alvo de críticas consideráveis.*

Entre as acusações contra ele está a de que o crescimento tenha espalhado seus benefícios, na melhor das hipóteses, de forma desigual. Um quinto da população do mundo ganha apenas 2% do rendimento global. Os 20% cento em contraste ganham 74% cento da renda do mundo. Enormes disparidades – diferenças reais na prosperidade aferidos por qualquer tipo de padrão – caracterizam a diferença entre ricos e pobres. Estas disparidades são inaceitáveis do ponto de vista humanitário. Elas também geram aumento das tensões sociais: dificuldades reais nas comunidades mais desfavorecidas, que têm um efeito que se alastra na sociedade como um todo.” (Livre tradução)

22 VEIGA, José Eli da. Economia em transição. In ALMEIDA, Fernando. **Desenvolvimento Sustentável 2012-2050: visão, rumos e contradições**. Rio de Janeiro: Campus, 2012, p. 08.

23 JACKSON, Tim. **Prosperity Without Growth: Economics for a Finit Planet**. London: Earthscan, 2011, p.15.

“Nestas circunstâncias, um retorno ao negócio de sempre não é uma opção. Prosperidade para poucos fundada na destruição ecológica e na injustiça social é um persistente fundamento para a sociedade civilizada. A recuperação econômica é vital. Proteger os empregos das pessoas – e criar novos – é absolutamente essencial. Mas também estão em necessidade urgente de renovar sentido de prosperidade partilhada. Um profundo compromisso com a justiça num mundo finito.” (livre tradução)

24 VEIGA, José Eli da. Economia em transição. In ALMEIDA, Fernando. **Desenvolvimento Sustentável 2012-2050: visão, rumos e contradições**. Rio de Janeiro: Campus, 2012, p. 15.

25 Princípio 16: “As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.” Apud. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial. 2ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Thex, 2002, p.332.

26 Cf. GUERRA, Isabella Franco; LIMMER, Flávia C. Princípios constitucionais informadores do Direito Ambiental in PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA; Isabella Franco; e NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 582 / 583.

27 BENJAMIN, Antônio H. O princípio do poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. in **Dano Ambiental, prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993, p. 236.

28 STJ. REsp 1145083 / MG. Segunda Turma. Ministro Relator Herman Benjamin. Julgado em 27/09/2011. Publicação em 04/09/2012.

29 SADELEER, Nicolas. **Les principes du pol-**

luter-payer, de prévention et de précaution: essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l’environnement. Paris: Emile Bruylant, 1999, p. 66-67.

“A principal função do princípio é internalizar o custo social que a prevenção e luta contra a poluição representam para os poderes públicos. O princípio surge nesta fase como uma regra econômica que deve renunciar a uma parte dos lucros que os poluidores devem levar suas atividades para os poderes públicos, cuja missão é precisamente controlar, monitorar, ou lutar contra a poluição que eles emitem.

(...)

Além disso, a função meramente redistributiva pode ser uma crítica mais fundamental. Falar do poluidor é evocar os danos ecológicos e o invocar é colocar-se em uma situação em que o dano já foi feito, de fato, em uma situação onde a prevenção não está mais em uso. Contrariando a forma como o princípio da prevenção, o do ‘poluidor contribuinte’ deve ser de até descrédito público. Mas essas críticas devem ser qualificadas para a extensão do princípio ‘poluidor contribuinte’ pode também (...) contribuir para a redução da poluição (preventiva) da função e acelerar o gerenciamento de danos ecológicos e de seus responsáveis (função curativa)”. (livre tradução).

30 Cf. MILARÉ, Édis, **Direito do Ambiente:** doutrina, prática, jurisprudência, glossário 4ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 100/101.

31 DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonard, 1997, p. 158. Grifos no original.

32 PRIEUR, Michel. **Droit de l’environnement**. 5 ed. Paris: Dalloz, 2004, p. 145.

33 LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Resíduos Sólidos e Responsabilidade Civil Pós-Consumo** 2ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

34 Cf. A decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Apelação Cível nº 118.652-1/ Curitiba, Rel. Des. Ivan Bortoleto.

35 TJPR, Apelação Cível nº 118.652-1, Curitiba. Relator Des. Ivan Bortoleto. D. J. 13/08/2002.

36 BENJAMIM, Antônio Herman. Responsabilidade civil pelo dano ambiental in Revista de **Direito Ambiental nº 9:** 5-52. São Paulo, RT, 1998, p. 08.

37 Cf. STJ, REsp 604.725 / PR. Segunda Turma. Min. Rel. Castro Meira. Data do Julgamento 21/06/2005. DJ 22/08/2005 p. 202; e STJ REsp 1.056.540 / GO Segunda Turma. Min. Rel. Eliana Calmon. Julg. 25/08/2009.

38 STJ, REsp 650.728/SC, Segunda Turma. Min. Rel. Herman Benjamin, j. em 23/10/2007, DJe 02/12/2009.

39 STJ, REsp 1.060.753 / SP. Segunda Turma. Min. Rel. Eliana Calmon. Julg. 01/12/2009. No mesmo sentido: REsp 1.049.822, REsp 933.079, REsp 972.902 e REsp 946.776.

40 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

41 MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Uni-

versitária, 2004, pág. 64.

42 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudencia 7 ed. Sao Paulo: RT, 2007, P 882

43 LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2013.

44 LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial 2 ed. São Paulo: RT, 2003, pág. 201

45 LEUZINGER, Marcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2013, p. 307-308.

46 STJ, REsp 1.114.398 / PR. Rel. Ministro Sidi-
nei Benetti. Julgamento em 08/02/2012.



SISTEMA DE ATENDIMENTO A EMERGÊNCIAS AMBIENTAIS CAUSADAS POR VAZAMENTO DE PETRÓLEO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEI N.º 9.966/2000 E DE SEUS REGULAMENTOS

RESPONSE SYSTEM TO ENVIRONMENTAL EMERGENCIES CAUSED BY OIL LEAK: AN ANALYSIS FROM FEDERAL ACT 9.966/2000 AND ITS REGULATIONS

Rebeca de Souza | rebecasouza@petrobras.com.br

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós graduada em Direito com concentração em Empresarial (IBMEC). Professora da Universidade Católica de Petrópolis (2005-2014). Procuradora do Município de Petrópolis (2007). Advogada da Petrobras (2008 -).

Resumo

Este trabalho busca revelar as origens da Lei n.º 9.966/2000, detectando os fundamentos constitucionais e os fatos que a motivaram, bem como compreender o Sistema de Atendimento à Emergências Ambientais causadas pelo vazamento de petróleo previsto nesta lei. Para tanto, analisa o art. 225 da Constituição da República e alguns princípios de Direito Ambiental. Em seguida, discorre sobre histórico da tramitação do Projeto de Lei n.º 2891/1992 e apresenta um panorama geral da Lei n.º 9.966/2000. Por fim, analisa o Sistema de Atendimento à Emergência previsto pela Lei n.º 9.966/2000 o qual é constituído pelo Plano de Emergência Individual, Plano de Área, Planos Locais e Regionais de Contingência e Plano Nacional de Contingência, apontando as principais características destes planos, a partir do conteúdo da legislação secundária que regulamenta a Lei n.º 9.966/2000.

Palavras-chave

direito ambiental; emergências ambientais; petróleo; lei n.º 9966/2000; planos de atendimento

Abstract

This work seeks to study the origins of Federal Act 9.966/2000, detecting its constitutional groundings and the prime facts behind it, as well as to understand the Response System to Environmental Emergencies caused by oil leak, such as governed by said Federal Act. To that end, article 225 of the Brazilian Constitution and some Environmental Law principles are herein analyzed. Further on, the work discusses the processing history of legislative proposal # 2.891/1992, and displays a general panorama of Federal Act 9.966/2000. Finally, the work outlines the Response System to Environmental Emergencies established by Act 9.966/2000, which comprises the Individual Emergency Plan, the Area Plan, the Local and Regional Contingent Plans and the National Contingent Plan, pinpointing the main characteristics of such plans from the contents of the ancillary legislations that regulate Federal Act 9.966/2000. .

Keywords

environmental law. environmental emergencies; petroleum; federal act 9.966/2000; response plan .

Introdução

O anúncio da descoberta de reservas de petróleo e gás na área denominada pré-sal, no fim de 2007¹, levantou diversas questões ambientais sobre a exploração de petróleo no mar, dentre as quais destacam-se aquelas relacionadas às dificuldades para o atendimento a emergências decorrentes do vazamento de óleo e gás, uma vez que estas reservas estão localizadas em uma área distante da costa brasileira, e ao aumento da emissão de gases de efeito estufa, devido ao alto teor de gás carbônico do petróleo nesta área.

Isso porque, o discurso ambientalista tem se fortalecido na atualidade, sendo refletido em tratados e convenções internacionais e na legislação interna de diversos países, como no Brasil, onde o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi reconhecido pela Constituição da República, a qual fundamentou a edição de diversas leis ordinárias visando a proteção dos bens ambientais tais como a fauna, flora, recursos hídricos, etc.

Desse modo, as questões ambientais específicas relacionadas à exploração e produção do petróleo nas áreas do pré-sal foram refletidas na Lei n.º 12.351/2010, que estabeleceu o novo marco regulatório para a exploração e produção de petróleo nestas áreas. Nesta lei, estão previstas dentre as cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção, constantes no art. 29, disposições contemplando as seguintes obrigações de natureza ambiental:

Obrigatoriedade de apresentação de inventário periódico sobre as emissões de gases que provocam efeito estufa - GEF, ao qual se dará publicidade, inclusive com cópia ao Congresso Nacional;

Apresentação de plano de contingência relativo a acidentes por vazamento de petróleo, de gás natural, de outros hidrocarbonetos fluidos e seus derivados; e

Obrigatoriedade da realização de auditoria ambiental de todo o processo operacional de retirada e distribuição de petróleo e gás oriundos do pré-sal.

Estas Cláusulas foram devidamente replicadas na Cláusula Vigésima Sexta² da Minuta do Con-

trato de Partilha de Produção, anexa ao Edital de Licitação para a outorga do contrato de partilha de Produção, publicado pela ANP na edição extra do Diário Oficial da União (D.O.U), de 03.09.2013.

Todavia, nota-se que a despeito dessa previsão contratual, a elaboração de um Plano de Contingência está prevista dentre as obrigações dos operadores de plataforma localizadas em águas jurisdicionais brasileiras desde a edição da Lei n.º 9.966/2000, que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências, sendo denominado nesta de Plano de Emergência Individual.

Embora a nomenclatura adotada pelo legislador seja distinta, entende-se que ambas as leis se referem ao mesmo instrumento que será utilizado pelas empresas exploradoras e produtoras de petróleo para a contenção de vazamentos e mitigação da poluição deste decorrente.

A Lei n.º 9.966/2000 estabelece ainda um complexo sistema de atendimento a emergências ambientais composto por planos de áreas, planos locais e regionais de contingência e pelo Plano Nacional de Contingência, os quais serão analisados neste trabalho.

Deve-se destacar que, embora esses planos estejam previstos na legislação brasileira desde o ano 2000, as discussões para consolidação dos planos individuais de emergência em planos de áreas e em planos locais e regionais de contingência começaram a ser efetivamente discutidas somente após a publicação do Decreto n.º 8.127, de 23.10.2013 que institui o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional.

Todavia, o sistema de atendimento a emergências ambientais decorrentes do vazamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas, tem sido pouco analisado pelos estudiosos em Direito Ambiental, o que torna relevante o estudo da Lei n.º 9.966/2000 e respectivos instrumentos.

Desse modo, este artigo foi estruturado de modo a revelar as origens da Lei n.º 9.966/2000, de-

tectando os fundamentos constitucionais e os fatos que a motivaram, bem como compreender o Sistema de Atendimento à Emergências decorrentes da descarga de petróleo e outras substâncias nocivas ou perigosas.

Na primeira parte, busca-se demonstrar os fundamentos constitucionais e principiológicos deste Sistema, a partir da análise do art. 225 da Constituição da República e de princípios de Direito Ambiental.

Na segunda parte, faz-se uma análise do Projeto de Lei n.º 2.891/1992, enfatizando os diversos fatos que influenciaram durante a tramitação no Congresso Nacional, e da Lei n.º 9.966/2000, que estabeleceu o marco legal para o controle e prevenção de poluição por petróleo em águas jurisdicionais brasileiras.

Por fim, a terceira parte apresenta o Sistema de Atendimento à Emergência instituído pela Lei n.º 9.966/2000, que prevê em seus dispositivos a elaboração do Plano de Emergência Individual, do Plano de Área, dos Planos Locais e Regionais de Contingência e do Plano Nacional de Contingência, cujas características serão demonstradas a partir da análise da legislação secundária que regulamenta a Lei n.º 9.966/2000.

Para o desenvolvimento destas etapas foram utilizadas as seguintes técnicas de pesquisa:

- a) pesquisa Bibliográfica, com ênfase nos livros e artigos produzidos sobre os assuntos abordados ao longo do trabalho;
- b) pesquisa documental, consistente na análise dos atos do Poder Executivo e Legislativo Federal, em especial o Processo Legislativo referente ao Projeto de Lei n.º 2.891/1992.

Com essas considerações pretende-se contribuir para o desenvolvimento de estudos relativos à Lei n.º 9.966/2000 e a regulamentação ambiental da exploração e produção de petróleo e gás natural em águas jurisdicionais brasileiras.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E PRINCIPIOLÓGICOS

1.1 Proteção do Meio Ambiente Constituição da República de 1988

A Constituição da República de 1988 dispõe de

um capítulo específico sobre o meio ambiente, no qual se insere o art. 225 que dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público;

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os

infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Desse modo, a Constituição de 1988 rompeu o paradigma constitucional anteriormente estabelecido, no qual a proteção do meio ambiente visava tão somente a racionalização da atividade econômica das atividades de exploração dos recursos naturais.

Assim, pode-se dizer que o meio ambiente foi reconhecido como um bem jurídico, de titularidade difusa, o que justifica que a sua defesa e proteção sejam compartilhadas entre o Poder Público e a sociedade.

Neste sentido, destaca-se o entendimento de Rafael Garabed Moumdjian:

[...] o meio ambiente não é um bem de propriedade exclusiva do Estado, por esse motivo ele compartilha com a sociedade a responsabilidade de preservá-lo e zelar por ele em prol de um bem comum, uma vez que toda a sociedade terá a obrigação, em conjunto com ele, de defender e preservar o meio ambiente, tendo tudo como medida de alcance do bem estar coletivo.³

Tal reconhecimento ensejou o desenvolvimento do Direito Ambiental como ramo autônomo do Direito, e, por consequência, de princípios e regras próprias.

Desse modo, na seção seguinte serão analisados os princípios de Direito Ambiental que se relacionam com o estabelecimento de ações de res-

posta à emergência ambientais a serem adotadas por aqueles que desenvolvem empreendimentos e atividades relacionadas à indústria de óleo e gás.

1.2. Princípios de Direito Ambiental que se relacionam com o estabelecimento de ações de resposta à emergência ambientais causadas por descarga de petróleo

1.2.1 Princípio da Prevenção

O princípio da prevenção, expresso no art. 225 da Constituição da República, impõe a sociedade, e especialmente ao setor industrial, o desenvolvimento de ações antecipatórias, de modo a evitar que as suas atividades resultem em danos ao meio ambiente. Tais ações são necessárias uma vez que estes são, em sua maioria, irreparáveis e irreversíveis.

Assim, para concretização desse princípio, o Estado estabelece instrumentos normativos e políticas ambientais preventivas.

Ressalta-se que a Lei n.º 9.966/2000, estabelece expressamente que as regras nela previstas têm como um dos seus objetivos a prevenção da poluição por óleo em águas jurisdicionais brasileiras e, para tanto, estabelece os princípios básicos a serem obedecidos na sua movimentação de óleo em portos organizados, instalações portuárias, plataformas e navios, o que será analisado no Capítulo 2 deste trabalho.

Segundo José Rubens Morato Leite “[...] prevenção necessariamente, implica um mecanismo antecipatório e de gestão de riscos na forma do desenvolvimento da atividade econômica, mitigando e avaliando os aspectos ambientais negativos.”⁴

A relevância do princípio da prevenção como balizador do exercício de atividades potencialmente poluidoras é inegável, como afirma Aluísio Sobreira:

Antecipar-se a incidentes, reduzindo seus impactos, é essencial a toda empresa ou instituição que deseja estar integrada ao novo contexto mundial de preservar o meio ambiente e promover o desenvolvimento de forma sustentada. Além disso, é uma atitude inteligente

te, já que a organização que tem planos de resposta a emergências é capaz de reduzir os efeitos dos incidentes e apresentar sua reposta como atenuante ao dano provocado, diante da sociedade e das autoridades.⁵

Destaca-se que o princípio da prevenção é voltado para aqueles riscos concretos ou potenciais, os quais são previsíveis pelo conhecimento humano e não se confunde com o denominado Princípio da Precaução referido no artigo 15⁶ da Declaração do Rio, que opera em face de um risco abstrato, decorrente de uma incerteza científica sobre as consequências de determinada ação.

1.2.2 Princípio do Poluidor Pagador

O princípio do poluidor-pagador tem origem econômica, sendo mencionado expressamente na Recomendação C(72) 128/72 da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que dispõe sobre os princípios da economia internacional nas políticas ambientais:

a) Cost Allocation: the Polluter-Pays Principle

2. Environmental resources are in general limited and their use in production and consumption activities may lead to their deterioration. When the cost of this deterioration is not adequately taken into account in the price system, the market fails to reflect the scarcity of such resources both at the national and international levels. Public measures are thus necessary to reduce pollution and to reach a better allocation of resources by ensuring that prices of goods depending on the quality and/or quantity of environmental resources reflect more closely their relative scarcity and that economic agents concerned react accordingly.

3. In many circumstances, in order to ensure that the environment is in an acceptable state, the reduction of pollution beyond a certain level will not be practical or even necessary in view of the costs involved.

4. The principle to be used for allocating costs of pollution prevention and control measures to encourage rational use of scarce environmental resources and to avoid distortions in international trade and investment is the so-called "Polluter-Pays Principle". This principle means that the polluter should bear the expenses of carrying

out the above-mentioned measures decided by public authorities to ensure that the environment is in an acceptable state. In other words, the cost of these measures should be reflected in the cost of goods and services which cause pollution in production and/or consumption. Such measures should not be accompanied by subsidies that would create significant distortions in international trade and investment.

5. This Principle should be an objective of Member countries; however, there may be exceptions or special arrangements, particularly for the transitional periods, provided that they do not lead to significant distortions in international trade and investment.

Esse princípio representa a internalização das externalidades negativas, ou seja, aqueles “custos não apropriados pelos responsáveis, e que não são sustentados por aqueles que não se beneficiam do resultado do processo produtivo.”⁷

Destaca-se que o princípio do poluidor-pagador não significa a aquisição do direito a poluir mediante pagamento, mas sim que os empreendedores, enquanto potenciais poluidores, deverão suportar os custos da adoção de medidas impostas pelo Estado para assegurar o equilíbrio ambiental.

Neste sentido, leciona José Rubens Morato Leite:

Não se trata, exclusivamente, de um princípio de compensação dos danos causados pela deterioração, ou seja, ele não se resume na fórmula polui pagou. Seu alcance é maior, incluindo ainda os custos de prevenção, reparação e de repressão do dano ambiental.⁸

Destaca-se que, a defesa do meio ambiente também está contida nos princípios da ordem econômica, arrolados no art. 170, VI da Constituição da República, o que corrobora a recepção deste princípio pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Como ensina Carlos da Costa e Silva Filho, o princípio do poluidor-pagador exerce três funções: redistributiva, preventiva e curativa.⁹

Na função redistributiva evita que a comunidade arque com os custos das medidas de proteção ambiental necessárias em razão do exercício de

atividade efetiva ou potencialmente poluidora por um determinado empreendedor.

Na função preventiva induz os empreendedores a aperfeiçoar técnicas produtivas que reduzam os impactos ao meio ambiente.

E, por fim, na função curativa torna o empreendedor responsável pela reparação integral dos danos causados ao meio ambiente, independente de haverem sido respeitadas as normas ambientais estabelecidas para o exercício da atividade.

1.2.3 Princípio da Responsabilização¹⁰

A responsabilidade por danos ao meio ambiente tem fundamento no art. 225, § 3º, da CF/1988, o qual menciona três esferas distintas e independentes de responsabilidade: civil, administrativa e penal. Tal divisão possibilita que o mesmo fato dê origem a reparação civil, bem como a imposição de sanções administrativas e penais.

A) Responsabilidade Civil Ambiental

O art. 14, §1º, da Lei 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece que a responsabilidade por danos ambientais é objetiva. Sendo assim, esta independe da culpa do agente que praticar o ato danoso, bastando estarem presentes os elementos “dano” (degradação do meio ambiente) e “nexo de causalidade” (relação de causa e efeito entre a atividade e o dano dela advindo) para que surja o dever de indenizar ou reparar.

Ademais, com base em uma interpretação sistemática do art.14, §1º e do art. 3º, IV da Lei 6.938/81, a doutrina entende que a responsabilidade por danos ambientais é solidária¹¹ entre os agentes envolvidos no processo, uma vez que a lei estende a responsabilidade também aos causadores indiretos do dano.

Com a promulgação do Código Civil em 2002, a solidariedade na responsabilidade civil ambiental também passou a ser justificada pelo disposto na parte final do art. 942.

B) Responsabilidade Administrativa Ambiental

A responsabilidade administrativa decorre do Poder de Polícia do Estado, o qual é definido

por Édis Milaré como a

[...] prerrogativa da Administração Pública, que legitima a intervenção na esfera jurídica do particular em defesa de interesses maiores, relevantes para a coletividade, e desde que fundado em lei anterior que o discipline e defina seus contornos.¹²

Essa responsabilidade caracteriza-se pela imposição de sanção a toda infração administrativa - ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente - conforme disposto no art. 70, da Lei 9.605/98.

Ao contrário do que ocorre em relação à responsabilidade civil ambiental, não há previsão legal expressa estabelecendo que a responsabilidade administrativa ambiental é objetiva, ou seja, que prescinde da prova de dolo ou culpa.

A inexistência de definição legal gera controvérsias a respeito da natureza jurídica da responsabilidade administrativa ambiental.

Com efeito, autores como Hely Lopes Meirelles¹³, Paulo Affonso de Leme Machado¹⁴ e Vladimir Passos de Freitas¹⁵, defendem que a responsabilidade seria objetiva, tornando-se devida independente de dolo ou culpa do infrator, e, inclusive, o dever de recuperar o meio ambiente decorreria da simples prova do prejuízo.¹⁶

Por seu turno, Fabio Medina Osório e Regis Fernandes de Oliveira¹⁷, defendem que a responsabilidade seria subjetiva, sendo necessária a demonstração da culpa como elemento necessário a caracterização da responsabilidade.¹⁸

Com uma visão intermediária, Édis Milaré considera que a responsabilidade administrativa ambiental é informada pela teoria da culpa presumida, adotada em países como Argentina e Itália.

Segundo esta teoria “configurado um comportamento em tese subsumível a uma proibição da norma ambiental, há de se presumir juris tantum, a responsabilidade do suposto infrator, o qual poderá, pela inversão do ônus da prova, demonstrar a sua não-culpa”¹⁹ ou seja, “não se exige de plano, já no auto de infração, demonstração dos contornos da ação culposa. Para a

Administração Pública basta a presença de indícios da violação do dever de cuidado, cabendo ao infrator comprovar a falta do elemento subjetivo ou invalidar o juízo indiciário da infração.”²⁰

C) Responsabilidade Penal Ambiental

Conforme demonstrado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 previu, em seu art. 225, §3º, a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica em caso de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

A Lei n.º 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), no art.3º, estipulou que pessoas jurídicas poderiam ser responsabilizadas pelos crimes nela previstos.

Assim, embora a pessoa jurídica não tenha vontade própria, a lei penal ambiental previu a possibilidade de sua responsabilização quando convergirem dois fatores: a) infração cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado; e b) infração cometida no interesse ou benefício da entidade.

Nesse contexto, entende-se que somente a pessoa responsável diretamente pelo dano ao meio ambiente poderá responder na esfera criminal. Todavia, destaca-se que o artigo 2º, da Lei n.º 9.605/98 estabelece hipótese de responsabilidade indireta pelo cometimento de infração ambiental.

Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência, adotaram o sistema da dupla imputação, no qual as ações penais deverão ser propostas em face da pessoa física e da pessoa jurídica. Ademais, no processo penal deverá ser demonstrado que a conduta delituosa decorreu de decisão da pessoa física denunciada e que a infração tenha sido praticada no interesse ou benefício da pessoa jurídica, sob pena de inépcia da denúncia e extinção do processo.

Não obstante, vale destacar que o sistema da dupla imputação foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai da ementa do acórdão proferido no Recurso Extraordinário 548.181, relatado pela Ministra Rosa Weber, julgado pela 1ª Turma, publicado em 30.10.2014:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.

2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta.

3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental.

4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual.

5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.

Tendo por fundamento o art. 225 da Constituição e os princípios da prevenção, do poluidor-pagador e da responsabilização, o legislador brasileiro estabeleceu regras específicas para a proteger as águas jurisdicionais brasileiras da poluição decorrente de empreendimentos e atividades exploração e produção de petróleo no mar, a qual será analisada a seguir.

2. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE POLUIÇÃO POR ÓLEO

No Brasil a exploração e a produção de petróleo no mar começaram na década de setenta, quando foram descobertos poços no litoral nordestino e na Bacia de Campos²¹. Todavia, as iniciativas para estabelecimento de normas específicas para a prevenção de danos aos ecossistemas litorâneos decorrentes desta atividade econômica, tiveram início somente na década de noventa, quando a produção de petróleo no Brasil tornou-se mais expressiva, como destaca José Mauro de Moraes:

Se, por um lado, investimentos de alto risco representam maior grau de incertezas, por outro estão associados à probabilidade de mais elevados retornos; com a decisão de arriscar investimentos nas novas fronteiras no mar, o Brasil obteve crescimento contínuo das suas reservas, que passaram de 1.1 bilhão de barris de petróleo equivalentes, em 1976, ano que precedeu o início da produção na Bacia de Campos, para 5,6 bilhões, em 1990, e 15,7 bilhões, em 2012, representando crescimento acumulado de 180%, de 1990 a 2012. As importações de petróleo bruto diminuíram da média anual de 804.000 barris/dia, entre 1974 e 1984, para 466.000 barris/dia, entre 1995 e 2004, e para 332.000 barris/dia, em 2011.²²

Isso porque, apesar do desenvolvimento econômico que o aumento da produção de petróleo propiciou ao Brasil, este foi acompanhado pela ocorrência de diversos acidentes ambientais que resultaram em danos ao meio ambiente²³, os quais foram determinantes para a edição da Lei n.º 9.966/2000, como será demonstrado a seguir.

2.1 O Projeto de Lei n.º 2891/1992

O PL n.º 2.891/1992, de autoria do Poder Executivo, foi apresentado ao Congresso Nacional em 20.05.1992, publicado no Diário do Congresso Nacional n.º 82, de 5 de junho de 1992 (p. 12286 – 12294) e submetido à apreciação das Comissões de Viação e Transportes, de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias e de Constituição e Justiça.

Esse projeto foi encaminhado pelo Poder Executivo, por meio da Mensagem n.º 175 de 1992 (Aviso n.º 454 – AL/SG, de 19 de maio de 1992), como resultado das atividades do Grupo de Trabalho Interministerial, instituído pelo Decreto n.º 99.348, de 26.06.1990. Este GT foi coordenado por um representante do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA e composto de representantes do Ministério da Marinha, Ministério da Infra-Estrutura, Ministério das Relações Exteriores e da Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República (atualmente, Ministério do Meio Ambiente).

Conforme se extrai da exposição de motivos assinada pelo Ministro da Marinha e pelo Secretário Interino de Meio Ambiente, o projeto foi considerado relevante devido à grande magnitude dos volumes de óleo e outras substâncias nocivas lançadas acidentalmente em águas jurisdicionais brasileiras, o que indicaria a ocorrência de graves danos aos ecossistemas litorâneos e, portanto, demandava uma ação política que determinasse o cumprimento das regras estabelecidas nacional e internacionalmente para a redução da poluição hídrica.

Da análise desse projeto, verifica-se que este estava focado no estabelecimento de requisitos para descarga de óleo e substâncias perigosas, de acordo com as suas características, bem como no estabelecimento de infrações administrativas para os casos de não atendimento destes requisitos. Não obstante, este também previa regras relativas ao transporte de forma fracionada de substâncias perigosas e ações de correção e prevenção.

Dentre esses dispositivos, destacam-se os artigos 36²⁴, 37²⁵ e 38²⁶, referentes ao Sistema de Atendimento de Emergências, o qual foi delineado

considerando os níveis local, estadual, regional e nacional, prevendo plano de ação de emergência para portos, terminais, plataformas e suas instalações de apoio, planos de área e planos de contingência estadual, regional e nacional.

Durante a tramitação na Câmara dos Deputados, o PL n.º 2.891/1992 foi apensado ao PL n.º 2.794/92, de autoria do Deputado Fábio Feldmen, e recebeu diversas emendas até ser aprovado, em 28.05.1996, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e, em seguida, remetido ao Senado Federal, onde foi recebido em 21.06.1996.

Nessa casa legislativa, a tramitação prosseguiu sob o regime ordinário, sendo o projeto submetido à análise da Comissão de Constituição e Justiça, de Assuntos Sociais e de Serviços e Infraestrutura, até que, em 27.01.2000, em virtude da Mensagem n.º 67 de 2000 do Presidente da República, foi atribuído regime de urgência à matéria²⁷.

Interessante observar que esta mensagem está datada de 25.01.2000²⁸, sete dias após o acidente ambiental da Baía de Guanabara, em 18.01.2000, quando ocorreu um vazamento de 1.292.000 litros de óleo combustível (MF-380), do duto PE-II, que interliga a Refinaria Duque de Caxias (REDUC), no município de Duque de Caxias no Rio de Janeiro, às instalações de Dutos e Terminais do Sudeste-DTSE/Ilha D'Água (GEGUA).²⁹

Assim, o projeto foi remetido novamente a Comissão de Constituição e Justiça, que, em 29.02.2000, apresentou o Parecer n.º 132/2000-CCJ do Relator, Senador Osmar Dias, favorável ao Projeto nos termos do Substitutivo apresentado, o qual foi aprovado pelo Plenário do Senado.

Este substitutivo foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 15.03.2000, e finalmente, em 28.03.2000, o Projeto foi aprovado pelo Plenário, com apenas uma alteração proposta durante a sua discussão, relativa ao art. 31, inciso II, quanto ao prazo estabelecido para adequação dos portos organizados, das instalações portuárias e das plataformas às novas exigências estabelecidas.³⁰

Conforme se extrai da transcrição dessa discussão na Câmara dos Deputados³¹, em especial, das intervenções dos deputados Aloizio Mercadante³², Eliseu Rezende³³, Fernando Gabeira³⁴, Waiter Pinheiro³⁵ e Inocêncio de Oliveira³⁶, o acidente ambiental da Baía de Guanabara e as alterações regulatórias no setor de petróleo e gás, foram determinantes para aprovação do texto apresentado.

O projeto foi remetido para sanção presidencial em 07.04.2000. Nesta última etapa do processo legislativo foi vetado o § 2º do art. 17³⁷, sob a justificativa de que este poderia criar graves dificuldades à exploração de petróleo na plataforma continental brasileira e, até mesmo, paralisar a sua produção. Assim, em 28.04.2000, oito anos após a sua proposição, foi promulgada a Lei n.º 9.966, publicada no Diário Oficial da União em 29.04.2000.

2.2 A Lei n.º 9.966/2000: prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional

Conforme previsto no art. 1º, a Lei n.º 9.966/2000 “estabelece os princípios básicos a serem obedecidos na movimentação de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em portos organizados, instalações portuárias, plataformas e navios em águas sob jurisdição nacional”, os quais são aplicáveis às seguintes hipóteses:

- A) quando ausentes os pressupostos para aplicação da Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios (Marpol 73/78);
- B) embarcações nacionais, portos organizados, instalações portuárias, dutos, plataformas e suas instalações de apoio, em caráter complementar à Marpol 73/78;
- C) embarcações, plataformas e instalações de apoio estrangeiras, cuja bandeira arvorada seja ou não de país contratante da Marpol 73/78, quando em águas sob jurisdição nacional;
- D) instalações portuárias especializadas em outras cargas que não óleo e substâncias nocivas ou perigosas, e aos estaleiros, marinas, clubes náuti-

cos e outros locais e instalações similares.

Para alcançar as suas finalidades, a Lei estabelece regras relativas aos sistemas de prevenção, controle e combate da poluição, ao transporte de óleo e substâncias nocivas ou perigosas e à descarga de óleo, substâncias nocivas ou perigosas e lixo.

Em comparação à redação original do PL n.º 2891/1992 observa-se que estas questões foram tratadas de forma equânime, sendo que os sistemas de prevenção, controle e combate da poluição ganharam relevância, ao serem abordados logo no início desta Lei.

Nesse aspecto, a Lei n.º 9.966/2000 estabelece para os portos organizados, instalações portuárias e plataformas, bem como suas instalações de apoio, a obrigação de dispor de instalações ou meios adequados para o recebimento e tratamento dos diversos tipos de resíduos e para o combate da poluição (art.5º), de elaborar manual de procedimento interno para o gerenciamento dos riscos de poluição, bem como para a gestão dos diversos resíduos gerados ou provenientes das atividades de movimentação e armazenamento de óleo e substâncias nocivas ou perigosas (art.6º), de elaborar planos de emergência individuais para o combate à poluição por óleo e substâncias nocivas ou perigosas, os quais devem ser consolidados em planos de área (art.7º) e de realizar auditorias ambientais bienais, independentes, com o objetivo de avaliar os sistemas de gestão e controle ambiental em suas unidades (art.9º).

Esse Capítulo também estabelece obrigações para os órgãos públicos, que deverão elaborar planos de contingência locais, regionais e nacional (art.8º).

Quanto ao controle do transporte de óleo e substâncias nocivas ou perigosas, a lei estabelece para as plataformas e os navios com arqueação bruta superior a cinquenta que transportem óleo ou o utilizem para sua movimentação ou operação, a obrigação de manter um livro de bordo, nos termos da Marpol 73/78 (art.10), para os navios que transportem substância nociva ou perigosa a granel a obrigação de manter um livro de registro de carga, nos termos da Marpol 73/78 (art.11) e para os navios que transportem subs-

tância nociva ou perigosa de forma fracionada, a obrigação de manter um documento que a especifique e forneça sua localização no navio (art.12).

Já no que diz respeito à descarga de óleo, substâncias nocivas ou perigosas e lixo, verifica-se que, de uma forma geral, esta conduta é vedada pela lei, havendo algumas exceções que levam em consideração as condições da descarga e a classificação das substâncias (art. 15, 16 e 17). Este capítulo prevê ainda que os responsáveis pela descarga, ainda que autorizada, são responsáveis por reparar os danos causados ao meio ambiente e a indenizar as atividades econômicas e o patrimônio público e privado pelos prejuízos decorrentes dessa descarga (art.21) e o dever de comunicação dos responsáveis por incidentes (art.22).

Visando a sua eficácia, a Lei n.º 9.966/2000 prevê infrações administrativas relacionadas à violação das regras nela estabelecidas e as respectivas sanções, bem como a definição das responsabilidades dos órgãos públicos - Capitania dos Portos e Capitania Fluviais, órgãos ambientais e Agência Nacional do Petróleo.

Apesar de publicada em 29.04.2000, essa Lei entrou em vigor somente noventa dias após esta data (art. 34). Ademais, foram estabelecidos, prazos específicos para que os portos organizados, as instalações portuárias e as plataformas em operação se adaptassem as regras relativas aos sistemas de prevenção, controle e combate da poluição (art.31), conforme destacado na seção 2.1.

Por fim, ressalta-se que a Lei n.º 9.966/2000 revogou expressamente a Lei n.º 5.357/1967, que estabelecia penalidades para embarcações e terminais marítimos ou fluviais que lançassem detritos ou óleo em águas brasileiras, bem como o §4, do art. 14 da Lei n.º 6.938/81, o qual referia-se expressamente a esta lei (art.35).

Dentre as diversas questões regulamentadas nesta lei, destacam-se as disposições a respeito da elaboração de planos de emergência, as quais tem por fundamento os compromissos assumidos pelo Brasil na Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo - OPRC/90, e a necessidade

de se estabelecer medidas de prevenção de danos ao meio ambiente decorrentes da exploração de petróleo no mar, conforme se demonstrará na parte final deste artigo.

3. SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO À EMERGÊNCIA

A Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em caso de Poluição por Óleo - OPRC/90 - internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 2.870, de 10.12.1998, estabeleceu para os países signatários a obrigação de exigir de operadores de plataforma e portos marítimos a elaboração de planos de emergência, bem como de estabelecer um Sistema Nacional de Preparo e Resposta à Emergência causadas pelo lançamento de óleo, nos termos do art. 3º e do art. 6º, a seguir transcritos:

Artigo 3

Planos de Emergência para Poluição por Óleo

a) Cada parte exigirá que todos os navios que estejam autorizados a arvorar sua bandeira levem a bordo um plano de emergência em caso de poluição por óleo, conforme requerido por, e de acordo com, as disposições adotadas pela Organização para esse fim.

b) O navio que, de acordo com o inciso (a), tiver que levar a bordo um plano de emergência para poluição por óleo, quando em um porto ou terminal oceânico sob jurisdição de uma Parte, estará sujeito, em conformidade com as práticas estabelecidas nos acordos internacionais vigentes ou na respectiva legislação nacional, a ser inspecionado por funcionamento devidamente credenciado por essa Parte.

2) Cada Parte exigirá que os operadores de plataformas oceânicas sob sua jurisdição tenham planos para emergência em casos de poluição por óleo, os quais deverão estar coordenados com o sistema nacional estabelecido em conformidade com o disposto no Artigo 6 e aprovados de acordo com os procedimentos determinados pela autoridade nacional competente.

3) Cada Parte exigirá que as autoridades e operadores encarregados de portos marítimos e instalações para a operação com

óleo sob sua jurisdição, segundo lhe pareça apropriado, tenham planos para emergência por poluição por óleo ou medidas similares, os quais deverão estar coordenados com o sistema nacional estabelecido em conformidade com o disposto no Artigo 6 e aprovados de acordo com os procedimentos determinados pela autoridade competente.

Artigo 6

Sistemas Nacionais e Regionais de Preparo e Resposta

1) Cada Parte deve estabelecer um sistema nacional para responder pronta e efetivamente a incidentes de poluição por óleo. Esse sistema incluirá, como um mínimo:

a) a designação de:

I) A(s) autoridade(s) nacional(s) competente(s) responsável(is) pelo preparo e resposta em caso de poluição por óleo;

II) O ponto ou pontos de contato operacionais, de âmbito nacional, responsável pelo recebimento e pela transmissão de relatórios sobre poluição por petróleo como referido no Artigo 4; e

III) Uma autoridade credenciada para agir em nome do Estado para solicitar assistência ou tomar a decisão de prestar a assistência solicitada;

b) Um plano nacional de contingência para preparo e resposta que inclua a relação organizacional entre os diversos órgãos envolvidos, tanto público quanto privados, e que leve em consideração as diretrizes elaboradas pela Organização.

2) Além disso, cada Parte, no limite de suas possibilidades, individualmente ou mediante cooperação bilateral ou multilateral e, se for o caso, em cooperação com as indústrias do petróleo e do transporte marítimo, as autoridades portuárias e outras entidades pertinentes, estabelecerá o seguinte:

a) Um nível mínimo de equipamento para combater vazamento de óleo, colocado em pontos preestabelecidos, estimado em função dos riscos previsíveis, bem como programas para o uso desse equipamento;

b) Um programa para os exercícios de orga-

nizações de resposta a incidentes de poluição por óleo e o treinamento do pessoal correspondente;

c) Planos pormenorizados e meios de comunicação para resposta a um incidente de poluição por óleo. Tais meios deverão estar permanentemente prontos a operar; e

d) Um mecanismo ou arranjo que coordene a resposta a um incidente de poluição por óleo, com, se apropriado, os meios para mobilizar os recursos necessários.

3) Cada Parte deverá garantir o fornecimento à Organização, diretamente ou mediante os acordos ou organizações regionais apropriados, de informação atualizada relativa a:

a) localização, dados de telecomunicações e, quando cabível, áreas de responsabilidade das autoridades e entidades mencionadas no inciso I) a);

b) equipamento de combate à poluição e conhecimento especializado em assuntos relacionados ao combate à poluição por petróleo e salvamento marítimo, que poderão ser colocados à disposição de outros Estados que o solicitarem; e

c) seu plano nacional de contingência.

Em consonância com este compromisso internacional, a Lei n.º 9.966/2000 estabeleceu, dentre as medidas de prevenção e controle da poluição por lançamento de óleo, a elaboração de planos de emergência, os quais são definidos no art. 2º, inciso XIX, como o “conjunto de medidas que determinam e estabelecem as responsabilidades setoriais e as ações a serem desencadeadas imediatamente após um incidente, bem como definem os recursos humanos, materiais e equipamentos adequados à prevenção, controle e combate à poluição das águas.”

Tais planos estão previstos no art. 7º e 8º da Lei n.º 9.966/2000 e regulamentados no Decreto n.º 4.871, de 6.11.2003, Decreto n.º 8.127, de 22.10.2013 e Resolução CONAMA n.º 398, de 11.06.2008.

Da análise conjunta destes atos depreende-se que a legislação brasileira instituiu um Sistema Nacional de Atendimento a Emergências causadas por descarga de óleo em águas jurisdicio-

nais brasileiras, o qual tem por instrumentos os Planos de Emergência Individuais, os Planos de Área, os Planos Locais e Regionais de Contingência e o Plano Nacional de Contingência, representados na figura a seguir:

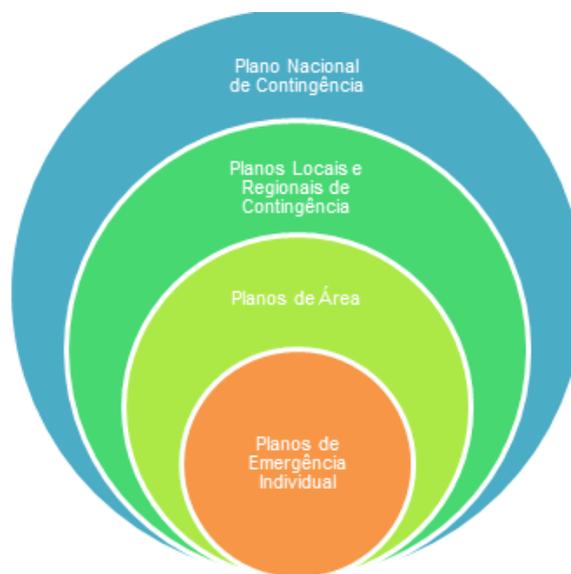


Figura 1

Nas seções seguintes serão apresentadas as principais características de cada um destes planos, conforme estabelecido na Lei n.º 9.966/2000 e respectivos regulamentos.

3.1. Plano de Emergência Individual

O art. 7º da Lei n.º 9.966/2000 estabeleceu para os portos organizados, as instalações portuárias ou terminais, as plataformas e suas instalações de apoio a obrigação de dispor de **planos de emergenciais individuais** para o combate à poluição por óleo e substâncias nocivas ou perigosas, os quais consistem em “um documento ou conjunto de documentos que contenham informações e descrição dos procedimentos de resposta da respectiva instalação a um incidente de poluição por óleo que decorra de suas atividades”³⁸.

Este documento deverá ser submetido à aprovação do órgão ambiental competente. Para tanto, será apresentado no âmbito do processo de licenciamento ambiental do empreendimento e o ato de aprovação deste órgão será formalizado no momento da concessão da Licença de Operação- LO.³⁹

As diretrizes para elaboração dos Planos de

Emergência Individuais foram estabelecidas pela Resolução CONAMA n.º 398/2008, cujo artigo 5º dispõe:

Art. 5º O Plano de Emergência Individual da instalação deverá ser elaborado de acordo com as seguintes orientações:

I - conforme conteúdo mínimo estabelecido no Anexo I;

II - com base nas informações referenciais estabelecidas no Anexo II;

III - com base nos resultados da análise de risco da instalação;

IV - conforme os critérios de dimensionamento da capacidade mínima de resposta estabelecidos no Anexo III;

V - de forma integrada com o Plano de Área correspondente.

Diante do exposto, observa-se que o Plano de Emergência Individual é um instrumento da instalação, vez que é elaborado pelo próprio empreendedor, que deverá acioná-lo no caso de incidentes de poluição por óleo causados por esta e dispor de recursos humanos e materiais adequados para a sua execução.

3.2. Plano de Área

O art. 7º, §§1º e 2º da Lei n.º 9.966/2000 estabelecem que no caso de áreas onde se concentrem portos organizados, instalações portuárias ou plataformas, os planos de emergência individuais serão consolidados, sob a coordenação do órgão ambiental competente, na forma de um único plano de emergência para toda a área sujeita ao risco de poluição, o qual deverá estabelecer os mecanismos de ação conjunta a serem implementados. A esse plano foi atribuída a denominação “Plano de Área” conforme Decreto n.º 4.871/2003, que regulamenta os referidos artigos da Lei n.º 9.966/2000.

De acordo com o art.2º, inciso VII do Decreto n.º 4.871/2003, o Plano de Área constitui-se no “documento ou conjunto de documentos que contenham as informações, medidas e ações referentes a uma área de concentração de portos organizados, instalações portuárias, terminais, dutos ou plataformas e suas respectivas instalações de apoio, que visem integrar os diversos

Planos de Emergência Individuais da área para o combate de incidentes de poluição por óleo, bem como facilitar e ampliar a capacidade de resposta deste Plano e orientar as ações necessárias na ocorrência de incidentes de poluição por óleo de origem desconhecida.”

Importante destacar que, diversamente do que ocorre com os Planos Individuais de Emergência, na elaboração dos Planos de Área o órgão ambiental competente exerce um papel central, ao ser designado como coordenador do instrumento, incumbindo-lhe o exercício das ações, previstas no Art.3º, § 2º do Decreto n.º 4.871/2003 a seguir transcritas:

I - coordenar a elaboração do Plano de Área, articulando-se com as instituições públicas e privadas envolvidas;

II - proceder à convocação oficial para realização do trabalho de consolidação, identificando as áreas abrangidas pelo Plano de Área e seus respectivos limites;

III - elaborar, até 31 de maio de 2004, cronograma de convocação para todas as instalações, cientificando os seus responsáveis; e

IV - fixar como data limite para realização da última convocação 31 de dezembro de 2005.

Assim como a Resolução CONAMA n.º 398/2008, no que se refere ao Plano de Emergência Individual, o Decreto n.º 4.871/2003 também estabelece, no art. 4º, o conteúdo mínimo do Plano de Área, o qual abrange os seguintes elementos:

I - mapa de sensibilidade ambiental, conforme as especificações e normas técnicas para elaboração de cartas de sensibilidade ambiental para derramamento de óleo - Cartas SAO;

II - identificação dos cenários acidentais que requeiram o acionamento do Plano de Área, definidos em função da sensibilidade ambiental da região, da magnitude do derramamento e das potenciais conseqüências do incidente de poluição por óleo;

III - sistema de informações atualizado contendo, no mínimo:

a) delimitação geográfica, com a localização das instalações e infra-estrutura de apoio;

b) cartas náuticas, cartas de corrente e cartas sinóticas;

c) malha rodoviária, ferroviária, dutoviária e aeroviária, com suas respectivas capacidades operacionais e rede de contatos;

d) facilidades portuárias;

e) áreas de concentração humana; e

f) informações meteorológicas;

g) registros de incidentes de poluição na área geográfica abrangida pelo Plano de Área; e

h) Planos de Emergência Individuais das instalações integrantes do Plano de Área, inclusive as análises de risco e as modelagens de dispersão de óleo;

IV - inventário e localização de recursos humanos e materiais disponíveis na área para resposta aos incidentes de poluição por óleo, incluindo aqueles previstos nos Planos de Emergência Individuais das instalações;

V - critérios para a disponibilização e reposição ou ressarcimento dos recursos previstos nos Planos de Emergência Individuais e utilizados pelo Plano de Área, inclusive nos casos de incidentes de poluição por óleo de origem desconhecida;

VI - critérios e procedimentos para acionamento e mobilização do Plano de Área;

VII - plano de comunicações, abrangendo protocolos, recursos e procedimentos;

VIII - programas de treinamento e de exercícios simulados conjuntos;

IX - instrumentos que permitam a integração com outros Planos de Área e acordos de cooperação com outras instituições;

X - critérios para encerramento das ações do Plano de Área;

XI - critérios para monitoramento das áreas afetadas após o encerramento das operações de emergência e de avaliação dos danos provocados pelo incidente de poluição por óleo, em comum acordo com os órgãos ambientais competentes;

XII - procedimentos para articulação coordenada entre as instalações e instituições envol-

vidas no Plano de Área, considerando o Sistema de Comando de Incidentes;

XIII - procedimentos de resposta nos casos de incidentes de poluição por óleo de origem desconhecida ou de impossibilidade de identificação imediata do poluidor;

XIV - manual de procedimento compartilhado para o gerenciamento dos riscos de poluição, e para a gestão dos diversos resíduos gerados ou provenientes do incidente de poluição por óleo;

XV - manual, em linguagem acessível, sobre os riscos e perigos englobados no Plano de Área e seus requisitos de inspeções periódicas, de emergência e de segurança ocupacional e processo de produção, a ser distribuído entre os funcionários das operadoras e dos prestadores de serviços, e às entidades governamentais que podem ser envolvidas na resposta ao incidente de poluição por óleo; e

XVI - procedimentos para assegurar que todos itens contaminados sejam limpos e devolvidos à condição de limpeza mutuamente acordada com o proprietário do equipamento, incluindo navios, barcas, lanchas, barreiras de contenção, ferramentas, mangueiras, maquinaria e outras engrenagens e equipamentos que podem ser impactados por meio do óleo descarregado no incidente.

Embora a elaboração do Plano de Área seja coordenada pelo órgão ambiental, a coordenação das ações de resposta, no caso de incidente de poluição por óleo em uma área abrangida por um Plano de Área, será exercida por coordenador designado pela instalação poluidora, nos casos de poluição de origem conhecida, ou conforme critérios estabelecidos no Plano, nos demais casos, como prescreve o art. 6º.

Por se tratar de um Plano mais abrangente do que o Plano de Emergência Individual, o acionamento do Plano de Área se dará i) por solicitação da instalação poluidora, quando a poluição for de origem conhecida, ii) das instalações participantes do Plano, quando a poluição for de origem desconhecida ou iii) pelo Coordenador Operacional do Plano Nacional de Contingência.

Ressalta-se que, embora o Decreto n.º 4.871

tenha sido editado em 2003, a implementação dos Planos de Área do litoral brasileiro ainda é incipiente, sendo que somente após a edição do Decreto n.º 8.127/2013 que dispõe sobre o Plano Nacional de Contingência é que a questão começou a ser discutida entre as partes a serem envolvidas na sua elaboração (órgão ambiental, Marinha do Brasil, ANP, IBP, etc) em eventos como o Seminário sobre Planos de Área, promovido pelo Ibama e pelo Ministério de Minas e Energia, realizado em 30 de agosto de 2014.

De acordo com a última atualização disponível no site do IBAMA, datada de 20.09.2016, foram aprovados quatro Planos de Área (Baía de Aratu e Entorno –BA, Baía de Guanabara – RJ, Porto de Santos, Porto Organizado de São Sebastião - SP) e existem outros quinze em elaboração.⁴⁰

3.3. Planos de Contingência locais ou regionais

A Lei n.º 9.966/2000 prevê que os Planos de Emergências Individuais e os Planos de Área sejam consolidados pelo órgão ambiental competente, na forma de planos de contingência locais ou regionais, em articulação com os órgãos de defesa civil, os quais estabelecerão procedimentos e ações visando integrar os planos, bem como definir os recursos humanos, materiais e equipamentos complementares para a prevenção, controle e combate da poluição das águas.

Tais Planos não dispõem de uma regulamentação nacional específica, que estabeleça regras relativas à sua coordenação, acionamento ou conteúdo mínimo. Desse modo, para elaboração destes, o órgão ambiental competente para a sua coordenação deverá basear suas ações na finalidade da Lei n.º 9.966/2000, qual seja, a prevenção da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, de modo a preservar o princípio da legalidade.

3.4. Plano Nacional de Contingência

Treze anos após a publicação da Lei n.º 9.966/2000, o Poder Executivo Federal, em atendimento ao art.8º, parágrafo único desta lei, editou, em 22.10.2013, o Decreto n.º 8.127 que instituiu o Plano Nacional de Contingência

para Incidentes de Poluição por Óleo em Águas sob Jurisdição Nacional - PNC.

Se o acidente ocorrido na Baía de Guanabara, em janeiro de 2000, foi determinante para a aprovação da Lei n.º 9.966, como demonstrado na parte 2 deste trabalho, a edição desse Decreto foi precedida de dois fatos relevantes para a indústria do petróleo no Brasil:

A) o vazamento de cerca de 3.700 barris de petróleo cru para o mar, a uma distância de cerca de 120 km da costa do Estado do Rio de Janeiro, em razão de um acidente ocorrido em novembro de 2011 no Campo de Frade, Bacia de Campos⁴¹ e;

B) o início da 1ª Licitação para a produção de petróleo e gás, sob o regime de partilha, em áreas do pré-sal⁴², em 10.07.2013⁴³, sendo que a apresentação das ofertas ocorreu em 21.10.2013, um dia antes da expedição do Decreto;

Como explicitado no art. 1º, o PNC, “fixa responsabilidades, estabelece estrutura organizacional e define diretrizes, procedimentos e ações, com o objetivo de permitir a atuação coordenada de órgãos da administração pública e entidades públicas e privadas para ampliar a capacidade de resposta em incidentes de poluição por óleo que possam afetar as águas sob jurisdição nacional, e minimizar danos ambientais e evitar prejuízos para a saúde pública.”

Para tanto, o Decreto n.º 8.127 estabelece a estrutura organizacional do PNC, a qual inclui a Autoridade Nacional, o Comitê-Executivo, o Grupo de Acompanhamento e Avaliação e o Comitê de Suporte, dispondo sobre a sua composição e definindo atribuições específicas a cada um deles, conforme previsto nos art. 5º a 20.

Da análise destes artigos, observa-se que estão envolvidos no PNC representantes dos mais diversos órgãos que compõem a estrutura da Presidência da República, sendo preponderante a atuação do IBAMA, autarquia vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, da Marinha do Brasil, órgão integrante do Ministério da Defesa e à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, autarquia especial, vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

Quanto a essa característica, destaca-se a crítica apresentada por Luciana Vianna Pereira e Isabella Genú Faria:

O novo Decreto prevê, ainda, a ação integrada de diversos órgãos do Poder Executivo, das Forças Armadas, das Agências Reguladoras, do IBAMA, além dos órgãos ambientais estaduais e municipais para que se possa dar efetividade à norma. Com tantas interfaces, é preciso se perguntar sobre a possibilidade de atendimento aos acidentes na necessária celeridade que estes demandam, sem esbarrar em eventuais conflitos de competência, entraves burocráticos, já que o Decreto não estabelece prazos para que os mesmos se manifestem quando acionados, e não prevê, condicionando a regulamentação por cada um dos órgãos responsáveis pela coordenação da resposta ao acidente, os canais de comunicação internos a serem utilizados.⁴⁴

O Decreto n.º 8.127/2013 estabelece, nos art. 14 a 17, o fluxo de informações que precedem o acionamento e a mobilização do PNC, as quais ocorrerão quando o incidente de poluição por óleo⁴⁵ for classificado pelo Grupo de Acompanhamento, como de significância nacional.

Após a comunicação inicial será estabelecido um procedimento de acompanhamento, no qual o poluidor deverá apresentar ao IBAMA, ao órgão ambiental estadual da jurisdição do incidente, à Capitania dos Portos ou à Capitania Fluvial da jurisdição do incidente e à ANP relatórios de situação, cujo conteúdo mínimo está no previsto no art.16.

Por fim, destacam-se ainda os instrumentos previstos no art. 21 do Decreto n.º 8.127/2013, os quais visam auxiliar o PNC a atingir os seus objetivos. São eles: a) cartas de sensibilidade ambiental ao óleo⁴⁶ e outros dados ambientais das áreas atingidas ou em risco de serem atingidas; b) centros ou instalações estruturadas para resgate e salvamento da fauna atingida por incidente de poluição por óleo; c) planos de ação dos órgãos ambientais federais, estaduais e municipais em incidentes de poluição por óleo; d) Planos de Emergência Individuais e de Área para combate a incidentes de poluição por óleo; e) programas de exercícios simulados; f) redes e serviços de observação e previsão hidrometeorológica; g) serviço meteorológico marinho; g)

Sisnóleo; h) Sistema de Comando de Incidentes; i) termos de cooperação, convênios e instrumentos congêneres.

Dentre estes instrumentos, observa-se que o Decreto prevê a criação de um Sistema de Informações específico sobre Incidentes de Poluição por Óleo em Águas Sob Jurisdição Nacional, o Sisnóleo, com o objetivo de consolidar e disseminar, em tempo real, informação geográfica sobre prevenção, preparação e resposta a incidentes de poluição por óleo, o qual deveria ter sido desenvolvido e implantado pelo IBAMA no prazo de dezoito meses, a contar de 23.10.2013. Todavia, até o momento de finalização deste artigo, não foram identificadas informações acerca de sua efetivação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho foram apresentados os fundamentos jurídicos do Sistema Nacional de Atendimento à Emergência relativas a incidentes de poluição por óleo em águas jurisdicionais, conforme sistematizado a seguir:

1. A Constituição da República de 1988 no art. 225 consagra o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconhecendo-o como um bem jurídico, de titularidade coletiva ou difusa, o que justifica que a sua defesa e proteção sejam compartilhadas entre o Poder Público e a sociedade;
2. O princípio da prevenção impõe o desenvolvimento de ações antecipatórias, de modo a evitar danos ao meio ambiente;
3. O princípio do poluidor-pagador determina que os empreendedores suportem os custos da adoção de medidas impostas pelo Estado para assegurar o equilíbrio ambiental;
4. Conforme se depreende do art. 225, § 3º, da Constituição, a responsabilidade por danos ao meio ambiente repercute nas esferas, civil, administrativa e penal, possibilitando que o mesmo fato dê origem a reparação civil, bem como a imposição de sanções administrativas e penais.
5. Embora a exploração e a produção de petróleo em águas jurisdicionais brasileiras tenha se iniciado na década de setenta, quando foram descobertos poços no litoral nordestino e na Bacia

de Campos, as iniciativas para estabelecimento de normas específicas para a prevenção de danos aos ecossistemas litorâneos decorrentes desta atividade econômica, tiveram início somente na década de noventa, quando a produção de petróleo no Brasil tornou-se mais expressiva e foram constatados o aumento de acidentes que resultaram em danos ao meio ambiente;

6. Em 20.05.1992 foi apresentado ao Congresso Nacional o PL n.º 2891/1992, de autoria do Poder Executivo. Durante a tramitação nas casas legislativas, o projeto sofreu diversas alterações, sendo remetido para sanção presidencial tão somente em 28.04.2000, quando foi promulgada a Lei n.º 9.966/2000;

7. Esta Lei estabelece regras relativas aos sistemas de prevenção, controle e combate da poluição, ao transporte de óleo e substâncias nocivas ou perigosas e à descarga de óleo, substâncias nocivas ou perigosas e lixo, prevê infrações administrativas relacionadas à violação das regras nela estabelecidas e as respectivas sanções, bem como a definição das responsabilidades dos órgãos públicos para a sua efetivação;

8. Tendo em vista o disposto na Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo - OPRC/90 - a Lei n.º 9.966/2000 estabeleceu, um Sistema de Atendimento à emergência, constituído pelos Planos de Emergência Individuais, os Planos de Área, os Planos Locais e Regionais de Contingência e o Plano Nacional de Contingência;

9. O Plano de Emergência Individual, regulamentado pela Resolução CONAMA n.º 398/2008, constitui-se no instrumento da instalação, pois é elaborado pelo próprio empreendedor, que deverá acioná-lo no caso de incidentes de poluição por óleo causados por esta e dispor de recursos humanos e materiais adequados para a sua execução;

10. O Plano de Área, regulamentado pelo Decreto n.º 4.871/2003, constitui-se na consolidação dos Planos de Emergência das instalações localizadas em uma área sujeita ao risco de poluição e deverá estabelecer os mecanismos de ação conjunta a serem implementados. Neste plano, o órgão ambiental competente exerce um

papel central, ao ser designado como o coordenador responsável pela sua consolidação;

11. Os planos de contingência locais ou regionais constituem-se na consolidação dos Planos de Emergências Individuais e os Planos de Área e estabelecerão procedimentos e ações visando integrar os planos, bem como a definição dos recursos humanos, materiais e equipamentos complementares para a prevenção, controle e combate da poluição das águas. Nota-se que tais Planos não dispõem de uma regulamentação nacional específica.

12. O Plano Nacional de Contingência, regulamentado pelo Decreto n.º 8.127/2013, que “fixa responsabilidades, estabelece estrutura organizacional e define diretrizes, procedimentos e ações, com o objetivo de permitir a atuação coordenada de órgãos da administração pública e entidades públicas e privadas para ampliar a capacidade de resposta em incidentes de poluição por óleo que possam afetar as águas sob jurisdição nacional, e minimizar danos ambientais e evitar prejuízos para a saúde pública.”

A partir desta análise, verifica-se que o Brasil dispõe de instrumentos jurídicos hábeis para a redução da poluição de águas jurisdicionais por descarga de óleo. Contudo, para que este torne-se efetivo, faz-se necessário o desenvolvimento de estruturas governamentais capacitadas para a sua elaboração e gerenciamento e o cumprimento das obrigações impostas aos operadores de plataformas de exploração e produção de petróleo, tendo em vista que a prevenção da poluição por descarga de óleo é um dever do Poder Público e da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ANP. Superintendência de Segurança Operacional e Meio Ambiente. Relatório Final de Investigação do Incidente de Vazamento de Petróleo no Campo de Frade. Julho de 2012

BACELLAR, Gilberto Huet. Plano de Emergência Individual para Incidentes de Poluição por óleo. Portos e Navios. s.n. julho, 2002

CHRISTANTE, Luciane. Pré-sal: desafios científicos e ambientais. UNESPCIência. p. 26-31. Nov. 2009

- COSTA E SILVA FILHO, Carlos da. O princípio do poluidor pagador: da eficiência econômica à realização da justiça. In: MOTA, Maurício (coord.) Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 80-99
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- FREITAS, Vladimir Passos. Direito Administrativo e Meio Ambiente. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2010
- GONÇALVES, Raphael Magno Vianna. Poluição Marinha por Hidrocarbonetos: o caso Chevron. Revista Jurídica Consulex. Ano XV. n.º 358. P. 16-18. 15 de dezembro de 2011
- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130-204
- LIMA, Paulo César Ribeiro. Os desafios, os impactos e a gestão da exploração do pré-sal. Câmara dos Deputados. Estudos. Novembro de 2008
- LOUREIRO, Gustavo Kaercher. O arranjo institucional da indústria do petróleo no âmbito dos contratos de partilha de produção. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 11, n.41 p.203-241. abr/jun.2013
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Princípio do Poluidor-Pagador e Compensação Ecológica. Revista Jurídica Consulex. Ano XIV. n.º 317, p. 44-46, março de 2010
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A exploração e a produção de petróleo no mar e a legislação ambiental brasileira. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 11, n.40, p.155-197, jan/mar.2013
- MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014
- MMA. CONAMA. Relatório sobre o impacto ambiental causado pelo derramamento de óleo na Baía de Guanabara. Brasília, 2001
- MORAIS, José Mauro de. Petróleo em águas profundas: uma história tecnológica da Petrobras na exploração e produção offshore. Ipea: Petrobras, 2013
- OLIVEIRA, Danilo. Trabalho Conjunto: gestores ambientais apontam necessidade de aperfeiçoar conjunto de planos de emergência a derramamento de óleo. Portos e Navios, n.653, p. 39-40, junho 2015
- PEREIRA, Luciana Vianna; FARIA, Isabella Genú. Plano Nacional de Contingência: edição com 15 anos de atraso e lacunas. Revista Jurídica Consulex. n. 406, p.51, 15 dez. 2013
- SANTOS, Fabiano Pereira. Acidente Ecológico na Baía de Guanabara. Revista de Direito Ambiental. vol. 22. p. 161-174. Abr - Jun / 2001
- SOBREIRA, Aluísio. Um plano para sobreviver à emergência. Portos e Navios. s.n., agosto, 2003

Referências

1 Um histórico detalhado sobre as descobertas de petróleo no Pré-sal pode ser encontrado no livro José Mauro de Moraes. **Petróleo em águas profundas: uma história tecnológica da Petrobras na exploração e produção offshore**. Ipea: Petrobras, 2013.

2 Cláusula Vigésima Sexta – Segurança Operacional e Meio Ambiente
Controle Ambiental

Os Consorciados deverão dispor de um sistema de gestão de segurança e meio ambiente que atenda às Melhores Práticas da Indústria do Petróleo e a Legislação Aplicável. Os Consorciados deverão, entre outras obrigações:

zelar pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado;

minimizar a ocorrência de impactos e/ou danos ao meio ambiente;

zelar pela segurança das Operações com fim de proteger a vida humana e o meio ambiente;

zelar pela proteção do patrimônio histórico-cultural brasileiro;

reparar o meio ambiente degradado em conformidade com a solução técnica exigida pelo órgão ambiental competente.

Caso haja processo de licenciamento ambiental em que o órgão competente julgue necessária a realização de Audiência Pública, os Consorciados deverão enviar à ANP cópia dos estudos elaborados visando à obtenção das licenças em data anterior à realização da Audiência.

Os Consorciados deverão apresentar à ANP cópia das licenças ambientais e de suas respectivas renovações no prazo de 30 (trinta) dias contados de sua obtenção, ou, antes disso, quando necessário para instruir procedimento de autorização que requeira tais documentos.

Os Consorciados informarão imediatamente à ANP e às autoridades competentes qualquer ocorrência, decorrente de fato ou ato intencional ou acidental, envolvendo risco ou dano ao meio ambiente ou à saúde humana, prejuízos materiais ao patrimônio próprio ou de terceiros, fatalidades ou ferimentos graves para o pessoal próprio ou para terceiros ou interrupções não programadas das Operações. Os Consorciados informarão imediatamente às autoridades competentes a ocorrência de qualquer derramamento ou perda de Petróleo e Gás Natural e outros incidentes, bem como as medidas já tomadas para solucionar o problema.

Durante a vigência deste Contrato, os Consorciados enviarão, à Contratante e à ANP, até o dia 31 de maio de cada ano, o inventário das emissões de gases de efeito estufa, discriminado por tipologia de fonte emissora incluindo a destinação dos referidos gases.

Os Consorciados apresentarão à ANP e aos demais órgãos competentes o plano de contingência relativo a acidentes por vazamento de Petróleo e Gás Natural e seus derivados,

Os Consorciados se obrigam a realizar auditoria ambiental de todo o processo operacional de retirada e distribuição Petróleo e Gás Natural oriundos da Área do Contrato, apresentando seus resultados à Contratante, à ANP e aos

demais órgãos competentes.

3 MOUMDJIAN, Rafael Garabed. Tutela Constitucional do Meio Ambiente. In: ARAUJO, Gisele Ferreira (org.). **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 29-55. p.40.

4 LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 130-204. p.172.

5 Um plano para sobreviver à emergência. Portos e Navios. Agosto, s.n., 2003.p.45.

6 Princípio 15 Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

7 COSTA E SILVA FILHO, Carlos da. O princípio do poluidor pagador: da eficiência econômica à realização da justiça. In: MOTA, Maurício (coord.) **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 80-99. p. 86

8 LEITE, José Rubens Morato. **Op. Cit.** p.182.

9 COSTA E SILVA FILHO, Carlos da. **Op. Cit.** p. 92.

10 Denominação adotada José Rubens Morato Leite. **Op. Cit.**

11 **Direito do Ambiente**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.339.

12 Apud MILARÉ, Édis. **Op. Cit.** p. 342.

13 Idem, p. 342.

14 FREITAS, Vladimir Passos. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 129.

15 Neste sentido, AgRg no REsp 1277638 / SC, relatado pelo Ministro Humberto Martins, julgado pela Segunda Turma do STJ em 07.05.2013:

ADMINISTRATIVO. IBAMA. APLICAÇÃO DE MULTA. INFRAÇÃO AMBIENTAL. ARMAZENAMENTO DE MADEIRA PROVENIENTE DE VENDAVAL OCORRIDO NA REGIÃO. EXISTÊNCIA DE TAC. COMPROVADA BOA-FÉ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. A responsabilidade é objetiva; dispensa-se portanto a comprovação de culpa, entretanto há de constatar o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano causado, para configurar a responsabilidade.

2. A Corte de origem, com espeque no contexto fático dos autos, afastou a multa administrativa. Incidência da Súmula 7/STJ.

Agravamento regimental improvido

16 Apud MILARÉ, Édis. **Op. Cit.** p. 347.

17 Corroborando esta tese, transcreve-se parcialmente a ementa do REsp 1251697 / PR, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques também julgado pela Segunda Turma do STJ em 12.04.2012:

“AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLI-

CADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO. [...]

6. O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.

7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.

8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), **mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexa causal entre a conduta e o dano.**

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual “[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

11. O art. 14, *caput*, também é claro: “[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]”.

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos *transgressores*; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os *poluidores*, a quem a própria legislação define como “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo). [...]

15. Recurso especial provido. (grifou-se)

19 MILARÉ, Edis. **Op. Cit.**, p. 348.

20 Idem, p. 349.

21 No mesmo ano da primeira descoberta de petróleo nas costas marítimas do Nordeste, em 1968, a PETROBRAS iniciou levantamentos geológicos, sísmicos e gravimétricos na Baía de Campos, no Estado do Rio de Janeiro, que permitiram a perfuração do primeiro poço em 1971, com uma plataforma jack-up em lâminas d’água de 49 metros. As perfurações prosseguiram nos anos seguintes, a profundidades pouco superiores a 60 metros; em 1973, surgiram os primeiros sinais de petróleo, em novembro de 1974 ocorreu a primeira descoberta, o

Campo de Garoupa; seguiram-se as descobertas dos Campos de Pargo, Badejo e Namorado, em 1975 (primeiro campo gigante no Brasil), Enchova, em 1976, e Bonito e Pampo, em 1977. MORAIS, José Mauro de. **Petróleo em águas profundas**: uma história tecnológica da Petrobras na exploração e produção offshore. Ipea: Petrobras, 2013.p.114/115.

22 MORAIS, José Mauro de. *Op. Cit.*p.26.

23 Uma lista dos “Principais Acidentes com Petróleo e Derivados no Brasil”, pode ser consultada no site Ambiente Brasil, disponível em <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/energia/acidentes_ambientais/principais_acidentes_com_petroleo_e_derivados_no_brasil.html>.

24 Art. 36 Os portos, terminais, plataformas e suas instalações de apoio deverão possuir planos de ação de emergência para combate a poluição por óleo substâncias nocivas.

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, sujeitará os infratores às penalidades do Grupo 2.

§1º No caso de áreas com várias instalações, deverão ser elaborados planos de ação de emergência individuais e um plano coletivo que cubra toda a área sujeita ao risco de poluição.

§ 2º As condições, prazos e requisitos para implementação dos planos de ação de emergência referidos neste artigo deverão ser definidos pelos órgãos estaduais de meio ambiente, em conformidade com as normas e termos de referência estabelecidos pelo órgão federal do meio ambiente, em articulação com o órgão de defesa civil com jurisdição sobre a área.

25 Art. 37. Os órgãos estaduais de meio ambiente elaborarão seus planos de contingência, integrando os planos de ação de emergência individual, em articulação com os planos de contingência regional e nacional.

26 Art. 38. O órgão federal de meio ambiente, em articulação com o órgão federal da defesa civil, e os órgãos estaduais de meio ambiente, em colaboração com os ministérios envolvidos, deverão manter planos de contingência para atender, em nível regional e nacional, os casos de combate à poluição dos recursos hídricos por óleo e substâncias nocivas.

§1º Os planos de contingência, regional e nacional, serão ativados nas seguintes circunstâncias:

Poluição cuja dimensão transcenda a capacidade local para combatê-la;

Mediante solicitação do órgão estadual de meio ambiente; No caso de omissão dos responsáveis pela execução do plano de ação de emergência;

Em decorrência de quaisquer outros fatos relevantes que, a critério dos órgãos envolvidos, requeiram ação imediata e eficaz.

§2º Os planos de contingência previstos neste artigo deverão ser integrados aos planos de ação de emergência.

27 ATA-PLEN - SUBSECRETARIA DE ATA - PLENÁRIO

Leitura da Mensagem nº 67, de 2000, (nº 130/2000, na origem), pela qual o Senhor Presidente da República, solicita seja atribuído regime de urgência à matéria. Fixação do prazo de quarenta e cinco dias a partir do dia

28.01.2000, para tramitação e abertura de prazo de cinco dias úteis para recebimento de emendas, perante a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, a partir desta data. Matéria incluída na pauta da 2ª Sessão Legislativa Extraordinária da 51ª Legislatura, convocada para o período de 5 de janeiro a 14 de fevereiro de 2000, de acordo com o item 2, da Mensagem nº 1.294, de 1999-CN. Já tendo sido apreciada pela Comissão de Assuntos Sociais, a matéria vai à CCJ, para recebimento de emendas. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Informação veiculada no Portal de Atividade Legislativa do Senado Federal, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=942>. Acesso em: 5 de agosto de 2015.

28 Senhores Membros do Congresso Nacional Dirijo-me a Vossas Excelências para solicitar seja atribuído o regime de urgência, de acordo com os termos do parágrafo 1º do artigo 64 da Constituição Federal, ao projeto de lei que tramita no Senado Federal com o n.º 37, de 1996 (n.º 2.891 na Câmara dos Deputados), que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo, substâncias nocivas e outros poluentes em águas sob jurisdição nacional, e dá outras providências”. encaminhado ao Congresso Nacional com a Mensagem n.º 175 de 1992. Brasília, 25 de janeiro de 2000.

29 MMA. CONAMA. **Relatório sobre o impacto ambiental causado pelo derramamento de óleo na Baía de Guanabara**. Brasília, 2001.

30 APROVADOS

Os art. 1º a 30 e 32 a 35 do Substitutivo do Senado Federal, em substituição aos arts. 1º a 36, 38 e 39 do Projeto aprovado na Câmara dos Deputados (votação em globo); O art. 31 do Substitutivo do Senado Federal, em substituição ao art. 37 do projeto aprovado na Câmara dos Deputados, com exceção da expressão “até cinco anos”, constante do inciso II, para manutenção da expressão “trinta e seis meses”, constante do inciso II do art. 37 do projeto aprovado na Câmara dos Deputados;

A Emenda de Redação

A MATÉRIA VAI À SANÇÃO

Em 28/03/2000

31 Diário da Câmara dos Deputados, de 29 Março de 2000, p.12496/12497

32 O SR. ALOIZIO MERCADANTE (PT - SP. Pela ordem. Sem revisão do orador.) - Sr. Presidente, a matéria que está sendo discutida tem imensa relevância porque diz respeito, sobretudo depois desse acidente na Baía da Guanabara, a uma política de proteção ambiental nacional. É um trabalho que a Câmara já produziu. O Senado fez algumas modificações que, do nosso ponto de vista, prejudicam a eficácia das iniciativas, especialmente ao prorrogar por cinco anos a implementação dessa nova política.

33 O SR. ELISEU RESENDE: [...] Entre esses fatos novos destacam-se a nova regulamentação do setor do petróleo, a flexibilização do monopólio de petróleo, a criação da Agência Nacional do Petróleo e o desmembramento da Petrobras para criação da Transpetro, segundo a orientação de introduzir-se um sistema dutoviário e de instalações portuárias neutro e de livre acesso, além da edi-

ção da Lei nº 9.605, de 1998, que trata de penalidades e sanções relativas à agressão ao meio ambiente. [...]

34 O SR. FERNANDO GABEIRA - Sr. Presidente, o Projeto de Lei nS! 2.891-0, de 1992, que devemos aprovar hoje, é de grande importância para o meio ambiente no Brasil. Estamos devendo esse projeto à opinião pública, uma vez que tivemos, recentemente, um grande desastre na Baía de Guanabara e, mais recentemente ainda, um vazamento de óleo perto de Ilhabela, no Estado de São Paulo. [...]

O projeto é urgente, necessário, já balizado pela legislação internacional, por uma série de acordos assinados pelo Brasil e que devemos aprovar hoje.

35 SR. WAITER PINHEIRO - Sr. Presidente, este projeto é de suma importância, porque lembram os Srs. Deputados que, desde 1996, deveria haver uma Comissão instituída, Deputado Fernando Gabeira, a partir de três tratados que combinassem uma intervenção não somente agora, após o grande desastre ecológico que aconteceu na REDUC.

Nesse particular, é importante porque faz um alerta. O projeto traz algo de positivo: a confluência dos três Poderes na ação de proteção ambiental, reforçando com isso a ação dos órgãos federais que não estão sob a jurisdição da Agência Nacional de Petróleo, ANP, explicitamente o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis Ibama.

Reforça-se a tese e também o poder e a autoridade de órgãos como o IBAMA nesta questão, atuando conjuntamente com a Agência Nacional de Petróleo, no que tange à sua fiscalização, criando ambiente mais do que favorável para atuação dos órgãos municipais, desde o acompanhamento até a decisão, o poder de interferir e, de forma direta, instituir a multa, policiar e punir. Também reforça nossa tese de que é importante lembrar o papel e o caráter do Município, até então sem nenhuma condição de atuar nesses casos, por causa dos impedimentos legais e da incapacidade de interface em relação a órgãos estaduais e federais. Concede, portanto, o poder a quem diretamente está ligado aos problemas e aumenta a capilaridade, ampliando em muito a capacidade de se operar na perspectiva de superar graves acidentes ecológicos como esse.

36 O SR. INOCÊNCIO DE OLIVEIRA - Sr. Presidente, esse projeto de lei data de 1992, enviado pelo Poder Executivo, aprovado nesta Casa um Substitutivo em 1996, que foi ao Senado Federal. Nesse interregno, Sr. Presidente, dois fatos motivaram cada vez mais a necessidade de aprovação de um instrumento legal dessa natureza. O primeiro foi a criação da Agência Nacional de Petróleo, a ANP, que hoje regula e fiscaliza a atividade desse campo. O segundo foi um acidente gravíssimo que houve no Estado do Rio de Janeiro, na Baía de Guanabara, provocando enorme poluição da área.

Por isso, acredito que dotar as instalações portuárias de equipamentos, de pessoal técnico e habilitado para movimentação de petróleo e derivados e outros agentes poluentes e o transporte e a movimentação desses, não só nos portos como também nas águas marítimas, é condição fundamental para o Brasil adquirir o sentimento de preservação ambiental.

37 Art. 17. É proibida a descarga de óleo, misturas

oleosas e lixo em águas sob jurisdição nacional, exceto nas situações permitidas pela Marpol 73/78, e não estando o navio, plataforma ou similar dentro dos limites de área ecologicamente sensível, e os procedimentos para descarga sejam devidamente aprovados pelo órgão ambiental competente. [...]

§ 2º Não será permitido o alijamento de metais pesados ou resíduos líquidos ou sólidos contendo tais substâncias.
38 Art. 2º, VIII, Decreto n.º 4.871/2003 e no art. 2º, XXII, da Resolução CONAMA 398/2008.

39 Art. 7º da Lei n.º 9.966/2000 c/c Art. 3º da Resolução CONAMA 398/08.

40 [Emergências ambientais > Petróleo e derivados > Planos de Área](#). Publicação em 08.12.2016, última atualização em 18.04.2017. Disponível em: <<https://www.ibama.gov.br/emergencias-ambientais/petroleo-e-derivados/planos-de-area>>. Acesso em: 21.09.2018.

41 Conforme consta do **Relatório Final de Investigação do Incidente de Vazamento de Petróleo no Campo de Frade** produzido pela ANP, em Julho de 2012. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?p=61825&m=campo+de+frade&t1=&t2=campo+de+frade&t3=&t4=&ar=0&ps=1&1444919303948>>

42 Conforme consta do site da ANP: “Na primeira licitação no Brasil sob o regime de partilha para a produção de petróleo e gás, a única área ofertada foi a de Libra, na Bacia de Santos. O campo situado a 183 km da costa do Rio de Janeiro, em lâmina d’água de 1.964 metros, tem reservas recuperáveis estimadas entre 8 e 12 bilhões de barris. Um consórcio formado pela brasileira Petrobras, as chinesas CNPC e CNOOC, a anglo-holandesa Shell e a francesa Total, arrematou a concessão, após oferecer à União a parcela mínima de 41,65% do óleo excedente a ser produzido no local e propor o pagamento de um bônus de R\$ 15 bilhões. O contrato é de 35 anos, não prorrogáveis, com uma fase de exploração estimada em quatro anos.” Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/?id=2912>>. Acesso em: 06.10.2015.

43 Nesta data teve início o prazo para entrega de documentos referentes à Manifestação de Interesse e documentos para Qualificação e Habilitação, conforme cronograma indicativo da licitação, informação constante do site da ANP, disponível em: <http://brasil-rounds.gov.br/round_p1/portugues_p1/cronograma.asp>. Acesso em: 06.10.2015.

44 PEREIRA, Luciana Vianna; FARIA, Isabella Genú. Plano Nacional de Contingência: edição com 15 anos de atraso e lacunas. **Revista Jurídica Consulex**. nº 406, p.51, 15 dez. 2013.

45 Conforme estabelecido no art.2º, inciso XIV, da Lei n.º 9.966/2000, incidente é “qualquer descarga de substância nociva ou perigosa, decorrente de fato ou ação intencional ou acidental que ocasione risco potencial, dano ao meio ambiente ou à saúde humana;”

46 Art. 2º , II - cartas de sensibilidade ambiental ao óleo - cartas destinadas à caracterização das áreas adjacentes às águas sob jurisdição nacional, por meio de documentos cartográficos, para planejamento e condução das ações de resposta a incidentes de poluição por óleo.

RESOLUÇÃO CONAMA Nº 393/2007: UMA RELEITURA PELA PROPORCIONALIDADE

CONAMA RESOLUTION Nº 393/2007
A REREADING THROUGH PROPORTIONALITY

Leandro Fonseca Vianna | leandro.vianna@petrobras.com.br

Advogado Pleno da PETROBRAS no Departamento Jurídico, lotado na Gerência de Tribunais Superiores, Direito Tributário e Ambiental. Ex-secretário de meio ambiente do Município de Petrópolis - (2011/2012).



Resumo

O artigo apresenta uma alternativa de interpretação da Resolução CONAMA nº 393/2007, que dispõe sobre o descarte contínuo de água de processo ou de produção em plataformas marítimas de petróleo e gás natural. Propõe-se uma análise crítica da atuação do IBAMA na aplicação da Resolução CONAMA nº 393/2007 e sua implicação no aumento dos custos de produção, para, a partir daí, conferir uma interpretação da referida norma a partir da proporcionalidade e da prática no direito comparado. Na análise, será incorporada a necessidade de lesão ao bem jurídico tutelado para caracterização do ilícito administrativo, ou seja, somente será possível concluir pela infração administrativa se o descarte de água de produção tiver acarretado na alteração das características da água do mar além da zona de mistura (princípio da lesividade). O presente artigo também conclui como obrigatória a presença de laudo técnico do órgão ambiental, não sendo suficiente para a autuação administrativa a comunicação de desenquadramento, encaminhada pela empresa produtora ao órgão ambiental em cumprimento ao disposto na própria resolução. Justifica-se a necessidade de propor uma nova leitura da Resolução CONAMA nº 393/2007, a partir do postulado da proporcionalidade, na medida em que as reiteradas atuações do órgão ambiental têm aumentado os custos de produção, o que poderá ocasionar um efeito em toda cadeia produtiva, em prejuízo ao consumidor final e à economia do país.

Palavras-chave

direito ambiental; água de produção; resolução conama nº 393/2007; lesividade; proporcionalidade

Abstract

This article presents an alternative interpretation of CONAMA Resolution 393/2007, which deals with the continuous disposal of process or production water on offshore oil and natural gas platforms. It is proposed a critical analysis of IBAMA's performance in the application of CONAMA Resolution 393/2007 and its implication in increasing production costs, so as to provide an interpretation of this norm based on proportionality and practice in law compared. Our analysis will incorporate the need for injury to the protected legal interest to characterize the administrative wrongdoing, ie, it will only be possible to conclude for the administrative infraction if the discharge of production water has caused in the alteration of the characteristics of the sea water beyond the zone of mixture (the principle of lesivity). This article also concludes as mandatory the presence of a technical report of the environmental agency, not being sufficient for the administrative assessment the communication of noncompliance, sent by the producing company to the environmental agency in compliance with the provisions of the resolution itself. A new reading of CONAMA Resolution 393/2007 is proposed and justified based on the postulate of proportionality, since the repeated assessments of the environmental agency have increased production costs, which may lead to an effect on whole chain of production, to the detriment of the final consumer and the economy of the country..

Keywords

environmental law; water production; conama resolution nº 393/2007; lesividade; proportionality.

Submetido: 15/02/2018 | Aceito: 09/08/2018

Introdução

O cenário global tem imposto às empresas de exploração e produção de petróleo um especial cuidado com o desenvolvimento sustentável de sua produção, o que resulta na internalização de custos e na adoção de processos produtivos com instrumentos tecnológicos que possibilitem a diminuição dos riscos de poluição.

O processo de exploração e produção de petróleo, paralelamente à extração do óleo e gás, resulta da atividade a geração de efluentes e também da chamada “água de produção” ou “água produzida”, definida pela legislação como “a água normalmente produzida junto com o petróleo”¹.

Há na legislação ambiental² o reconhecimento das limitações técnicas e tecnológicas da atividade de exploração em alto mar, permitindo-se, como consequência dessa constatação, o descarte contínuo de água de produção, desde que obedecidos os parâmetros nela estabelecidos.

O controle do descarte dessa água produzida, pelo órgão ambiental brasileiro, tem mostrado-se bastante sensível na atividade diária da indústria do petróleo, o que impõe ao intérprete da norma restritiva de direitos uma visão à luz do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade.

A aplicação da proporcionalidade se mostra relevante na medida em que, diariamente, as empresas produtoras de petróleo estão sujeitas às atuações administrativas do órgão ambiental federal (IBAMA) pelo descarte eventual de água produzida acima dos padrões, sem que para isso o IBAMA demonstre o efetivo prejuízo suportado pelo meio ambiente. Diante desse cenário, a insegurança jurídica gerada por essa atuação dos órgãos ambientais compromete os investimentos e o desenvolvimento econômico, daí porque se propõe uma leitura da norma a partir dos princípios constitucionais correlatos, especialmente com análise econômica do Direito.

Portanto, mostra-se necessária, senão imprescindível, uma leitura da Resolução CONAMA nº 393/2007 a partir do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade, a fim de permitir a realização dos primados da justiça.

Socorrer-se da proporcionalidade enquanto postulado de aplicação de normas irá permitir que se realize, na maior medida possível, os princípios da livre iniciativa e da proteção ao meio ambiente, consagrando, assim, a ideia do desenvolvimento sustentável, sem negar validade a nenhum dos conceitos jurídicos envolvidos e, principalmente, protegendo o bem jurídico tutelado.

Uma releitura da norma regulamentar igualmente permitirá que se mitigue o efeito cascata no aumento do custo da produção, sem o que, inevitavelmente, ocorreria contenção em futuros investimentos e automática transferência desta internalização dos custos em toda cadeia produtiva, com reflexo inclusive para os consumidores.

Justifica-se, portanto, a necessidade de propor uma nova leitura da Resolução CONAMA nº 393/2007, a partir do postulado da proporcionalidade, na medida em que as reiteradas atuações do órgão ambiental, sem qualquer razoabilidade, têm aumentado os custos de produção, o que poderá ocasionar em um efeito em toda cadeia produtiva, em prejuízo ao consumidor final e à economia do país.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

1.1. Aspectos Regulamentares

Em 09/08/2007 foi publicada a Resolução CONAMA n. 393/07, que veio a ser retificada em 15/08/2007 e que dispõe sobre o descarte contínuo de água de processo ou de produção em plataformas marítimas de petróleo e gás natural.

A partir de uma simples leitura da Resolução CONAMA n. 393/07, nota-se que a referida norma permite o lançamento de água produzida, direta ou indiretamente no mar, conforme as condições, padrões e exigências dispostas na própria Resolução e desde que não acarrete ao mar, no entorno do ponto de lançamento, características diversas da classe de enquadramento para a área definida, com exceção da zona de mistura. A legislação permite, portanto, o descarte de água de produção no mar.

Apesar de singela, essa primeira conclusão é especialmente relevante na medida em que o lan-

çamento do efluente não caracteriza, por si só, atividade vedada pela legislação. Os parâmetros adotados pela legislação só se mostrariam como cogentes, caso, comprovadamente, revelassem-se hábeis a sancionar uma conduta lesiva ao meio ambiente, o que, no entanto, não tem se mostrado verdadeiro na prática reiterada.

A ilegalidade da conduta exige a conjugação de dois fatores: descarte fora dos padrões e alteração das características do receptor além da zona de mistura.

Os conceitos legais adotados pela Resolução CONAMA n.º 393/07 são essenciais para a compreensão do tema e devem ser abordados desde logo, a fim de permitir a melhor contextualização do tema. No artigo 2º da referida resolução³ estão definições que serão adotados ao longo desse trabalho, tais como *condições de descarte, descarte contínuo*, entre outros.

Com base nesses conceitos, dentro de um sistema hermenêutico que tem como filtro a proporcionalidade, e como norma fundamental a Constituição da República, será possível defender que a melhor interpretação do artigo 5.º da Resolução CONAMA n.º 393/07⁴ é justamente aquela em que se exige do órgão ambiental a contínua revisão dos parâmetros estabelecidos e, além disso, da consideração acerca das demais variáveis implicadas no descarte de água produzida.

A “não-conformidade” também é outro conceito jurídico adotado pela Resolução CONAMA e que terá relevância no presente estudo.

A partir de uma interpretação sistemática da Resolução, somente se reputará como “não conforme” o descarte contínuo de água produzida que ultrapassar a média mensal, e não aquele que transborde os limites diários.

Ocorre, no entanto, que o órgão ambiental tem aplicado sanções indistintamente, tanto ao descarte acima da média mensal, quanto para aqueles que ultrapassem o limite diário⁵.

A interpretação adequada da solução apresentada na Resolução 393/2007, quando ocorre constatação de que o valor máximo diário foi excedido, não é a aplicação de multa, mas sim

a comunicação de tal fato ao órgão ambiental. Essa é uma das interpretações possíveis a partir do uso do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade.

Frise-se que a Resolução CONAMA n.º 393/07, nessa exata linha, em seu artigo 5.º, parágrafos 2º e 3º⁶, considera não-conformidade apenas a ultrapassagem do limite médio mensal de concentração de óleos e graxas na água descartada, e, em contraste, não reputa como não-conformidade a eventual ultrapassagem do limite diário. Fundamental guardar essa relevante diferenciação feita pela própria resolução.

E, mesmo na hipótese da ultrapassagem mensal, no espírito da gestão participativa da Resolução 393/2007, o órgão ambiental poderá autorizar o descarte de água produzida acima das condições e padrões (nela) estabelecidos, nos termos do seu art. 7º⁷.

A par disso, em cada caso concreto, a concentração de óleos e graxas na água de produção, em verdade, quase nada diz, por si só, se não for considerado concomitantemente também o volume/massa/vazão de água descartada, o corpo receptor e o período de duração do descarte.

A simples verificação do teor de óleo em uma amostra isolada de 250ml, se não confrontada com o período de duração do descarte e a vazão dessa mesma descarga em alto mar, não permite ao agente fiscal chegar à conclusão de lesão ao bem jurídico tutelado.

A aplicação da proporcionalidade impõe, ainda, que para aplicação de eventual sanção administrativa, o agente sancionador verifique se a conduta analisada causa ameaça ou coloca em risco o bem jurídico tutelado pelo direito administrativo (princípio da lesividade).

Nesse sentido, uma leitura da Resolução CONAMA 393/2007 à luz da proporcionalidade impõe analisar, em cada caso concreto, se o descarte fora dos padrões seria idôneo o suficiente para ameaçar ou colocar em risco o bem jurídico tutelado pela norma, no caso, a qualidade da água no ambiente marinho, no entorno da plataforma (zona de mistura⁸) e além da zona de mistura.

O agente sancionador, em seu atuar, não pode se pautar única e exclusivamente por uma atividade mecanicista ou meramente causal, pois se assim proceder, estará atuando no campo da desproporção, da ausência de justiça, bem assim a colocar em dúvida a legitimidade da própria sanção concretamente aplicada.

1.2. O artigo 5º da Resolução CONAMA nº 393/07 e sua finalidade: propiciar gestão participativa

Conforme a doutrina mais categorizada, o direito ambiental “tem a tarefa de estabelecer normas que indiquem como verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais”⁹.

Em outras palavras, “a política ambiental não se deve erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material.”¹⁰

A Lei 6.938/81, notadamente em seus artigos 2º, incisos III, VI e VII, 4º, incisos I, III, IV e V e 5º, reafirma os conceitos supra e destaca que a gestão ambiental deverá ocorrer de modo participativo, ou seja, onde a Administração Pública é uma das partes interessadas em que sejam criados critérios e padrões de qualidade ambiental, devendo incentivar a pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional dos recursos ambientais.

Nesse contexto, ou seja, conforme o sistema de gestão ambiental participativa preconizado pela Política Nacional do Meio Ambiente, a Administração Pública reconheceu que o teor de óleos e graxas da água produzida em plataformas de petróleo é matéria de alta complexidade técnica, a merecer regulamentação específica, que surgiu a partir da publicação, em 09/08/07, da Resolução CONAMA 393/07.

Pela leitura dos “Considerandos” da Resolução CONAMA 393/07, nota-se que o princípio constitucional ali tutelado é inequivocamente o **desenvolvimento (sustentável)**, já que é feita alusão tanto à proteção da matriz energética brasileira relativa ao petróleo, ao gás e ao seu crescimento, como à saúde e bem-estar humano, bem como ao equilíbrio ecológico aquático.

Contudo, em razão da inexistência de estudos técnicos baseados na realidade brasileira, a Resolução CONAMA 393/07 adotou os limites representados pela média mensal e valor máximo diário de teor de óleos e graxas praticados pela legislação dos Estados Unidos da América do Norte – EUA, no Golfo do México, onde há cerca de 5.000 plataformas, das quais aproximadamente 1.300 descartam água produzida e não há aplicação de multa nos casos de ultrapassagem.

Ademais, é preciso ter em mente que o volume/massa/vazão de água de produção descartado nessa região tida como paradigma (EUA, Golfo do México) é aproximadamente 100 (cem) vezes maior que aquele lançado pelas plataformas em operação na costa brasileira, e que, ainda assim naquele país, não há aplicação de multa pelo descarte acima dos limites.

Fica claro que o sentido do artigo 5º da Resolução CONAMA 393/07, quando passado pelo filtro do princípio constitucional que visa a tutelar (desenvolvimento sustentável), traz a conclusão que é justamente propiciar aos empreendedores a oportunidade de mostrar ao IBAMA o que precisa ser revisado e quais outras variáveis precisam ser consideradas, tal qual ocorre no direito comparado. Tanto assim, que seu parágrafo primeiro prevê a apresentação de propostas de metas em um ano, mormente sabendo que na época da edição da norma não se tinham dados de plataformas nacionais.

1.3. Os limites fixados no artigo 5º da Resolução CONAMA n.º 393/07

A evolução normativa que culminou com a edição da citada Resolução CONAMA n. 393/07 é sumariada a seguir e levou em consideração a normatização em outras regiões produtoras de petróleo.

A Lei n. 9.966, de 28/04/2000, que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, determina, em seu artigo 17, que:

é proibida a descarga de óleo, misturas oleosas e lixo em águas sob jurisdição nacional,

exceto nas situações permitidas pela Marpol 73/78, e não estando o navio, plataforma ou similar dentro dos limites de área ecologicamente sensível, e os procedimentos para descarga sejam devidamente aprovados pelo órgão ambiental competente.

Em seu §1º estabelece, ainda, que “no descarte contínuo de água de processo ou de produção em plataformas aplica-se a regulamentação ambiental específica”.

Posteriormente, o CONAMA editou a Resolução CONAMA nº 357, publicada no DOU de 17/03/2005 e retificada em 09/05/2005, que, em seu artigo 43, § 4.º, previa a regra de que

o descarte contínuo de água de processo ou de produção em plataformas marítimas de petróleo será objeto de resolução específica, a ser publicada no prazo máximo de um ano, a contar da data de publicação desta Resolução, ressalvado o padrão de lançamento de óleos e graxas a ser o definido nos termos do art. 34, desta Resolução, até a edição de resolução específica

Em 09/08/2007 foi publicada a Resolução CONAMA n.º 393/07, que veio a ser retificada em 15/08/2007 e que dispõe sobre o descarte contínuo de água de processo ou de produção em plataformas marítimas de petróleo e gás natural.

Reitere-se que a Resolução CONAMA n.º 393/07, em seu artigo 5º, parágrafos segundo e terceiro, estabeleceu uma diferenciação que pode ser resumida da seguinte forma: a superação do limite diário deverá ser comunicada ao órgão ambiental; a superação do limite mensal, além de dever ser comunicada ao órgão ambiental, deverá ser objeto de relatório e tratada como não-conformidade.

Fácil perceber, portanto, lendo-se a Resolução a partir da proporcionalidade e com vistas a preservar o bem jurídico tutelado (desenvolvimento sustentável), que a superação do limite máximo diário não caracteriza não-conformidade e, quicá, infração punível pela legislação ambiental.

Quanto a isso, vale lembrar que, consoante doutrina Carlos Maximiliano, não se presumem, na lei, palavras inúteis. Convém a transcrição da lição desse eminente professor de hermenêutica:

Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia. As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis. Pode uma palavra ter mais de um sentido a ser apurado o adaptável à espécie, por meio do exame do contexto ou por outro processo; porém a verdade é que sempre se deve atribuir a cada uma a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positiva.¹¹

O órgão ambiental federal, ao lavrar o auto de infração em casos de descarte acima da média diária, tem se preocupado de modo precipuo não com a correta utilização da informação que lhe foi prestada pelas Companhias de Óleo e Gás, para contribuir com a coleta de dados necessária à formação de um banco de informações, cuja análise irá propiciar a criação e revisão de padrões de qualidade ambiental, mas, em vez disso, tem se adiantado apressadamente para multar de modo impertinente e desfocado, sem se valer da razoabilidade e do devido processo legal¹².

Sabendo-se que a Resolução CONAMA n.º 393/07, em seu artigo 5º, §§2º e 3º, considera não-conformidade apenas a ultrapassagem do limite médio mensal de concentração de óleos e graxas na água descartada, não reputando como não-conformidade a eventual ultrapassagem do limite diário, verifica-se a necessidade de que se considerem as características específicas do processo de produção, determinando que sejam consideradas as médias mensais e não os registros instantâneos de amostras, para efeito de verificação de conformidade com a norma relativa à concentração de óleos e graxas.

A imposição das autuações administrativas de maneira mecanicista não contribui para a busca de solução no processo de produção. Pelo contrário, induz a insegurança jurídica e contribui para internalização dos custos decorrentes dessa ausência de razoabilidade, transferindo ao consumidor e a toda cadeia produtiva, a repartição desses custos.

2. A PROPORCIONALIDADE E O CONFLITO DE PRINCÍPIOS

2.1. Postulado aplicativo normativo da proporcionalidade

O desenvolvimento teórico da diferenciação entre princípios e regras, bem como a dissertação das diferentes posições doutrinárias, demandaria um estudo próprio. O objeto do presente estudo não é a teoria dos princípios. Tampouco se pretende um artigo acerca do princípio ou postulado aplicativo normativo da proporcionalidade.

Importa-nos apenas a premissa teórica de que existe diferença entre norma-regra e norma-princípio. E que os princípios possuem conflitos aparentes entre si. Exemplo de conflito aparente, aplicável ao presente estudo, é aquele existente entre o princípio da livre iniciativa e do desenvolvimento, em confronto com o princípio da máxima proteção ambiental e do desenvolvimento sustentável.

A solução desse aparente conflito se dá pela aplicação do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade. Nas palavras do professor Humberto Ávila, em seu consagrado livro *Teoria dos Princípios*,

4.7 Os postulados normativos são normas imediatamente metódicas, que estrutura, a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios.

[...]

4.11 O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.¹³

Sendo assim, os princípios sumariados a seguir (Máxima Proteção ao Meio Ambiente, Livre Iniciativa, Desenvolvimento Sustentável, Não Autoincriminação e Lesividade) apresentam diversos fins e valores constitucionalmente fundamentados, sendo que a compatibilização entre todos se dará pela aplicação do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade. Será também com base neste mesmo vetor que se

propõe uma releitura da Resolução CONAMA nº 393/2007.

2.2. O Princípio da máxima proteção ao meio ambiente

A Constituição Federal estatuiu a proteção ao meio ambiente como direito fundamental de todos e fixou a obrigação de proteção para a presente e futuras gerações:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O princípio da máxima proteção ao meio ambiente, portanto, como decorrência dessa norma, impõe o estabelecimento de padrões de conduta que visem à satisfação do valor consagrado constitucionalmente.

Esse princípio possui a árdua tarefa de, simultaneamente, permitir a inserção de técnicas processuais que instrumentalizem a proteção jurisdicional do meio ambiente, sem que se abra mão de condições de validade do processo, a fim de conquistar a devida efetividade processual.

O papel do Princípio da Máxima Proteção Jurisdicional do Meio Ambiente é o de constituir um padrão cultural jurídico a regulamentar o início, o desenvolvimento e a efetivação da tutela jurisdicional em temas que envolvem a proteção ambiental.

Assim, o princípio em tela, cumpre função semelhante ao do Devido Processo Legal, nas vezes em que este se permite protagonizar o papel de fonte do direito processual no Brasil. Contudo, restringe-se a Máxima Proteção Jurisdicional às denominadas demandas ambientais, a ponto de não alcançar a amplitude genérica do devido processo legal.¹⁴

A máxima proteção ambiental sofrerá limitações e restrições sempre que estiver em conflito com outro princípio constitucionalmente garantido, a fim de evitar a invalidação de outra norma de igual relevância. Como dito, o postulado aplicativo da proporcionalidade é o instrumento para a adequada ponderação entre princípios supostamente em conflito.

2.3. O Princípio da Livre Iniciativa

O princípio da livre iniciativa aparece no texto constitucional em diversas oportunidades. Primeiro, a livre iniciativa é alçada a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF/88).

Depois, como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XIII, que dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Por fim, ao tratar dos princípios fundamentais da ordem econômica, assim restou estatuído no artigo 170 da Constituição:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

A livre iniciativa deve ser protegida e estimulada. A atividade de produção e exploração de petróleo é essencial e estratégica ao desenvolvimento nacional, a qual, também em respeito ao princípio da livre iniciativa, deve ser resguardada.

Portanto, a aplicação de restrições e sanções que limitem ou inviabilizem a livre iniciativa, devem se pautar em outros princípios constitucionalmente garantidos, sempre tendo como parâmetro o postulado da proporcionalidade.

2.4. O Princípio do Desenvolvimento Sustentável

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, da qual o Brasil é signatário, dispõe, em seu parágrafo primeiro, que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

O artigo 3º da Constituição Federal estabelece que o desenvolvimento nacional é objetivo fun-

damental da nação, ao lado de outros de igual relevância, como construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Portanto, a lógica existencial das nações é a promoção do desenvolvimento de sua população, gerando riquezas e bem estar social. Como dito, o desenvolvimento é um dos fundamentos da República.

Percebe-se também que “as principais declarações internacionais sobre meio ambiente, sempre levam em consideração a necessidade de desenvolvimento econômico, que deverá ser realizado de forma sustentável.”¹⁵

A sustentabilidade desse direito ao desenvolvimento, enquanto princípio de direito ambiental, está previsto no inciso VI, do artigo 170 da Constituição Federal, que condiciona o exercício da livre iniciativa à defesa do meio ambiente:

art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Desse modo, nos ensinamentos do professor Paulo de Bessa Antunes, é indiscutível que “o direito ao desenvolvimento é um dos mais importantes dos direitos humanos e que ele não é contraditório com o direito ao meio ambiente saudável. Muito ao contrário, são direitos complementares e indissociáveis.”¹⁶

Já nas palavras de Édis Milaré, “a propriedade privada, base da ordem econômica constitucional, deixa de cumprir sua função social – elementar para sua garantia constitucional – quando se insurge contra o meio ambiente.”¹⁷

A atividade de exploração e produção de petróleo e gás é indispensável ao desenvolvimento de uma nação e, como atividade econômica, deve se guiar tanto pelos princípios da livre iniciativa,

quanto por aquele do desenvolvimento sustentável.

2.5. O Princípio da Não Autoincriminação

Os parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º, da Resolução CONAMA 393/2007 impõem ao administrado que apresente comunicação de não conformidade caso a média mensal ou diária prevista seja excedida:

Art. 5º O descarte de água produzida deverá obedecer a concentração média aritmética simples mensal de óleos e graxas de até 29 mg/L, com valor máximo diário de 42 mg/L.

§ 1º A indústria petrolífera deverá apresentar ao Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, no prazo de um ano, proposta de metas de redução do teor de óleos e graxas no descarte de água produzida.

§ 2º Caso a média mensal prevista no caput deste artigo seja excedida, o órgão ambiental licenciador deverá ser comunicado imediatamente após a constatação, devendo ser apresentado um relatório identificando a não conformidade em até 30 dias.

§ 3º Sempre que for constatado que o valor Máximo diário determinado no caput do artigo foi excedido, deverá haver comunicação imediata ao órgão ambiental.

Por sua vez, o artigo 15 da referida resolução estabelece que o não cumprimento do disposto nesta Resolução sujeitará os infratores às sanções previstas pela legislação vigente. O Administrado está a cumprir a resolução quando envia o relatório mensal com não-conformidades, bem assim quando comunica o desenquadramento mensal. Ao fazê-lo, não pode a Administração punir com mais rigor do que com aqueles que não noticiam descartes que jamais o órgão ambiental tomará conhecimento.

Contudo, base nestes dispositivos e nos demais artigos da lei 9.605/98, o IBAMA tem aplicado multas após ser comunicado da ultrapassagem de concentração máxima de teor de óleos e graxas por determinada empresa. Multa-se quem cumpre a resolução e comunica o órgão ambiental a não-conformidade eventual. De outra banda, aqueles que eventualmente quedarem-se

inertes, jamais serão punidos.

Nesse atuar, o órgão ambiental fere não só a finalidade da própria norma, como adiante se verá, mas também o princípio constitucional da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

O referido princípio se baseia no instinto natural de auto preservação e garante ao indivíduo proteção contra a fraude, a coação, física ou moral, pressões, artificialismos, etc..

Este princípio pode ser traduzido na máxima de que ninguém é obrigado a se auto-incriminar ou produzir prova contra si mesmo. Logo, nenhum indivíduo pode ser compelido, ainda que por leis ou dispositivos normativos, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação, declaração, dado, objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente.

A garantia de não declarar contra si mesmo tem sentido amplo e deve ser interpretada como qualquer tipo de manifestação, seja oral, documental, material, etc.. Diante deste princípio, qualquer prova obtida mediante sua violação torna-se ilícita à luz do Direito Pátrio.

O Supremo Tribunal Federal já possui jurisprudência consolidada em prestígio ao princípio *nemo tenetur se detegere*.¹⁸

Tem-se igualmente o precedente do Superior Tribunal de Justiça, que consignou que “ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras.”¹⁹

O referido princípio constitucional encontra fundamento normativo no artigo 5º, LXIII, da Constituição, segundo o qual “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

Também se verifica a presença do princípio na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, item 2, “g”), assim como no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, da Organização das Nações Unidas (ONU).

Ainda há previsão expressa no Código de Processo Penal, em seu artigo 186 e parágrafo único:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Nesse sentido, não desconhecendo a autonomia de instâncias entre o direito penal e administrativo, a comunicação do teor de óleos e graxas imposta pela Resolução 393/2007 não pode ser utilizada, por si só, como prova e único fundamento de eventual condenação criminal, assim como os artigos da Resolução 393/2007 que impõem a apresentação dos teores de óleos e graxas, não podem servir de base para caracterização de ilícito administrativo ambiental.

A utilização conferida pelo IBAMA ao documento fornecido pelas empresas em espírito colaborativo, como único elemento de prova da suposta infração, revela-se ilícita e inconstitucional, pois viola o referido princípio, aplicável em seara de direito sancionatório, ainda que administrativo.

A vedação à autoincriminação vige em todas as fases do processo e em todos os procedimentos, até nos investigatórios e, principalmente, nos processos apuratórios e instaurados para impor sanções.

Deve-se mencionar, também, que prevalece em todas as esferas, seja ela penal, trabalhista, cível, administrativa, sendo importante ponderar que, se a garantia citada não tivesse essa extensão, sua importância seria mínima, inócua, como também seria insensato imaginar que alguém pudesse invocar a garantia perante um juízo e continuasse obrigado a se incriminar perante outro.

2.6. Do Princípio da Lesividade no Direito Ambiental (artigo 225, §3º, CF/88)

O princípio da lesividade revela a necessidade de efetiva ofensa a determinado bem jurídico rele-

vante para a caracterização da conduta passível de sanção, seja ela penal ou administrativa, conforme defenderemos no presente artigo.

O referido princípio de índole penal se aplica ao direito ambiental sancionador por força do disposto no artigo 225, §3º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

De acordo com a norma constitucional, portanto, somente as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas.

Conforme se aprende nas regras de hermenêutica, a lei não possui palavras inúteis. Sabendo-se dessa premissa básica de interpretação, vê-se a consagração na norma fundamental brasileira do princípio da lesividade, aplicável ao direito ambiental sancionador.

Os princípios e regras constitucionais são hierarquicamente superiores e devem funcionar como vetores de interpretação e adequação da legislação infraconstitucional. Sendo assim, o lançamento de água de produção somente seria passível de punição quando causasse lesão ao bem jurídico tutelado, no caso específico, a qualidade da água além da zona de mistura.

Não havendo a lesão ao meio ambiente, por força do disposto no artigo 225, §3º, da Constituição, os agentes não estariam sujeitos à sanção penal ou administrativa.

3. INTERPRETAÇÃO DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 393/07 PELA PROPORCIONALIDADE E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Com base em tudo que foi desenvolvido acima, para que se possa aplicar a sanção constante do preceito secundário das normas administrativas sancionadoras, deve-se proceder a um juízo preliminar de subsunção, ou seja, a adequação fática da conduta supostamente perpetrada pelo infrator ao fato hipotético descrito nas referidas

normas de cunho administrativo.

Dessa forma, no momento em que o agente sancionador verifica, diante do caso concreto, que a conduta descrita hipoteticamente na norma administrativa sancionadora foi realizada integralmente em todas as circunstâncias e elementos, é possível afirmar que houve a realização de uma conduta típica prevista na norma. Tal se chama tipicidade.

No entanto, além de proceder a verificação da ocorrência da tipicidade, ou seja, a subsunção do fato a norma, o agente sancionador deve verificar se a conduta ora analisada causa ameaça ou coloca em risco o bem jurídico tutelado pelo direito administrativo ambiental (art. 225, §3º, CF/88).

Quando se trata de sancionar o suposto poluidor, não basta a mera verificação da tipicidade. A Constituição e a aplicação do postulado da proporcionalidade impõem a análise da lesividade da conduta²⁰.

Conforme visto acima, o princípio da lesividade revela a necessidade de efetiva ofensa a determinado bem jurídico relevante, e que será, no caso do presente estudo, imediatamente a qualidade da água no entorno das plataformas e, mediatamente, o ambiente equilibrado (desenvolvimento sustentável).

Apesar de ser possível extraí-lo da interpretação do artigo 225, §3º, da Constituição Federal, tal princípio (lesividade) é típico do direito penal, que no artigo 13 do Código Penal estabelece inequivocamente que o resultado é essencial à existência do crime.

Muito embora dogmaticamente existam diferenças entre direito penal e direito administrativo sancionador, nos ensinamentos dos professores Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Flávio Amaral Garcia, é possível aplicar e transpor princípios entre ambos:

Desde os três últimos decênios do século XX, na doutrina e na jurisprudência europeias, e, mais recentemente, nas que foram desenvolvidas no âmbito comunitário, tem-se difundido o esclarecido entendimento de que as *sanções administrativas*, tradicionalmente entendidas como circunscritas ao campo de

atividade administrativa de *polícia*, são, em verdade, uma manifestação específica de um *ius puniendi genérico do Estado*, destinado à tutela de quaisquer valores relevantes da sociedade, transcendendo o âmbito da *função de polícia* para se estender às demais funções administrativas, incluindo as *regulatórias*, próprias do *ordenamento econômico* e do *ordenamento social*.

Deste modo, tornou-se necessário dispensar um *tratamento integrado* à matéria, inclusive reconhecendo a aplicabilidade limitada de certos *princípios da penologia criminal*, no exercício de todas demais funções punitivas do Estado, tal como pioneiramente foi proposto pelo jurista espanhol ALEJANDRO NIETO GARCÍA, em sua obra *Derecho Administrativo Sancionador*, originalmente publicada em 1993.²¹

Como exemplo dessa convergência, têm-se as normas que regem as sanções da lei de improbidade administrativa, que preveem a necessidade de lesão para configuração dos ilícitos regulados pela referida legislação específica, entendimento também adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em alguns dos seus julgados.²²

Nesse sentido, naquilo que importa ao objeto da análise, faz-se necessário examinar se o descarte de água de produção acima do limite diário em determinado dia do mês, tendo sido mantido o limite médio mensal previsto na legislação, sem alterar a qualidade da água, seria idôneo o suficiente para ameaçar ou colocar em risco o bem jurídico tutelado pela norma administrativa.

Conforme já referido, o agente sancionador, em seu atuar, não pode se pautar única e exclusivamente através de uma atividade mecanicista ou meramente causal, a pretender apenas verificar se a conduta descrita hipoteticamente na norma regulamentar, que em última análise implicará em medida sancionadora, foi realizada ou não pelo pretense infrator, pois se assim proceder, estará atuando no campo da desproporção, da ausência de justiça, bem assim a colocar em dúvida a legitimidade da própria sanção concretamente aplicada.

Além disso, o *Princípio da Não Autoincriminação* não permite que a empresa produtora seja atuada com base apenas na comunicação que

envia ao órgão ambiental noticiando o resultado da amostra diária da água produzida, comunicação enviada em estrito cumprimento de norma regulamentar.

Somente com base em um parecer técnico fundamentado, que ateste que o descarte diário alterou a qualidade, padrões e condições da água além da zona de mistura, é possível aplicar a sanção administrativa.

Contudo, a prática tem se mostrado diversa. O órgão ambiental federal não comparece ao local da pretensa infração, não elabora parecer técnico e lavra autos de infração apenas e tão somente com base na informação prestada pela empresa acerca dos resultados obtidos pela análise por ela realizada em obediência à Resolução CONAMA nº 393/2007.

Entende-se que a Resolução CONAMA nº 393/97 permite a compreensão de que o descarte acima do limite diário não configura, por si só, lesão ou ameaça idônea ao bem jurídico tutelado, qual seja, a manutenção do equilíbrio ambiental e a sua preservação para as atuais e futuras gerações (princípio do direito ambiental transgeracional).

Por tais razões, uma vez verificada a ausência de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, igualmente se impõe concluir pela ausência de conduta tendente a ameaçar, causar lesão ou expor a perigo bem jurídico tutelado pelos dispositivos.

Por se tratar de direito punitivo, sancionador, o princípio da lesividade – originário da seara penal -, mostra-se perfeitamente aplicável a partir da interpretação da Resolução CONAMA nº 393/07 pelo postulado aplicativo da proporcionalidade e pelo disposto no artigo 225, §3º, da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário global tem imposto às empresas de exploração e produção de petróleo um especial cuidado com o desenvolvimento sustentável de sua produção, o que resulta na internalização de custos e na adoção de processos produtivos com instrumentos tecnológicos que possibilitem a diminuição dos riscos de poluição.

No processo de exploração e produção de petróleo, paralelamente à extração do óleo e gás, resulta da atividade a geração de efluentes e também da chamada “água de produção” ou “água produzida”.

O controle pelo órgão ambiental brasileiro do descarte dessa água produzida tem se mostrado bastante sensível na atividade diária da indústria do petróleo no âmbito nacional, o que impõe ao intérprete da norma restritiva de direitos uma visão à luz do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade.

As empresas produtoras de petróleo têm recebido do órgão ambiental federal (IBAMA) sanções administrativas pelo descarte eventual de água produzida acima dos padrões, sem que para isso o IBAMA demonstre o efetivo prejuízo suportado pelo meio ambiente, valendo-se como motivação para a autuação das informações prestadas pelas próprias empresas produtoras.

Tal conclusão é possível a partir do já referenciado Relatório de Auditoria RA nº 014.401/2015-0, do Tribunal de Contas da União, que consignou que “ não há aparentemente uma dosimetria baseada em critérios objetivos e/ou proporcional ao dano ambiental apurado em laudo técnico ou de constatação robustos.”²³

A insegurança jurídica gerada por essa atuação dos órgãos ambientais inevitavelmente comprometerá os investimentos e o desenvolvimento econômico, daí porque se impõe uma leitura da norma a partir dos princípios constitucionais correlatos, especialmente a partir de uma análise econômica do Direito.

Portanto, mostra-se necessária, senão imprescindível, uma leitura da Resolução CONAMA nº 393/2007 a partir do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade, a fim de permitir a realização dos primados da justiça.

E mais, por força de expressa disposição constitucional, o agente sancionador deve verificar se a conduta ora analisada causa ameaça ou coloca em risco o bem jurídico tutelado pelo direito administrativo ambiental (art. 225, §3º, CF/88).

No controle da atividade de exploração e produção de petróleo incidirão, entre outros, os

princípios da Máxima Proteção ao Meio Ambiente, da Livre Iniciativa, do Desenvolvimento Sustentável, da Não Autoincriminação e da Lesividade, que apresentam fins diversos, todos constitucionalmente garantidos, sendo que a compatibilização entre eles se dará pela aplicação do postulado aplicativo normativo da proporcionalidade.

Será também com base neste mesmo postulado que se propõe uma releitura da Resolução CONAMA nº 393/2007, a exigir do órgão ambiental, para a lavratura do auto de infração, a elaboração de parecer técnico que indique que o descarte de água de produção acima do limite diário acarretou alterações na qualidade da água além da zona de mistura. Sem tal parecer e demonstração da lesividade, nula será a atuação administrativa lavrada pelo órgão ambiental.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano Ambiental: Uma abordagem conceitual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. *Direito Ambiental*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. *Política Nacional do Meio Ambiente PNMA* (Comentários à Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 22 de setembro de 2015.
- DERANI, Cristiani. *Direito Ambiental Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACHADO, Paulo Affonso de Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em Foco*. Doutrina, jurisprudência, glossário. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flavio Amaral. *A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-DIOGO-FIGUEIREDO-FLAVIO-GARCIA.pdf>>. Acesso em: 20 de outubro de 2015.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PAULA, Jônatas L Moreira de. *Fundamentos para o Princípio da Máxima Proteção Jurisdicional do Meio Ambiente*. Revista Campo Jurídico, vol. 1, nº 2, outubro de 2013. Disponível na internet: <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/issue/view/3>>. Acesso em: 21 de outubro de 2015.

Referências

- 1 Artigo 2º, inciso I, da Resolução CONAMA nº 393/2007.
- 2 “Considerando as **particularidades e limitações técnicas e tecnológicas** de que se revestem a produção de petróleo e gás natural em plataformas e o tratamento de seus efluentes, resolve:” (Resolução CONAMA nº 393/2007)
- 3 Art. 2º Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
I - ÁGUA DE PROCESSO OU DE PRODUÇÃO OU ÁGUA PRODUZIDA: é a água normalmente produzida junto com o petróleo, doravante denominada “água produzida”;
II - ÁREA ECOLOGICAMENTE SENSÍVEL: regiões das águas marítimas ou interiores, definidas por ato do Poder Público, onde a prevenção, o controle da poluição e a manutenção do equilíbrio ecológico exigem medidas especiais para a proteção e a preservação do meio ambiente;
III - CONDIÇÕES DE DESCARTE: condições e padrões de lançamento da água produzida no mar;
IV - DESCARTE CONTÍNUO: lançamento no mar da água produzida durante um processo ou uma atividade desenvolvida, de maneira permanente ou intermitente;
V - ENSAIOS ECOTOXICOLÓGICOS: ensaios realizados para determinar o efeito deletério de agentes físicos ou químicos sobre diversos organismos aquáticos;
VI - MONITORAMENTO: medição ou verificação periódica de parâmetros de qualidade da água produzida, visando o acompanhamento da qualidade da água no corpo receptor;
VII - PADRÃO DE EMISSÃO: valor limite adotado como requisito normativo de um parâmetro de qualidade da água produzida descartada nas plataformas;
VIII - PLATAFORMA: instalação ou estrutura, fixa ou móvel, localizada em águas sob jurisdição nacional, destinada à atividade direta ou indiretamente relacionada com a pesquisa e a lavra de recursos minerais oriundos do leito das águas interiores ou de sua subsuperfície, ou do mar, da plataforma continental ou de seu subsolo; e
IX - ZONA DE MISTURA: região do corpo receptor onde ocorre a diluição inicial do efluente. (BRASIL, RESOLUÇÃO CONAMA nº 393, de 8 de agosto de 2007. Publicada no DOU nº 153, de 9 de agosto de 2007, Seção 1, páginas 72-73)
- 4 Art. 5º O descarte de água produzida deverá obedecer à concentração média aritmética simples mensal de óleos e graxas de até 29 mg/L, com valor máximo diário de 42 mg/L.
§ 1º A indústria petrolífera deverá apresentar ao Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA, no prazo de um ano, proposta de metas de redução do teor de óleos e graxas no descarte de água produzida.
§ 2º Caso a média mensal prevista no caput deste artigo seja excedida, o órgão ambiental licenciador deverá ser comunicado imediatamente após a constatação, devendo ser apresentado um relatório identificando a não conformidade em até 30 dias.
§ 3º Sempre que for constatado que o valor máximo diário determinado no caput do artigo foi excedido, deverá haver comunicação imediata ao órgão ambiental. (BRASIL, RESOLUÇÃO CONAMA nº 393, de 8 de agosto de 2007. Publicada no DOU nº 153, de 9 de agosto de 2007, Seção 1, páginas 72-73)
- 5 Conforme apurado no Relatório de Auditoria TC RA 014.401/2015-0, do Tribunal de Contas da União, que analisou as multas aplicadas pelo IBAMA no exercício de 2012, verificou-se que “nos dados levantados para aquele exercício de 2012, a Petrobras, juntamente com a Transpetro e Petrobras Distribuidora, possuía 21 (vinte e um) autos de infração, no valor total de R\$ 14.074.000,00. Contudo, por motivo de conveniência e oportunidade, e visando justificar a realização da presente fiscalização, o escopo temporal foi ampliado, passando a abarcar também os exercícios de 2013 e 2014, perfazendo a materialidade total de autos de infração no valor de R\$ 31.837.000,00, conforme indicado no item II.6 deste relatório, abaixo.” (TCU – RA 01440120150, Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO, Data de Julgamento: 05/07/2017, Plenário)
- 6 Ver nota de rodapé nº 3 *supra*
- 7 Art. 7º O órgão ambiental competente poderá autorizar o descarte de água produzida acima das condições e padrões estabelecidos nesta Resolução em condições de contingências operacionais temporárias, mediante aprovação de programa e cronograma elaborados pelo empreendedor para solução destas condições. (BRASIL, RESOLUÇÃO CONAMA nº 393, de 8 de agosto de 2007. Publicada no DOU nº 153, de 9 de agosto de 2007, Seção 1, páginas 72-73)
- 8 “Região do corpo receptor onde ocorre a diluição inicial do efluente.” – Art. 2º, IX, Res. CONAMA nº 393/07.
- 9 MACHADO, Paulo Affonso de Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 47.
- 10 DERANI, Cristiani. **Direito Ambiental Econômico**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.74.
- 11 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 250.
- 12 O Relatório de Auditoria do TCU RA nº 041.401/2015-0 chega a relevantes conclusões ao comparar o acervo de multas por descarte de óleos e graxas: “54. Conforme se pode observar no Anexo 3, não há aparentemente uma dosimetria baseada em critérios objetivos e/ou proporcional ao dano ambiental apurado em laudo técnico ou de constatação robustos. 55. Percebe-se, no citado anexo, que para um mesmo tipo de infração há multas distintas e vice-versa.”
Nas recomendações daquele órgão, constata-se que “as unidades de produção da Petrobras tem sido multadas diretamente com base apenas nos relatórios fornecidos, em advertência prévia e sem a comprovação da negligência ou dolo.” (TCU – RA 01440120150, Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO, Data de Julgamento: 05/07/2017, Plenário)
- 13 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 181/182.
- 14 PAULA, Jônatas L Moreira de. **Fundamentos**

para o Princípio da Máxima Proteção Jurisdicional do Meio Ambiente. Revista Campo Jurídico, vol. 1, nº 2, outubro de 2013, p. 6.

15 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 24.

16 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente PNMA** (Comentários à Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 20.

17 MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em Foco**. Doutrina, jurisprudência, glossário. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

18 HC 79812, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2000, DJ 16-02-2001 PP-00021 EMENT VOL-02019-01 PP-00196 (sem grifos no original)

19 REsp 1208583/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012 (sem grifos no original)

20 “A proporcionalidade/razoabilidade é um princípio que introduz em qualquer ramo do Direito uma premissa de justiça, posto que é nele que devem ser encontradas as balizas e os métodos equânimes e uniformizantes, destinados justamente a evitar distorções, excessos e incongruências na aplicação das normas, em especial naquelas afetas ao Direito Administrativo Sancionador. É dever do aplicador da sanção (Estado Juiz ou Estado Administração) verificar a natureza da conduta praticada e o seu grau de reprovabilidade à luz dos princípios que informam a atuação daqueles que se relacionam com a Administração Pública ou que manejam recursos públicos.” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira e GARCIA, Flavio Amaral. **A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. p. 09)

21 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira e GARCIA, Flavio Amaral. *A Principiologia no Direito Administrativo Sancionador*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. p. 03.

22 EREsp 260.821/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/11/2005, DJ 13/02/2006, p. 654.

23 (TCU – RA 01440120150, Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO, Data de Julgamento: 05/07/2017, Plenário)

O LICENCIAMENTO AMBIENTAL DA INDÚSTRIA PETROLÍFERA

THE ENVIRONMENTAL LICENSING OF OIL INDUSTRY



Flavia Da Costa Limmer | flaviaclimmer@gmail.com

Professora da Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutora pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestrado e Graduação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bolsista Doutorado II do PRH 33 ANP UERJ.

Resumo

A escolha civilizatória dos dois últimos governos federais no Brasil claramente confiou na aposta de crescimento constante do setor de petróleo e gás. A exploração de petróleo no Brasil possui uma particularidade: 90% de suas reservas são bacias offshore, ou seja, localizadas em mar. Tal dado certamente influencia as questões e decisões ambientais do setor. O presente artigo visa analisar a legislação ambiental sobre a atividade petrolífera, com foco no licenciamento ambiental. Para tal serão brevemente abordados os impactos ambientais gerados pela indústria do petróleo, as normas específicas sobre impactos gerados pela indústria de hidrocarbonetos no ecossistema, as regras gerais sobre licenciamento ambiental e o licenciamento Ambiental de Hidrocarbonetos.

Palavras-chave

direito ambiental; impactos ambientais; hidrocarbonetos no ecossistema; licenciamento ambiental; licenciamento ambiental de hidrocarbonetos

Abstract

The civilization choice of the last two federal governments in Brazil clearly trusted in the wager constant growing of oil and gas sector. The oil exploration in Brazil has a peculiarity: 90% of their reserves are offshore bays, that is to say, localized in sea. Such data certainly have influence in the environmental questions and decisions of the sector. The present objects of article its main aim analyze the environmental legislation over the oil industry activity, with focus on environmental licensing. For that, will be shortly approached the environmental impacts generated by oil industry, the specific norms about impacts generated hydrocarbon industry in ecosystem, the general rules about environmental licensing and the Hydrocarbon Environmental licensing.

Keywords

environmental law; environmental impacts; hydrocarbon in ecosystem; environmental licensing; hydrocarbon environmental licensing.

Introdução

Mesmo com iniciativas de ampliação de uso de energias renováveis a dependência do Brasil por combustíveis derivados de petróleo e gás natural é notória. O petróleo correspondia a 39,4% da demanda energética do país no ano de 2012, e o gás natural representou 11,5% do consumo. Mundialmente, no mesmo ano, o petróleo respondeu por 32% e o gás natural por 21% da demanda de energia¹. Mesmo com as pressões do abandono dos combustíveis fósseis, geradores de gases do efeito estufa, o padrão energético baseado em petróleo parece ter ainda uma vida longa.

A escolha civilizatória dos dois últimos governos federais no Brasil claramente confiou nessa aposta. Segundo a Petrobras, as reservas provadas no país em 2012 chegaram a 15.729 bilhões de barris, um crescimento de 96% em relação a 2011, o que claramente demonstra a meta governamental de localizar novas jazidas para a produção. O crescimento em pesquisa é notável: em 1991 as reservas provadas equivaliam a 4,8 bilhões de barris; já em 2011 o país contava com 15,1 bilhões de barris provados, um crescimento de 214,6% em vinte anos². Caso as reservas da camada pré-sal correspondam às expectativas da ANP o Brasil passará a ser o quinto maior detentor mundial, atrás apenas da Venezuela, Arábia Saudita, Canadá, Irã e Iraque.

O Brasil atualmente configura o 13º maior produtor de petróleo mundial, representando 2,7% da produção de hidrocarbonetos com geração de 2,14 milhões de barris de petróleo por dia³. Estamos próximos da auto-suficiência. Consumimos 3% do petróleo mundial, o equivalente a 2,80 milhões de barris por dia⁴.

O Rio de Janeiro é o estado-membro com maior produção de petróleo, representando 80,7% da reserva nacional (equivalente a 12.143 milhões de barris provados), com 568 milhões de barris⁵ gerados em 2011. A exploração de petróleo no Brasil possui uma particularidade: 90% de suas reservas são bacias *offshore*, ou seja, localizadas em mar. Tal dado certamente influencia as questões e decisões ambientais do setor, como passará a ser abordado.

1. Impactos ambientais da indústria do petróleo

Dada a sua importância como *commodity* onde há petróleo, há interesse em investir em exploração e produção, mesmo que isso gere impactos ambientais consideráveis e uma acelerada degradação ambiental

Há um consenso intuitivo sobre os impactos ambientais gerados pela indústria do petróleo. A percepção se concentra geralmente nos vazamentos ocorridos em plataformas, navios e terminais, mas outros danos são mais comuns. Cabe ressaltar que muitos não são acidentes, e sim externalidades comuns do processo produtivo do setor⁶. O histórico de vazamentos demonstra a necessidade da adoção dos princípios da prevenção e da precaução, mas a poluição acompanha todos os estágios de produção de óleo e gás.

A indústria do petróleo compreende três fases distintas. A primeira é denominada *upstream*, ou seja, os estudos para a descoberta da potencial jazida de petróleo, confirmação de sua existência, perfuração e instalação da plataforma (a exploração); bem como a retirada dos hidrocarbonetos do solo, colocação em barris e transporte até a refinaria (a produção)⁷. A segunda configura o *midstream*, a fase do refino onde o petróleo bruto será transformado em produtos para consumo final, tais como gasolina, diesel querosene e gás liquefeito de petróleo. Por fim o *downstream* se refere à logística e o transporte dos produtos da refinaria até os locais de consumo, bem como sua distribuição e comercialização.

1.1. Os estudos de sísmica

A fase do *upstream* inicia com os estudos técnicos para a localização ou confirmação de potenciais jazidas de hidrocarbonetos. Um dos principais no campo geológico é o estudo de análise sísmica, que visa fazer uma espécie de ultra-sonografia na rocha que pode armazenar o hidrocarboneto. Uma onda é produzida e estimulada a se propagar pela estrutura geológica, sendo refletida por suas diversas camadas. A onda é captada e transformada em imagem. A sísmica pesquisa as estruturas do subsolo, e torna-se possível prever a existência de hidrocarbonetos, bem como as dificuldades na perfuração. Inicialmente eram usados explosivos para produção de

ondas sísmicas, hoje a indústria é forçada a empregar os chamados airguns, similares a pistolas de ar comprimido. Nas áreas marítimas o uso de airguns, o grande tráfego de embarcações e a instalação de cabos sismográficos afastam os cardumes, com reflexos na pesca e gera interferência com rotas de migração e períodos reprodutivos de cetáceos, tais como acasalamento e amamentação. Ainda pode causar a morte de áreas de corais. Os estudos de sísmica duram cerca de quatro meses, e são comuns os conflitos com os pescadores sobre o uso do espaço marinho.

1.2. A perfuração

O petróleo está localizado na rocha geradora, ou rocha reservatório, uma estrutura porosa envolta por uma camada de pedra impermeável. O óleo fica nos vazios da estrutura geológica, sendo o poço de petróleo o túnel de ligação entre a jazida e a superfície. Logo, caso as análises sísmicas apontem alta probabilidade de existência de uma jazida de hidrocarbonetos, inicia-se a perfuração. Esta será no primeiro momento para a coleta de amostras do petróleo e do gás, com duração média de 45 dias por poço. Caso haja confirmação da viabilidade de produção uma nova perfuração será feita, com prazo variável, para a ampliação do poço para a produção.

A sonda de perfuração necessita de uma base. Em perfurações onshore é necessário desmatar a área, geralmente oito mil metros quadrados para sondas de grande porte. Em perfurações *offshore* é construída uma plataforma provisória.

Atualmente são utilizados dois métodos de perfuração. No primeiro, a percussão, uma broca pontiaguda golpeia a rocha em movimentos alternados, gerando o fraturamento e inúmeros detritos. Já no método rotativo a broca gira e pressiona as formações, permitindo a fragmentação. Os resíduos são levados pelo fluido de perfuração até o fundo do poço, e depois são trazidos para a superfície. O fluido ainda lubrifica e resfria a broca. Dois fluidos são utilizados pela indústria hoje: os à base d'água e o à base de óleo. Os segundos são mais vantajosos do ponto de vista técnico, já que causam pouca corrosão na broca, são mais lubrificantes e mantêm a temperatura interna do poço estável. Porém são mais poluentes, sendo formulados com

componentes tais como lignossulfonatos, lignitos, poliacrilatos, tanatos, hidróxido de sódio, hidróxido de potássio, sulfato de bário, hematita, cloreto de sódio e cloreto de potássio. Ao mesmo tempo que o poço vai sendo aprofundado um tubo de aço é instalado: a coluna de revestimento. Suas paredes internas são cimentadas, o que pode gerar contaminação do solo. Com a formação do poço é iniciada a instalação da estrutura final da plataforma de produção.

Em áreas onshore a perfuração causa erosão, desmatamento e contaminação dos lençóis freáticos e aquíferos subterrâneos com os resíduos de fluidos de perfuração e cascalho de rochas. O cascalho gerado pela perfuração é retirado para ser descartado no ecossistema. Ainda estão carregados de fluido de perfuração, e podem conter elementos como metais pesados, graxas, e sais solúveis em alta concentração. Dispersados no meio ambiente os sais acarretam a morte de plantas, já que compete com elas pela absorção de água. A chuva pode ainda carregar os sais solúveis para os lençóis freáticos profundos.

A perfuração *offshore* em si já produz forte impacto, uma vez que gera turbidez e alterações na qualidade da água, contaminação com sedimentos e deposição de cascalho no fundo do mar, com reflexos em áreas de corais e mangues. Os fluidos são tóxicos para a fauna marinha. Novamente são comuns os conflitos pelo uso do espaço marinho.

1.3. A Instalação de plataformas e a produção

Confirmada a viabilidade da jazida para a produção de hidrocarbonetos é instalada a plataforma definitiva. Os equipamentos são fixados: diversas instalações submarinas, Dutos rígidos e/ou flexíveis, *manifolds*⁸, “árvores de natal”⁹, “bop’s”¹⁰, linha de controle e estruturas de ancoragem. São usadas plataformas fixas, semi-flutuantes ou flutuantes de acordo com a distância da linha do mar ao assoalho marinho.

Inicia-se a produção, que perdura em média vinte ou trinta anos de acordo com o volume de hidrocarbonetos na jazida. Os impactos ambientais são constantes. Há poluição sonora, atmosférica e marinha. A toxicidade a que os organismos ficam expostos gera desequilíbrio nos ecossistemas. É comum o descarte de água de

produção e de metais pesados. O grande trânsito de embarcações, algumas vindas do exterior, traz consigo espécies estranhas aos biomas brasileiros.

Na exploração *off shore* a instalação de uma plataforma impede a pesca em um raio de 500m ao seu redor, a chamada área de exclusão de pesca. As rotas pesqueiras também ficam prejudicadas pelo grande trânsito de embarcações de transporte de óleo e de funcionários na região. Os filhos de pescadores acabam sendo atraídos para outros postos de trabalho, gerados direta ou indiretamente, pela indústria petrolífera. A dependência ao setor do petróleo na região aumenta, além de obscurecer práticas sociais e culturais até então mantidas por gerações.

Os impactos sociais não se encerram na pesca. Tomemos como exemplo a Bacia de Campos, responsável por aproximadamente de 81% da produção nacional de óleo e gás. A região vem atraindo inúmeros investimentos e novos moradores. Tal migração aqueceu a economia local e multiplicou diversos setores, tais como construção civil e serviços. Mas tal prosperidade é localizada:

as estruturas econômicas e sociais evidenciam que não houve correspondência entre o visível crescimento econômico e o desenvolvimento nessa região, mostrando que dispor de recursos para investir não é condição suficiente para melhorar a situação da população, como o desenvolvimento de políticas públicas que garantam água potável, saneamento básico e atendimento médico para todos e todas as crianças na escola¹¹.

O grande volume de migrantes aumenta as taxas de crescimento demográfico, mas os municípios do petróleo em regra apresentam um índice de desemprego superior à média nacional. O inchaço das cidades é seguido pela pressão por serviços públicos, tais como saúde, educação, qualificação profissional, saneamento básico, transporte e segurança. Mas a falta de emprego para a população que não possui qualificação específica para a atuação na indústria do petróleo contribui para o aumento da violência.

Embora a geração de empregos seja notável, muitos dos postos de trabalho são informais, e muitos temporários. Os comentários sobre a fatura de emprego nos “municípios do petró-

leo” atraem inúmeros migrantes, mas como a muitos deles possuem baixa qualificação profissional ou nenhuma formação específica para o trabalho nos setores de óleo e gás acabam ocupando subempregos. O aumento da densidade populacional sem o devido planejamento urbano e ampliação da rede de saneamento básico sem dúvida gera impactos ambientais. É notório o aumento da favelização na região, com a conseqüente produção de lixo sem a coleta devida e desmatamento das áreas de preservação permanente. São palpáveis os sinais de exclusão social e alocação desigual de recursos em obras tais como equipamentos públicos e pavimentação.

O elevado número de migrantes também acarreta especulação imobiliária e novas pressões ambientais, com a ocupação desordenada da faixa costeira e deslocamento das populações tradicionais, como pescadores, para áreas distantes do mar. A poluição também é sentida pelo aumento do volume de lixo e esgoto, mesmo em regiões “nobres”.

Concluindo, embora haja inicialmente um aquecimento na economia local com a exploração de jazidas, sabe-se que este será temporário. O esgotamento dos poços acarreta desemprego, diminuição da renda e da arrecadação dos municípios e estados-membros, principalmente quando não há um planejamento.

1.4. Os acidentes e derramamentos

Sem dúvida esta é a faceta da poluição gerada pela indústria do petróleo que mais repercute na mídia, tal como demonstram os incidentes Torrey Caynon (1967)¹², Amoco-Cadiz (1978)¹³, Exxon-Valdez (1989)¹⁴, NT-Norma (2001)¹⁵, Plataforma P-36 da Petrobrás (2001)¹⁶, Deepwater Horizon (2010)¹⁷ e derramamento de óleo pela Chevron na Bacia de Campos (2011)¹⁸.

Os vazamentos são comuns por dois fatores: nas plataformas o fluxo contínuo sob pressão nos oleodutos e equipamentos comumente gera vazamentos e explosões; já o transporte marítimo está sujeito a abalroamentos, ou falhas na conexão dos mangotes na carga e descarga de óleo. Embora a gravidade do derramamento dependa de muitos fatores (tais como a quantidade de petróleo derramado, tipo e peso do óleo, espécies de animais na área, seus ciclos

migratórios e reprodutivos); são sem dúvida os eventos mais danosos em razão da grande periodicidade, do volume e tipo de produtos produzidos e transportados, com efeitos que podem durar décadas. Apenas uma pequena quantidade de óleo pode gerar a mortandade de inúmeras aves: o óleo cobre as suas penas e impede o voo. Destroí a sua impermeabilização natural e isolamento térmico, deixando-os vulneráveis à hipotermia ou superaquecimento. Os peixes também podem morrer por asfixia, já que o óleo impregna suas brânquias, ou suas barbatanas ficam "coladas" pelo óleo, o que impede a migração e alimentação. Mamíferos marinhos também ficam impedidos de manter sua regulação de temperatura corporal. Caso algum animal ingira o óleo, isso pode ocasionar o envenenamento de toda a cadeia alimentar. Espécies que depositam seus ovos em praias, como tartarugas marinhas, sofrem inúmeras perdas de exemplares. Seus ovos podem ser contaminados por óleo e os filhotes não se desenvolvem plenamente. Os filhotes têm ainda dificuldade de se locomover para o mar após os ovos eclodirem.

O ecossistema marinho é frágil e sustenta inúmeras formas de vida, inclusive em terra firme. O óleo adere às pedras e à areia; em mangues e pântanos as espécies vegetais fibrosas e gramosas absorvem o óleo, tornando a área inadequada para a vida animal. As manchas de óleo também impedem a passagem de luz e a troca de gases entre a água e o mar e, conseqüentemente, dificultam a fotossíntese causando a morte dos plânctons.

Fatores ambientais podem influenciar na dificuldade da limpeza clima, velocidade do vento. Quanto mais larga e fina, também maior será a dificuldade de eliminar a mancha, sendo essencial a resposta rápida ao derramamento. Um dos grandes perigos do derramamento de óleo consiste justamente nas técnicas usadas para a eliminação das manchas de óleo, que por vezes também causam impactos ambientais. Dispersantes químicos são utilizados para gerar a fragmentação da mancha, permitindo que gotículas de óleo se misturem à água. Outra possibilidade é o uso de agentes biológicos, através da pulverização de fertilizantes como fósforo e nitrogênio sobre a mancha, com o objetivo de aumentar o crescimento de microorganismos que

dissolvem o petróleo. A questão que não pode ser esquecida é que as tecnologias de despoluição de petróleo no mar são também poluentes. Nem sempre a responsabilidade civil é possível nos casos de derramamento de óleo. É comum o surgimento de manchas órfãs, ou seja, cujo autor do derramamento é desconhecido.

Uma das poluições mais comuns e pouco divulgadas, oriundas do transporte do petróleo no mar, é o uso da água do mar para lavar tanques de navios petroleiros, ou para equilibrar a embarcação enchendo-as quando estão vazias. A água usada e contaminada é devolvida ao mar. No caso de incêndios em plataformas que gera fuligem. A combustão dispersa ainda gases com altos teores de enxofre, que podem causar chuva ácida, além de monóxido de carbono.

1.5. O refino e consumo final

O petróleo bruto é composto por enxofre, nitrogênio, oxigênio e metais em proporções variadas de acordo com a jazida de origem. Em si e no estado bruto teria pouco valor para a indústria além de servir como óleo combustível. O refino é uma etapa essencial já que permite a separação e transformação do óleo em diversos derivados, todos eles com grande aplicação comercial: produtos energéticos, tais como combustíveis e gases; e produtos não-energéticos, por exemplo, parafinas, lubrificantes e petroquímicos. Como os petróleos diferem de acordo com as jazidas de origem diversas técnicas podem ser utilizadas para o refino.

A primeira etapa do refino é a dessalinização, que remove sais corrosivos e metais que podem causar corroer unidades de destilação ou reduzir sua eficiência. Em seguida ocorre a separação, que desmembra o petróleo em frações básicas. O processo é físico, através de modificações de temperatura e/ou pressão. A destilação, etapa seguinte, é o que transforma o petróleo em subprodutos. O petróleo é aquecido em uma temperatura de 400°C, gerando emissões atmosféricas pela queima do petróleo gases como o sulfídrico e vapores de amônia, que geralmente são descarregados por flares. Uma vez resfriados estes se separam nas frações desejadas, o que produz como resíduo poluente as águas ácidas oleosas, contendo amônia e ácido sulfúrico. Por fim a

conversão transforma as frações do petróleo em outros produtos de maior rentabilidade econômica. Para tal a estrutura das moléculas dos hidrocarbonetos é modificada através de processos como craqueamento térmico ou catalítico, hidrotreatamento, alquilação isomerização e polimerização. Novamente são geradas águas ácidas de emissões de gases com odores desagradáveis, muitos deles tóxicos, principalmente óxidos de enxofre, nitrogênio e monóxido de carbono. Liberados no meio ambiente acarretam irritação nos olhos, efeitos no sistema cardiovascular¹⁹, respiratório²⁰, carcinogenicidade²¹, danos ao sistema nervoso central²² e efeitos teratogênicos nos fetos de mulheres grávidas²³. Também ocasionam a corrosão de materiais como pintura e mármore, causando danos ao meio ambiente cultural. As partículas gasosas ainda diminuem a visibilidade do céu e a luz solar pela formação de smog. Produtos alimentícios, especialmente beterraba, ervilha, alface, alfafa, milho repolho e brócolis, também são altamente contaminados por gases gerados por refinadoras.

As refinarias também produzem efluentes líquidos através das águas de resfriamento e esgotos sanitários. Embora o Poder Público estabeleça exigências de concentração de poluentes para a dispersão dos efluentes na rede pública de esgotos, não raro pode haver falhas nos sistemas de coleta e tratamento das refinarias, causando a contaminação de lençóis freáticos por hidrocarbonetos.

Por fim, a queima de gasolina combustível pelo consumidor final gera gases do efeito estufa, e a disposição de resíduos ou embalagens de óleo lubrificante usado pode contaminar o solo e as águas.

Por óbvio há necessidade de regulação dos impactos ambientais. Para tal o licenciamento ambiental tem importância ímpar. Porém, antes de iniciar a análise do processo específico de obtenção de licenças ambientais para o setor de petróleo e gás é necessário se debruçar sobre os marcos regulatórios do setor de óleo e gás no Brasil.

Mas é notável que na evolução do sistema regulatório de petróleo e gás no Brasil pouco se debateu sobre regras específicas para a mitigação dos impactos ambientais deste setor, como passará a ser analisado.

2. Legislação ambiental sobre petró-

leo e gás

Somando-se à tradicional legislação ambiental, novas normas específicas sobre impactos gerados pela indústria de hidrocarbonetos no ecossistema foram editadas. A própria Lei do Petróleo ressalta, em seu art. 1º, inciso IV um dos objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia, a proteção do meio ambiente e a promoção da conservação de energia. E mais, em seu art. 44, incisos I e V, direciona ao concessionário, através de cláusulas constantes no contrato de concessão, determinados deveres a serem seguidos em prol de um meio ambiente saudável, quais sejam eles, respectivamente: (i) adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para a conservação dos reservatórios e de outros recursos naturais, para a segurança das pessoas e dos equipamentos e para a proteção do meio ambiente e (ii) responsabilizar-se civilmente pelos atos de seus prepostos e indenizar todos e quaisquer danos decorrentes das atividades de exploração, desenvolvimento e produção contratadas, devendo ressarcir à ANP ou à União os ônus que venham a suportar em consequência de eventuais demandas motivadas por atos de responsabilidade do concessionário.

Ressalte-se ainda a promulgação da Lei nº 9.966/2000, que dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional, motivada pelo vazamento de óleo na Baía de Guanabara ocorrido no mesmo ano²⁴. Sob esse prisma, é possível destacar os seguintes benefícios trazidos, quais sejam: (i) a imposição ao Poder Público de obrigações de relevante interesse ambiental, em respeito ao princípio da prevenção; (ii) a afirmação expressa da responsabilidade do degradador pelos danos ambientais decorrentes de suas atividades; (iii) a obrigatoriedade das auditorias ambientais bienais e (iv) a legitimidade tanto do Ministério Público Federal, quanto do Estadual para propor ação acerca da matéria a que se refere a referida lei. O mesmo acidente ambiental motivou a edição da Resolução CONAMA 265/2000, com o objetivo de estabelecer estratégias seguras de prevenção e gestão dos impactos ambientais advindos do acidente na Baía de Guanabara.

Algumas das medidas implantadas pela resolução foram: (i) avaliação, por parte do IBAMA e dos órgãos ambientais de meio ambiente, das ações de controle e prevenção do acidente; (ii) determinação para que a PETROBRAS realizasse auditoria ambiental independente em todas as suas instalações industriais e (iii) determinação de elaboração, pelas autoridades competentes, do plano de contingência nacional e dos planos de emergência regionais, dentre outras.

Nesse sentido a Resolução CNPE nº 08/2003, que estabelece a política de produção de petróleo e gás natural e define diretrizes para a realização de licitações de blocos exploratórios ou áreas com descobertas já caracterizadas, passou a impor como requisito essencial a variável ambiental para a definição das áreas ofertadas, estando as ações estratégicas da ANP.

Já na licitação uma das preocupações da Agência Nacional do Petróleo – ANP – será a qualificação técnica das empresas operadoras – concorrentes, inclusive no que tange as tecnologias disponibilizadas para mitigar impactos ambientais. Juntamente com o edital de licitação são enviadas Guias de Licenciamento Ambiental elaboradas pelo IBAMA em conjunto com a ANP, que esclarecem os níveis de exigência para a área e esclarecem os pontos a serem observados nos estudos ambientais necessários. Assim a empresa poderá avaliar os riscos ambientais do projeto de E&P antes mesmo da publicação do edital definitivo. Já na Oitava Rodada de Licitação os métodos utilizados pela empresa de O&G passaram a contabilizar pontos na qualificação técnica das empresas concorrentes, prática que se mantém desde então.

A ANP também poderá incluir cláusulas visando a proteção ambiental nos contratos de concessão. Via de regra o item denominado “Meio Ambiente” se divide em “Controle Ambiental” e “Responsabilidade por Danos e Prejuízos”:

Cláusula Vigésima-Primeira: Meio Ambiente
Controle Ambiental
O Concessionário adotará, por sua conta e risco, todas as medidas necessárias para a conservação dos reservatórios e de outros recursos naturais, e para a proteção do ar, do solo e da água de superfície ou de sub-superfície, sujeitando-se à legislação e regulamentação

brasileiras sobre meio ambiente e, na sua ausência ou lacuna, adotando as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo a respeito. Dentro desse princípio, e sem com isto limitar sua aplicação, ficará o Concessionário obrigado, como regra geral, e tanto no que diz respeito à execução das Operações quanto à devolução e abandono de áreas e remoção e reversão de bens, a preservar o meio ambiente e proteger o equilíbrio do ecossistema na Área da Concessão, a evitar a ocorrência de danos e prejuízos à fauna, à flora e aos recursos naturais, a atentar para a segurança de pessoas e animais, a respeitar o patrimônio histórico-cultural, e a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e a praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelos órgãos competentes. O Concessionário também zelarà para que as Operações não ocasionem quaisquer danos ou perdas que afetem outras atividades econômicas ou culturais na Área da Concessão, tais como agricultura, pecuária, indústria florestal, extrativismo, mineração, pesquisas arqueológica, biológica e oceanográfica, e turismo, ou que perturbem o bem estar das comunidades indígenas e aglomerações rurais e urbanas. O Concessionário enviará, sempre que solicitado pela ANP, cópia dos estudos efetuados visando obtenção das licenças ambientais. O Concessionário informará imediatamente à ANP e às autoridades estaduais e municipais competentes a ocorrência de qualquer derramamento ou perda de Petróleo ou Gás Natural, bem como as medidas já tomadas para enfrentar o problema²⁵.

Na mesma linha há cláusula de delimitação de responsabilidade do concessionário em caso de prejuízos decorrentes de sua prática.

Responsabilidade por Danos e Prejuízos Sem prejuízo do disposto no parágrafo 21.1 e na conformidade deste, o Concessionário assumirá responsabilidade integral e objetiva por todos os danos e prejuízos ao meio ambiente e a terceiros que resultarem, direta ou indiretamente, das Operações e sua execução, bem como do seu abandono e da remoção e reversão de bens nos termos dos parágrafos 18.8 a 18.19, obrigando-se a repará-los e a indenizar a União e a ANP, nos termos dos parágrafos 2.2 e 2.3, por toda e qualquer ação, recurso, demanda ou impugnação judiciais, juízo arbitral, auditoria, inspeção,

investigação ou controvérsia de qualquer espécie, bem como por quaisquer indenizações, compensações, punições, multas ou penalidades de qualquer natureza, relacionados ou decorrentes de tais danos e prejuízos²⁶.

Porém não se deve esquecer que muitas das inovações estabelecidas pela ANP nos editais e minutas de contratos de concessão foram influenciadas pelo atraso nas expedições de licenças ambientais, que resultam em impedimento no início da exploração e produção, tal como ocorreu na Bacia de Solimões. Logo a proteção ambiental nas atividades de E&P está diretamente ligada ao processo de licenciamento ambiental. Para a correta análise da questão é necessário analisar, primeiramente, a regra geral sobre o instituto.

3. Regras gerais sobre licenciamento ambiental

O licenciamento e o estudo prévio de impacto ambiental possuem suma importância para a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução, pois objetivam medir a potencialidade de dano das atividades e tecnologias. Como observa Paulo Affonso Leme Machado: “O Estudo de Impacto Ambiental insere na sua metodologia a prevenção e a precaução da degradação ambiental. Diagnosticado o risco, pondera-se sobre os meios de evitar o prejuízo.”²⁷ Completa Paulo de Bessa Antunes, ao afirmar que “os estudos de impacto ambiental são uma evolução das análises do tipo custo/benefício cujos objetivos básicos podem ser resumidos como uma análise custo/benefício do projeto, tomando-se como parâmetro a repercussão sobre o meio ambiente”.²⁸

No Brasil o estudo prévio de impacto ambiental é alçado à condição de princípio por revelar o valor substancial da reflexão sobre o agir. Por esta razão, e na tentativa de evitar custos ambientais, será necessário realizar uma análise sobre a potencialidade de danos ou modificações indesejadas que determinada obra, atividade ou empreendimento pode acarretar ao meio ambiente, tornando possível ao Poder Público fundamentar suas decisões e tomar as precauções exigidas em prol da conservação ambiental. Está explicitamente previsto no parágrafo 1º do Art. 225 da CRFB/1988, em seu inciso IV, que incumbe ao Poder Público “exigir, na

forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

Ressalte-se que a realização de tal estudo deve ocorrer antes do início da execução ou mesmo da preparação da obra, atividade ou empreendimento que possa provocar alteração do meio ambiente, pois realizado em momento posterior de nada seria útil. É inegável, desta forma, a estreita ligação do princípio em tela com o princípio da prevenção. Para prevenir, e a partir deste momento, prevenir, é que se exige o estudo prévio de impacto ambiental. Deve-se observar, ainda, as ponderações de Édís Milaré²⁹, que enfatiza o caráter pedagógico e social traduzido na participação da sociedade, através de audiências públicas e da publicidade que se dá ao resultado do estudo.

O relatório de estudo prévio de impacto ambiental tem que ser disponibilizado ao conhecimento público, para que os cidadãos possam participar do processo decisório relacionado às questões ambientais fundamentais. A avaliação prévia permite prevenir danos ambientais, pois apresenta uma análise técnica que relata as condições e possíveis efeitos do projeto sobre o meio ambiente, permitindo, assim, a aplicação do princípio da precaução.

O licenciamento ambiental, por sua vez, é uma prática do poder de polícia administrativa, não podendo ser encarado como um empecilho ao progresso. Foi instituído pela Lei nº 6.938 de 1981, e visa impedir o uso indiscriminado dos bens ambientais. Observa Édís Milaré:

Como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que por meio dele busca a Administração Pública exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.³⁰

A Resolução CONAMA 237, de 1997, estabelece o que se entende por licenciamento ambiental:

Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
I – Licenciamento Ambiental: ato adminis-

trativo pelo o qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras o daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

O licenciamento é assim um valioso instrumento para a efetivação do princípio da precaução, pois permite ao Poder Público examinar os projetos a ele submetidos, verificando assim se são possivelmente danosos. Após a análise, a Administração poderá negar a licença, ou impor medidas que impeçam o impacto negativo no meio ambiente. No Brasil o licenciamento e o estudo prévio de impacto ambiental são vistos como parte do Poder de Polícia preventivo do Poder Público. Trata-se do procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras; ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. É regulado pela Lei nº 6.938/81, e por duas Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA – a 001/1986 e a 237/1997. Para se explicar o rito do licenciamento ambiental brasileiro se utilizará, a partir de agora esses três instrumentos normativos.

Pela Resolução CONAMA 237/97 qualquer atividade potencialmente poluidora necessitará de licença ambiental³¹. A Resolução traz um rol de atividades, que a doutrina e a jurisprudência concordam que é meramente exemplificativo. Assim o Poder Público poderá exigir a licença ambiental de qualquer atividade que seja poluente. Cabe ressaltar que o conceito de poluição previsto pela Lei nº 6.938/81 é indeterminado:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;
III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
 - b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
 - c) afetem desfavoravelmente a biota;
 - d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
 - e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;
- IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação.

Ressalte-se que pelo artigo acima tanto obras públicas quanto privadas podem ser submetidas ao licenciamento ambiental. Primeiramente cabe o empreendedor identificar qual o órgão ambiental pertencente ao SISNAMA será competente para realizar o licenciamento do seu empreendimento. Pelo art. 23 da CRFB/1988, todos os entes da federação brasileira possuem competência material (comum) para zelar pelo ecossistema e combater a poluição em qualquer de suas formas. Assim o licenciamento poderá ser realizado pelo órgão federal (IBAMA)³² ou pelos órgãos estaduais³³ ou mesmo municipais³⁴.

Em seguida, o empreendedor deverá consultar o órgão ambiental competente para identificar se será obrigado a apresentar Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA). Cabe ressaltar aqui que o fato do empreendimento ter que passar pelo processo do licenciamento não significa que terá que elaborar EPIA. É possível trocar o estudo prévio por outra análise menos aprofundada, como a avaliação de impacto ambiental. O órgão ambiental deverá analisar o empreendimento e verificar se, por seu risco, ele demanda uma análise mais aprofundada, como a do EIA. A Resolução CONAMA 001/1986 apresenta em seu artigo 2º³⁵ uma lista de atividades que necessariamente dependerão de elaboração de EIA para obterem a licença ambiental. Novamente o rol é meramente exemplificativo, não exaustivo.

Uma vez decidida a necessidade de elaboração do EPIA, este deverá respeitar o conteúdo mínimo previsto pela Resolução CONAMA 001/86:

Artigo 6º; - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos.

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados).

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto Ambiental o órgão estadual competente; ou o IBAMA ou quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características

ambientais da área.

O órgão ambiental poderá apresentar ao empreendedor um Termo de Referência, onde exigirá estudos além do conteúdo mínimo. Juntamente com o EPIA deve ser elaborado o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, versão resumida e de conteúdo mais acessível ao leigo.

O EPIA deve ser integralmente custeado pelo empreendedor. Trata-se aqui de uma questão de inversão do ônus da prova: presume-se que o empreendimento será poluente; cabe ao empreendedor comprovar que não causará impactos ambientais significativos, ou mesmo que estes poderão ocorrer, mas terão seus riscos minimizados ao máximo, e trarão benefícios econômicos e sociais imediatos. Cabe ao empreendedor contratar uma equipe multidisciplinar para elaborar o EIA/RIMA, ou mesmo utilizar seus próprios funcionários para tal³⁶. A equipe será responsável pelo EIA/RIMA que apresentar³⁷. Munido com o EIA/RIMA e dos demais documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes o empreendedor finalmente irá requerer a licença ambiental. O pedido deverá ser publicado no Diário Oficial do órgão que está responsável pelo licenciamento. O órgão ambiental analisará a documentação apresentada e, se achar necessário, realizará vistorias técnicas, bem como pode solicitar esclarecimentos e complementações. A lei prevê uma única consulta do órgão ao empreendedor para sanar dúvidas, mas na prática se a reiteração da solicitação, caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios.

Quando o órgão ambiental estiver satisfeito marcará audiência pública. Cabe ressaltar aqui que a licença ambiental pode ser concedida sem a realização de audiência pública. O órgão ambiental é discricionário para avaliar o empreendimento, e decidir se ele causará mudanças significativas da vida da população do local que será instalado. Caso assim entenda poderá marcar a audiência pública. Visando democratizar a questão e suprir possíveis inércias do órgão ambiental, a Resolução CONAMA 009/87 prevê que, caso a audiência pública não seja marcada de ofício, poderá ser requerida pelo Ministério Público (Federal ou Estadual), entidade civil ou abaixo-assinado (subscrito por ao menos 50 ci-

dados). Há forte entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido que, se a audiência pública for requerida, o órgão ambiental está obrigado a marcá-la. E caso a audiência pública seja marcada, de ofício ou por requisição, e não venha a ocorrer, o processo de licenciamento está viciado, sob pena de a licença ambiental ser nula.

A audiência pública visa principalmente informar a população sobre o que é o empreendimento, e quais são os impactos ambientais e benefícios que este pode trazer. Justamente por isso a data da audiência pública deverá ser amplamente divulgada, tanto no diário oficial quanto em jornais de grande circulação, e deverá ocorrer em local acessível aos interessados, e sempre no mesmo município onde se pretende instalar o projeto. A idéia é justamente apresentar o RIMA, informando a população sobre as características essenciais do empreendimento, e permitir que a população pergunte e apresente sugestões ao empreendedor.

Após a audiência pública o Poder Público poderá solicitar, se achar necessário, novos esclarecimentos ao empreendedor. Após a resposta o órgão do SISNAMA emitirá parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico. Após decidirá, discricionariamente e motivadamente, pelo deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade. Cabe aqui ressaltar que o órgão ambiental não está vinculado ao resultado do EIA/RIMA ou da audiência pública para decidir sobre a licença; entende-se que o EIA por vezes irá refletir exclusivamente a opinião do empreendedor (afinal foi ele que o custeou!), e que a audiência pública pode não refletir o que seria realmente necessário para o bem estar da população (os possíveis empregos podem suplantam as preocupações ambientais...).

A Resolução CONAMA 237/97 prevê três tipos de licenças ambientais:

1) Licença Prévia (LP): Concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação. O prazo de validade da Licença Prévia (LP) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cro-

nograma de elaboração dos planos, programas e projetos relativos ao empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 5 (cinco) anos.

2) Licença de Instalação (LI): Autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante. O prazo de validade da Licença de Instalação (LI) deverá ser, no mínimo, o estabelecido pelo cronograma de instalação do empreendimento ou atividade, não podendo ser superior a 6 (seis) anos.

3) Licença de Operação (LO): Autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação. O prazo de validade da Licença de Operação (LO) deverá considerar os planos de controle ambiental e será de, no mínimo, 4 (quatro) anos e, no máximo, 10 (dez) anos.

4. Licenciamento Ambiental de Hidrocarbonetos

Tendo em vista a importância do petróleo para a economia nacional e a recente escolha civilizatória do Poder Executivo Federal brasileiro, o processo de licenciamento ambiental do setor de petróleo e gás é regido por Resoluções específicas, mas que devem estar alinhadas com os princípios ambientais previstos na Constituição de 1988. A indústria de petróleo possui particularidades em seu processo de instalação, o que se reflete no processo de licenciamento ambiental. Assim a Resolução CONAMA nº 23/1994 estipula a existência da Licença Prévia de Perfuração (LPper) e da Licença Prévia de Produção para Pesquisa (LPpro). De fato a idéia de uma licença de pré-operação já está sendo debatida para o processo de licenciamento ordinário. Seria plenamente possível de ser adotado, pois em algumas atividades industriais, tais como a de petróleo e gás, os impactos ambientais só poderão ser completamente mensurados após o início da atividade. Porém para o correto cumprimento dos princípios da prevenção e da precaução, apenas uma peque-

na parcela das atividades da empresa poderá ser iniciada. Por fim o empreendimento deve solicitar, tal como no processo de licenciamento ordinário, a Licença de Instalação (LI) e Licença de Operação (LO). A Resolução CONAMA nº 23/94 será aplicada, assim como a Resolução CONAMA nº 237/97, subsidiariamente.

O licenciamento ambiental é iniciado após a assinatura do contrato de concessão para as atividades de exploração e produção de hidrocarbonetos. Tem como primeira etapa a obtenção de uma Licença de Pesquisa Sísmica ou Licença de Operação para atividade sísmica. De acordo com o grau de sensibilidade ambiental os critérios para obtenção da Licença de Pesquisa Sísmica são alterados. O IBAMA enquadra os processos de exploração em três classes: levantamentos em profundidade inferior a 50 metros ou em áreas de alta sensibilidade ambiental, levantamentos em profundidade entre 50 e 200 metros e levantamentos em profundidade superior a 200 metros; respectivamente classes 1, 2 e 3. O enquadramento se formaliza através de ofício do IBAMA ao concessionário. Observa-se que a Classe 1 prevê que atividade será realizada em solo ou em águas próximas à costa, com maiores impactos não só ao meio ambiente, mas também à economia local. Para tal exige-se a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental, via de regra com a realização de audiências públicas. Já a Classe 2 e 3 exigem, respectivamente, Estudo Ambiental de Sísmica/Relatório de Impacto Ambiental de Sísmica e Plano de Controle Ambiental da Sísmica. Ou seja, estudos simplificados, com menos especificidades técnicas do que as exigidas, por exemplo, para a construção de um grande empreendimento imobiliário, como um shopping center. Soma-se que os Planos de Controle Ambiental de Sísmica possuem validade indeterminada. E embora receba o nome de Licença Prévia para Perfuração consiste em uma etapa única, sem ser seguida pelas licenças de instalação ou de operação.

Como segunda etapa é exigida a Licença Prévia de Produção para Pesquisa, que visa permitir ao concessionário a instalação do equipamento para uma pequena perfuração, a perfuração em si e a retirada de uma amostra dos hidrocarbonetos para atestar a viabilidade econômi-

ca da jazida. Novamente é exigida uma análise simplificada, o Estudo de Viabilidade Ambiental. Porém esta faz já apresenta impactos ambientais semelhantes ao de uma plataforma em plena atividade, apenas em menor volume.

O Estudo de Impacto Ambiental, tal como o exigido no processo clássico de licenciamento, só será exigido após o atestado de viabilidade econômica da jazida emitido pela ANP. Neste ponto o concessionário deverá obter a Licença de Instalação e a Licença de Operação da plataforma e da atividade de produção em si. Para tal deverá apresentar o Plano de Controle Ambiental contendo os projetos executivos de minimização dos impactos ambientais avaliados nas fases da LPper, LPpro e LI, com seus respectivos documentos.

Embora pareça complexo cabe ressaltar, novamente, que o processo de licenciamento específico para as atividades de O&G previsto pela Resolução CONAMA nº 23/1994 é menos exigente que o processo de licenciamento clássico. Tal diferença pode ser creditada ao fato que em na data de sua elaboração o Brasil contava apenas com a PETROBRAS como operadora no ramo. Assim sendo, é possível notar que o procedimento adotado para a elaboração da supracitada Resolução foi o simplificado, visando o incremento do setor. Porém com a entrada de novos players na indústria do petróleo e a ocorrência de acidentes ambientais nunca antes previstos, nos dias atuais, a Resolução CONAMA nº 23/1994 pode ser tida como um dos ineficientes documentos normativos para prevenção e contenção dos prejuízos ao meio ambiente.

A primeira tentativa para corrigir tal erro veio dez anos depois, com a edição da Resolução CONAMA nº 350/2004, que versa sobre o licenciamento ambiental específico das atividades de aquisição de dados sísmicos marítimos e em zonas de transição. Tal objetivo depreende-se do art. 1º, caput, desta resolução, quando informa que as atividades de aquisição de dados sísmicos marítimos e em zonas de transição serão objeto de licenciamento ambiental por se tratar de atividades potencialmente causadoras de impactos ambientais, que obedecerá a regras específicas em razão de seu caráter temporário, da sua mobilidade e da ausência de instalações fixas. Para que o empreendedor possa efetuar as ativi-

des de aquisição de dados sísmicos marítimos e em zonas de transição deverá obter Licença de Pesquisa Sísmica - LPS, sendo de competência do IBAMA o licenciamento ora comentado, ouvidos os órgãos ambientais estaduais competentes, quando couber. O art. 4º da presente resolução traz as etapas a serem seguidas no intuito de se obter o licenciamento ambiental das atividades de aquisição de dados sísmicos marítimos e em zonas de transição. As etapas se dão por meio de diferentes classes, separadas de acordo com a profundidade dos levantamentos sísmicos que o empreendedor pretende explorar.

Recentemente o processo de licenciamento ambiental específico para o setor de petróleo e gás foi alterado pela Portaria nº 422/2011, do Ministério do Meio Ambiente. Destinada aos empreendimentos e atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural situados no ambiente marinho e em zona de transição terra-mar³⁸ que até a sua edição não tenham tido seu processo de licenciamento iniciado, podendo também ser aplicada os já em andamento mediante a concordância do IBAMA e do empreendedor. Ou seja, não revogou completamente a Resolução CONAMA nº 23/1994, que temerosamente continuará valendo para os processos de licenciamento ambiental em curso.

Dispondo sobre os procedimentos para o licenciamento ambiental federal de atividades de produção, a referida Portaria agrega diversas etapas da E&P, tanto em águas profundas como próximas à costa, aplicando-se as etapas de pesquisa sísmica, perfuração, produção, escoamento e Teste de Longa Duração. Como principal novidade está a permissão ao IBAMA para licenciar as atividades de perfuração de forma integrada, sob a forma de polígonos de perfuração³⁹. Esta medida, embora seja inegavelmente mais ágil, pode se revelar danosa ao ecossistema à longo prazo: cada jazida apresenta peculiaridades e riscos ambientais, que podem não ser identificados em um estudo prévio de impacto ambiental focado no polígono. Mantém, ainda, a divisão em Classes 1, 2 e 3, dependendo do grau de sensibilidade ambiental da área, mas inova aplicado tal separação também à atividade de perfuração, ressaltando a importância da realização de audiência pública. Nesse sentido

mantve a preocupante lógica anterior de simplificar o licenciamento ambiental em áreas com menor sensibilidade ambiental. A preocupação de acelerar o início da produção de petróleo – e conseqüentemente o pagamento de royalties – também pode ser aferida pela fixação de prazos para o IBAM concluir o processo de licenciamento ambiental. É inegável que o processo não poderá ser extremamente moroso, mas uma obsessão com a agilidade desmedida poderá trazer resultados no mínimo danosos. O processo de licenciamento ambiental das atividades de O&G será iniciado ainda com a Licença de Pesquisa Sísmica. Para tal o empreendedor deverá preencher Ficha de Caracterização da Atividade, com a qual o IBAMA expedirá Termo de Referência no prazo máximo de 15 dias úteis, indicando a classe do empreendimento, e se será realizado EIA ou outra avaliação simplificada.

No prazo máximo de um ano o concessionário deverá apresentar os estudos exigidos e requerer a LPS, que passará a ter prazo máximo de cinco anos. O pedido deverá ser publicado no Diário Oficial da União, jornais de grande circulação e internet. O licenciamento de perfuração de poços, etapa seguinte, seguirá os mesmos procedimentos. A Licença de Operação para a perfuração terá prazo máximo de dez anos. Já o licenciamento da produção, escoamento de petróleo e gás natural e do Teste de Longa Duração (TLD), sua obtenção depende de Licença Prévia, de Instalação e de Operação, sucessivamente.

Uma questão ainda deve ser levantada: seria a portaria o instrumento adequado para disciplinar um tema tão sensível? Embora seja mais detalhada, e apresente avanços, a Portaria não segue o modelo tradicional de regulação pelo CONAMA, órgão deliberativo composto por representantes da União, estados-membros e sociedade civil. A área ambiental não segue o modelo das agências reguladoras, exige debates aprofundados e decisões democráticas. A Portaria claramente invade o poder regulamentar do CONAMA, fato ainda mais grave por dispensar em seu texto, como visto acima, o EIA/RIMA para algumas classes de menor sensibilidade ambiental. Um ponto a ser melhorado na legislação atual seria, sem dúvida, o da comunicação de vazamentos. O Decreto nº 4.136 de 2002 e a Reso-

lução ANP nº 44/2009 permite que os pequenos e médios vazamentos (até 200.000 litros) sejam comunicados apenas periodicamente, e não no momento que ocorrem, especialmente quando ocorrem em exploração de petróleo onshore. Tal situação viola frontalmente os princípios de direito ambiental. Felizmente a ANP fez ajustes corrigindo tal situação: a minuta do Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, que será utilizada na 11ª Rodada de Licitação ficou definido que o Concessionário deverá informar imediatamente ao órgão ambiental competente a ocorrência de qualquer incidente com reflexos ambientais, tal como derramamentos de petróleo ou perda de gás. Para atendimento da Lei nº 6.938/81 tal comunicação deverá ser feita, à princípio ao órgão ambiental federal, o IBAMA, e posteriormente à ANP. Nos contratos anteriores apenas a ANP deveria ser avisada.

Visando ampliar a proteção ambiental e permitir o desenvolvimento sustentável, Resolução CONAMA 398 de 2008 impõe que cada empresa elabore seu Plano de Emergência Individual. Este visa combater e contornar os incidentes de poluição por óleo em águas sob jurisdição originados em portos organizados, instalações portuárias, terminais, dutos, sondas terrestres, plataformas e suas instalações de apoio, refinarias, estaleiros, marinas, clubes náuticos e instalações similares. Impõe a realização e acompanhamento de exercícios simulados prévios, bem como a disponibilização de equipamentos fixados na licença de operação.

Se o setor de O&G já carece de regulação ambiental, a situação tende a se agravar nos próximos anos, uma vez que a ANP já demonstra interesse na exploração de fontes não convencionais de energia, como o gás de xisto, que possui impactos ambientais ainda pouco estudados. O risco mais freqüente está no risco de explosões e na contaminação de lençóis freáticos. O xisto é uma camada mineral geralmente situada a quatro quilômetros abaixo da superfície do solo, onde está o gás aprisionado em forma de pequenas bolhas dispersas por toda a extensão da rocha. Para alcançar o hidrocarboneto o xisto deve ser fraturado hidráulicamente, através de seguidas explosões que utilizam substâncias

químicas e jatos de água em grande pressão. Justamente a fraturação pode ocasionar a degradação ambiental, uma vez que a água injetada na rocha retorna à superfície, podendo contaminar os rios locais. Soma-se que o gás de xisto é composto não só por metano, mas também por nitrogênio, sulfato de hidrogênio e tolueno, elementos tóxicos e corrosivos. Mais preocupante é o fato de que as reservas de gás de xisto no Brasil estão localizadas próximas ao Aquífero Guarani, uma das maiores reservas subterrâneas de água doce do mundo. Mesmo sem regulação ambiental específica para o setor a ANP planeja uma rodada de licitações para a exploração de gás, inclusive o de xisto, para o ano de 2013.

Considerações Finais

É importante ressaltar que todas as fases da indústria do petróleo (os estudos de sísmica, a perfuração, a instalação de plataformas e a produção, as conseqüências dos acidentes e derramamentos bem como o refino e consumo final) geram expressivos impactos ambientais e, inclusive sociais. A prosperidade gerada pela atividade de O&G é freqüentemente localizada. A exploração off shore impede a pesca. Os antigos pescadores acabam sendo atraídos para outros postos de trabalho, gerados direta ou indiretamente, pela indústria petrolífera. A dependência ao setor do petróleo na região aumenta, além de obscurecer práticas sociais e culturais até então mantidas por gerações. O grande volume de migrantes aumenta as taxas de crescimento demográfico, mas os municípios do petróleo em regra apresentam um índice de desemprego superior à média nacional. O inchaço das cidades é seguido pela pressão por serviços públicos, tais como saúde, educação, qualificação profissional, saneamento básico, transporte e segurança. Mas a falta de emprego para a população que não possui qualificação específica para a atuação na indústria do petróleo contribui para o aumento da violência.

Deve-se levar em consideração que a regulação de petróleo ambiental pouco se interessou pela superação dos problemas ambientais e sociais gerados por esta indústria. Mesmo a legislação ambiental para o setor é focada na responsabilidade civil, e não na prevenção de danos ambientais. Mesmo as regras de licenciamento ambiental

do setor são mitigadas em razão da escolha civilizatória do Poder Executivo Federal, centrada em um desenvolvimento marrom, e não verde.

Bibliografia

AMUI, Sandoval. **Petróleo e Gás Natural para Executivos**. Rio de Janeiro: Interciência, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

BARBOSA, Vanessa. Os 15 países com as maiores reservas de petróleo do mundo in **Exame.com**. Disponível em <<http://info.abril.com.br/noticias/tecnologias-verdes/os-15-paises-com-a-maiores-reservas-de-petroleo-do-mundo.shtml>> acesso em outubro de 2012.

BARBOSA, Vanessa. Os 20 maiores consumidores de petróleo no mundo. in **Exame.com**. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/meio-ambiente-e-energia/noticias/os-20-maiores-consumidores-de-petroleo-no-mundo#8>>. Acesso em julho de 2013.

BARBOSA, Vanessa. Os 20 maiores produtores de petróleo no mundo. in **Exame.com**. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/meio-ambiente-e-energia/noticias/os-20-maiores-consumidores-de-petroleo-no-mundo#16>>. Acesso em julho de 2013.

FAHIM, Mohammed; Al-Sahhaf, Taher. **Introdução ao Refino de Petróleo**. Rio de Janeiro: Campus, 2011.

FAVENNEC, Jean Pierre; BRET-ROUZAUT, Nadine. **Petróleo e Gás Natural - Como Produzir e a Que Custo** - 2ª Ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

HAYDÉE, Lygia. 7 estados que nadam em reservas de petróleo no Brasil in **Exame.com**. Disponível em <<http://info.abril.com.br/noticias/tecnologias-verdes/os-estados-que-nadam-em-reservas-de-petroleo-no-brasil.shtml>>, acesso em fevereiro de 2013.

JAHN, Frank; COOK, Mark; GRAHAM, Mark. **Introdução À Exploração e Produção de Hidrocarbonetos**. Rio de Janeiro: Campus, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 222/223.

SILVA, Juliana Marsico Correia da Silva; BOZELLI, Reinaldo Luiz; SANTOS, Laísa Freire; LOPES, Alexandre Ferreira. Impactos Ambientais da Exploração e Produção de Petróleo na Bacia de Campos, RJ. In **IV Encontro Nacional da Anppas**. Disponível em <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAehvoAC/impactos-ambientais-exploracao-producao-petroleo-na-bacia-campos-rj>>, Acesso em setembro de 2011.

THOMAS, José Eduardo. **Fundamentos de Engenharia de Petróleo** - 2ª Ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.

ULLER, Victor Cohen; BONFÁ, Márcio Henrique; SZKLO, Alexandre Salem. **Fundamentos do Refino de Petróleo: Tecnologia e Economia** - 3ª Ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2012

Referências

- 1 Cf. <<http://www.brasil.gov.br/sobre/economia/energia/matriz-energetica>>, acesso em junho de 2013.
- 2 As estimativas mais conservadoras apontam que o pré-sal da bacia de Santos possui reservas da ordem de 60 bilhões de barris de petróleo. Segundo esta perspectiva o Brasil tem chances de entrar para a lista das dez potências petrolíferas até 2030. Cf. BARBOSA, Vanessa. Os 15 países com as maiores reservas de petróleo do mundo in Exame.com. Disponível em <<http://info.abril.com.br/noticias/tecnologias-verdes/os-15-paises-com-a-maiores-reservas-de-petroleo-do-mundo.shtml>> acesso em outubro de 2012.
- 3 Cf. BARBOSA, Vanessa. Os 20 maiores produtores de petróleo no mundo. in Exame.com. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/meio-ambiente-e-energia/noticias/os-20-maiores-consumidores-de-petroleo-no-mundo#16>>. Acesso em julho de 2013.
- 4 O Brasil é o sétimo maior consumidor mundial. Cf. BARBOSA, Vanessa. Os 20 maiores consumidores de petróleo no mundo. in Exame.com. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/meio-ambiente-e-energia/noticias/os-20-maiores-consumidores-de-petroleo-no-mundo#8>>. Acesso em julho de 2013.
- 5 Considera-se reserva provada aquela que, com base em análise de dados geológicos e de engenharia, há alta probabilidade de sucesso na produção e recuperação comercial. Não necessariamente estão em exploração ou produção. A informação sobre o volume total de reservas provadas em solo brasileiro foi obtida em HAYDÉE, Lygia. 7 estados que nadam em reservas de petróleo no Brasil in Exame.com. Disponível em <<http://info.abril.com.br/noticias/tecnologias-verdes/os-estados-que-nadam-em-reservas-de-petroleo-no-brasil.shtml>>, acesso em fevereiro de 2013.
- 6 Os dados do presente capítulo foram retirados de seis obras. Por serem técnicos e alheios ao Direito optou-se por não transcrever trechos dos livros, e sim combiná-los e “traduzi-los” para um leitor leigo em engenharia ambiental e do petróleo.
Cf. AMUI, Sandoval. **Petróleo e Gás Natural para Executivos**. Rio de Janeiro: Interciência, 2010.
FAHIM, Mohammed; Al-Sahhaf, Taher. **Introdução ao Refino de Petróleo**. Rio de Janeiro: Campus, 2011.
FAVENNEC, Jean Pierre; BRET-ROUZAUT, Nadine. **Petróleo e Gás Natural - Como Produzir e a Que Custo** - 2ª Ed. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.
JAHN, Frank; COOK, Mark; GRAHAM, Mark. **Introdução À Exploração e Produção de Hidrocarbonetos**. Rio de Janeiro: Campus, 2013.
THOMAS, José Eduardo. **Fundamentos de Engenharia de Petróleo** - 2ª Ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.
ULLER, Victor Cohen; BONFÁ, Márcio Henrique; SZKLO, Alexandre Salem. **Fundamentos do Refino de Petróleo: Tecnologia e Economia** - 3ª Ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2012.
- 7 O art. 24 da Lei 9.478/1997 estabelece: Art. 24. Os contratos de concessão deverão prever duas fases: a de exploração e a de produção.
§ 1º Incluem-se na fase de exploração as atividades de avaliação de eventual descoberta de petróleo ou gás natural, para determinação de sua comercialidade.
§ 2º A fase de produção incluirá também as atividades de desenvolvimento.
- 8 Aparelho que controla o número de ligações diretas do poço à plataforma. Geralmente são localizados sobre o solo submarino e funcionam como concentradores de óleo.
- 9 Conjunto de válvulas que controlam a produção de petróleo e gás.
- 10 Equipamento de ligação entre a cabeça do poço no fundo do mar e a sonda, trazendo a tubulação até a superfície. É o que isola a jazida do mar.
- 11 Cf. SILVA, Juliana Marsico Correia da Silva; BOZELLI, Reinaldo Luiz; SANTOS, Laísa Freire; LOPES, Alexandre Ferreira. Impactos Ambientais da Exploração e Produção de Petróleo na Bacia de Campos, RJ. In **IV Encontro Nacional da Anppas**. Disponível em <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAehvoAC/impactosambientais-exploracao-producao-petroleo-na-bacia-campos-rj>>, Acesso em setembro de 2011.
- 12 Naufragou na Cornúlia, Reino Unido. Uma explosão no casco do navio espalhou 50 mil toneladas de petróleo bruto. Cem quilômetros de praias entre a França e a Inglaterra foram destruídos.
- 13 Navio da Standard Oil of Indiana, afundou no norte da França derramando 220 mil toneladas de petróleo bruto. Um terço desse volume chegou à costa atingindo uma extensão de 440 km, com prejuízos para a fauna, a flora e atividade turística.
- 14 O acidente mais conhecido de derramamento de petróleo no mar. O navio petroleiro despejou 41 milhões de litros de óleo em uma área até então preservada no Alasca. A mancha se estendeu por mais de 1500 km2. Até hoje a área está parcialmente contaminada.
- 15 O navio da Petrobras Transpetro colidiu com pedras submersas no Porto de Paranaguá, derramando 392 mil litros de nafta petroquímica, produto altamente tóxico e inflamável. A pesca na região ficou suspensa por um mês, o que afetou cerca de 3.500 pescadores.
- 16 Três explosões sucessivas em um tanque de óleo e gás acabou por derrubar a estrutura de 40 mil toneladas localizada na Bacia de Campos, na época a maior e mais avançada plataforma semissubmersível do mundo. O óleo que vazou após a explosão formou uma mancha com mais de 48 km2 de extensão.
- 17 Uma explosão destruiu a plataforma de perfuração pertencente a British Petroleum no Golfo do México. A plataforma afundou, mas a tampa do poço de petróleo permaneceu aberta, já que o equipamento de segurança falhou. A pesca foi suspensa em 20% da região. Durante três meses cerca de 800 mil litros de petróleo foram liberados por dia.
- 18 Gerou uma mancha de óleo com cerca de 163 km2. Foi o primeiro vazamento do tipo no Brasil. A Chevron alegou que o vazamento decorria de uma falha natural na superfície do fundo do mar, e não no poço de produção. Contudo tal falha não constava do Estudo Prévio de Impacto Ambiental que fora apresentado no licenciamento da plataforma. O IBAMA multou a Chevron no valor máximo, 50 milhões de Reais, sob a alegação que a empresa teria “dado causa a descarga de petróleo na

plataforma SEDCO 706, durante a perfuração do poço MUPI, no campo de Frade, na Bacia de Campos”, conforme processo administrativo n. 02022.0011986/2011.

19 Pela absorção de chumbo, cobalto, benzeno e tolueno que se depositam na corrente sanguínea.

20 Causando bronquite crônica, enfisema pulmonar, câncer de pulmão, asma e infecções respiratórias, pela dispersão de dióxido de enxofre e óxido de nitrogênio.

21 Pela exposição aguda ao óxido nítrico.

22 Provoca inquietação, letargia, perda da consciência, ansiedade e confusão mental, também pela exposição aguda ao óxido nítrico.

23 Novamente pela absorção de chumbo e cobalto.

24 Na madrugada de 18/01/2000 um duto que levava óleo da Refinaria de Duque de Caxias (Reduc) para o Terminal de navios na Ilha D'Água rompeu-se, ocasionando o vazamento do óleo cru que a embarcação carregava, estimado em um milhão de litros lançados na Baía de Guanabara.

A Petrobrás divulgou nota na época admitindo falhas no projeto do oleoduto que se rompeu, fator este que pode ter contribuído para a ocorrência do vazamento. A empresa veiculou comunicado à imprensa assumindo toda a responsabilidade pelo ocorrido, e se comprometeu a arcar com todos os prejuízos decorrentes de sua falha técnica.

A região atingida pelo vazamento abarcava a Área de Proteção Ambiental (APA) de Guapimirim, praias banhadas pela Baía de Guanabara, fauna e flora locais e além de todo esse contingente natural afetado, os prejuízos alcançaram a população local, que sobrevivia da pesca de animais marinhos, os quais foram significativamente afetados. Tendo em vista a proporção dos danos sofridos em função do vazamento, é de se chocar com o irrisório montante arbitrado a título de multa, no valor de noventa e quatro mil reais, somente. No entanto, o valor da multa estabelecido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis- IBAMA foi de cinquenta milhões de reais, em que a Petrobrás pagou com desconto de trinta por cento, pelo pagamento antecipado da mesma. Além da multa, foi exigido que a Petrobrás contratasse uma auditoria ambiental para mapear os riscos existentes nas áreas em que atuava a fim de prevenir outros desastres.

No tocante a indenização dos pescadores a Petrobrás arcou, unicamente, com o reembolso do prejuízo material, que envolvia os barcos, redes e equipamentos, danificados em função do vazamento. Inconformados, alguns pescadores ajuizaram ação em face da Petrobras, pleiteando danos morais, materiais e lucro cessante, devido à enorme perda financeira que suportaram, tendo em vista que foram impedidos de trabalhar por sessenta dias para contenção dos danos do vazamento. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decidiu, na maioria dos casos, pela concessão das indenizações, como se nota nos julgados, a seguir comentados.

O valor da indenização para cada autor foi estabelecido na quantia de dez mil reais, levando-se em conta a intensidade da lesão e as condições socioeconômicas dos ofendidos. A decisão também se valeu do princípio da dignidade humana e do princípio da razoabilidade para justificar o valor estipulado, como se nota no julgado abaixo transcrito:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PETROBRÁS. DANO AMBIENTAL. VAZAMENTO DE ÓLEO NA BAÍA DE GUANABARA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO AGENTE POLUIDOR (ART. 14, § 1º DA LEI Nº 6938/81). DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR REPARATÓRIO QUE MERECEU MAJORAÇÃO. Inocorrência das hipóteses do art. 535, II, do CPC, não havendo qualquer omissão a ser sanada. No que tange ao valor do dano moral, deve-se considerar a intensidade da lesão, as condições socioeconômicas do ofendido e de quem deve suportar o pagamento dessa verba compensatória. Sendo assim, fiel ao princípio da razoabilidade, foi o dano moral majorado para o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), para cada autor, sendo este o patamar adequado, considerando a gravíssima afronta à dignidade humana causada pelo vazamento. Decisão recorrida que enfrentou as questões argüidas pela parte, de forma suficiente a possibilitar o julgamento dos recursos. Intuito de prequestionamento da matéria por violação de dispositivos legais, objetivando o acesso a recursos excepcionais. Desprovemento dos embargos. TJRJ, 3ª Câmara Cível, AP nº 0058898-62.2004.8.19.0001, Relatora Desembargadora Renata Cotta, DJ, 29/06/2011.

25 Cláusula Vigésima-primeira, item 21.5, Contrato de Concessão da 10ª Rodada de Licitação. Disponível em <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Edits/Modelo_Contrato_R10_%2030Out08.pdf>. Acesso em maio de 2012.

26 Cláusula Vigésima-primeira, item 21.5, Contrato de Concessão da 10ª Rodada de Licitação. Disponível em <http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/Edits/Modelo_Contrato_R10_%2030Out08.pdf>. Acesso em maio de 2012.

27 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Op. cit., p. 64.

28 ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, 3ª ed, p. 60.

29 MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 222/223.

30 Ibid, p. 314

31 Por exemplo, são atividades em que o licenciamento ambiental é exigido: as que incluam desmatamento; extração e tratamento de minerais; indústria de produtos minerais não metálicos; indústria metalúrgica, mecânica, de material elétrico, eletrônico e comunicação, de material de transporte, de madeira, de papel e celulose, de borracha, de couro e peles, química; supressão de área de preservação permanente para a execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social; complexos turísticos e de lazer, inclusive parques temáticos e autódromos; parcelamento do solo; empreendimentos efetiva ou potencialmente poluidores.

32 Competência do IBAMA: cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais do País ou de um ou mais estados; em terras indígenas; em unidades de conservação do domínio da União; localizados ou desenvolvidos em dois ou mais estados; cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um estado; próximos à bases ou empreendimentos militares, quando couber.

33 Competência dos Órgãos Estaduais: empreendimentos localizados ou desenvolvidos em mais de um município; projetos localizados em unidades de conservação estaduais; empreendimentos localizados ou desenvolvidos nas florestas de preservação permanente; projetos cujos impactos ambientais diretos ultrapassem os limites territoriais de um ou mais municípios.

34 Competência dos Órgãos Municipais: empreendimentos e atividades de impacto ambiental local; projetos próximos ou em unidades de conservação criadas pelo município; projetos sobre os quais houve delegação pelo estado por instrumento legal ou convênio.

35 Artigo 2º - Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA e In caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: I - Estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; II - Ferrovias; III - Portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; IV - Aeroportos, conforme definidos pelo inciso 1, artigo 48, do Decreto-Lei nº 32, de 18.11.66; V - Oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; VI - Linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KV; VII - Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques; VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão); IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração; X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos; XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW; XII - Complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos); XIII - Distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI; XIV - Exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental; XV - Projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes; XVI - Qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia.

36 Resolução CONAMA 237/97, Art. 11: Os estudos necessários ao processo de licenciamento deverão ser realizados por profissionais legalmente habilitados, às expensas do empreendedor.

Parágrafo único - O empreendedor e os profissionais que subscrevem os estudos previstos no caput deste artigo serão responsáveis pelas informações apresentadas, sujeitando-se às sanções administrativas, civis e penais.

37 Lei nº 9.605/1998, Art. 69-A. Elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou en-

ganoso, inclusive por omissão:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se há dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.

38 Áreas compreendendo águas rasas e sua área terrestre adjacente, quando parte de uma mesma atividade ou empreendimento.

39 Cf. art. 10 da Resolução IBAMA 422/2011: Art. 10. O IBAMA poderá licenciar as atividades de perfuração de forma integrada, sob a forma de polígonos de perfuração.

§ 1º A delimitação do polígono será proposta pelo empreendedor e estabelecida pelo IBAMA, com base na localização e na extensão da área geográfica, bem como o número estimado, a densidade e a localização prevista dos poços.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS COMO PARTE DO DIREITO DA ENERGIA: ENSAIO SOBRE A ÓTICA DE KIOBEL VS. ROYAL DUTCH SHELL



The Protection of Human Rights as part of Energy Law: Essay on Kiobel vs. Royal Dutch Shell

Eraldo Silva Júnior | es_junior@me.com

Doutorando e Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio. Defensor Público Federal.

Resumo

a ponderação entre segurança jurídica e justiça é a base do Direito. Em matérias envolvendo direito da energia, a estabilidade do marco regulatório é desafiada com frequência por demandas envolvendo direitos de grupos socialmente vulneráveis ou pela pressão de preservação do ambiente. Neste trabalho, objetiva-se analisar, ainda que sem objetivar a exaustão do tema, como a existência de válvulas de escape para demandas correlatas ao desenvolvimento da indústria da energia é imprescindível para a estabilidade da própria indústria. Como ponto central, usa-se o caso Kiobel vs. Royal Dutch Shell, derivado da exploração de hidrocarbonetos na província nigeriana de Ogoniland. .

Palavras-chave

direitos humanos; direito da energia; segurança jurídica; justiça

Abstract

the balance between legal predictability and justice is the basis of law. In issues involving energy law, the stability of the regulatory framework is often challenged by demands involving rights of socially vulnerable groups or by pressure to preserve the environment. In this work, the objective is to analyze, although without aiming the exhaustion of the subject, the existence of escape valves for demands related to the development of the energy industry is essential for the stability of the industry itself. As a central point, the Kiobel case is used. Royal Dutch Shell, derived from hydrocarbon exploration in the Nigerian province of Ogoniland.

Keywords

human rights; energy law; legal certainty; justice..

Introdução

O Direito tem como seus dois valores centrais, aparentemente antagônicos, a segurança jurídica e a justiça. Transpostos para o Direito da Energia, temos a aparente tensão entre a obrigação de garantir o retorno a investimentos, sem mudanças inesperadas no marco regulatório e a imperativa necessidade de mudanças, em especial em regiões de menor desenvolvimento relativo, visando a melhor proteção ambiental e a promoção da justiça social.

Em áreas correlatas, como no direito da governança, a dicotomia também pode ser observada. Sobre a governança global, enquanto alguns doutrinadores a veem como a tábua de salvação para todos os problemas existentes, outros criticam a falta de legitimidade de quaisquer conjuntos normativos oriundos de entes não estatais, especialmente quando abordamos a questão da governança privada.

Ponto de vista interessante é o exteriorizado por Maurice Kamto, membro da Comissão de Direito Internacional da ONU, que, entre 2004 e 2011, integrou o regime que governa Camarões desde 1982. Talvez por sua atuação política, Kamto afirma que “*a boa governança em todos os níveis seria essencial para alcançar um desenvolvimento durável, um crescimento econômico sustentável e a erradicação da pobreza*”¹. A “boa governança” é vista pelo político-doutrinador como uma saída possível para praticamente todos os problemas da humanidade: desenvolvimento, crescimento sustentável e erradicação da pobreza.

Por outro lado, Étienne Balibar afirma que a governança nada mais é do que uma espécie de estatismo sem Estado, resultante de um fratura irreparável entre global e local², o que, para Carlo Bordoni, resultaria em uma paralisia do Estado, restando este incapaz de resolver sejam os problemas locais, sejam os problemas globais, perpetuado o estado de crise³.

A tensão entre segurança jurídica e justiça é potencializada pelo estudo compartimentarizado do direito. No presente artigo, objetiva-se romper, ainda que minimamente, tal compartimentarização, a partir do estudo de um caso concreto: a sequência de fatos ocorridos na região

de Ogoniland, na Nigéria, que resultaram no caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (SCOTUS). Objetiva-se demonstrar, ainda que superficialmente, que a existência de rede de proteção de direitos humanos, apesar de aparentemente prejudicial a interesses de investidores, é essencial para a manutenção da estabilidade de dado sistema jurídico, não sendo sua existência exigência apenas do valor justiça, mas também da segurança jurídica.

1. O fechamento das portas do EUA pré-Trump E o caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell*

Historicamente, a jurisdição norte-americana, por questões como a adoção de regras de conexão relativamente flexíveis como o *minimum contact* ou pela existência dos chamados danos punitivos, serviu como importante instrumento para a defesa internacional dos direitos humanos. Explica-se: como o exercício de jurisdição americana é possível quando há mínimo contato do caso com os Estados Unidos e reparações/compensações por danos causados também possuem, naquele Estado, caráter punitivo, permitindo o alcance de altas somas, há tendência clara de se utilizar daquela jurisdição para litigância em matérias envolvendo direitos humanos.

Por certo, há casos notórios de abuso nesta prática, como no acidente envolvendo a unidade da Union Carbide em Bhopal, Índia⁴, mas o acesso à jurisdição norte-americana sempre foi uma alternativa para a defesa de grupos populacionais vulneráveis parece desaparecer. Neste ponto, analisaremos a decisão da *Supreme Court of the United States* (SCOTUS) no caso *Kiobel vs. Royal Dutch Shell*, proferida em 2013, após longos anos de jurisprudência em sentido oposto no âmbito dos tribunais inferiores, com especial atenção quanto à atuação de Estados estrangeiros em tentativa de frear o alcance da jurisdição norte-americana em questões envolvendo as grandes corporações multinacionais, bem como no impacto de tal decisão na sistemática de *forum shopping* em defesa dos direitos humanos.

No caso em destaque, um grupo de nigerianos, residentes à época dos fatos na região de Ogoniland, ingressaram em juízo nos Estados Unidos

da América, quando já residentes no território deste, contra, dentre outros, a Royal Dutch Shell, companhia petrolífera anglo-neerlandesa, alegando que esta atuara em desconformidade com o direito internacional ao apoiar reiteradas violações de direitos humanos cometidas pelas forças armadas nigerianas durante repressão a protestos em Ogoniland. Em socorro à Royal Dutch Shell, embora afirmando atuar como terceiros neutros, compareceram o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, o Reino dos Países Baixos e a República Federal da Alemanha, todos manifestando preocupações com o exercício extraterritorial de jurisdição pelos Estados Unidos da América.

Parte do estado nigeriano de Rivers, Ogoniland está localizada na margem oriental do delta do rio Níger, com topografia bastante acidentada, contando, no ano de 2006, com população aproximada de 832.000 mil habitantes, predominantemente da etnia Ogoni⁵. A região de Ogoniland enfrenta, há muito, constantes crises sociais e ambientais relacionadas à exploração e à produção de petróleo na região do delta do Níger com consequências que perduram até a presente data, não obstante tenham sido as atividades petrolíferas suspensas na região no ano de 1993.

A exploração e produção de petróleo na região tiveram início na década de 1950 e continuaram pelas décadas seguintes, sempre conduzidas por Shell Petroleum Development Company (Nigeria) Ltd (SPDC), uma *joint venture* formada pela companhia estatal nigeriana Nigerian National Petroleum Company (NNPC), Shell International, Elf e Agip. No momento da cessação das atividades, havia 12 campos na região, com 116 poços perfurados, 89 completos e capacidade de escoamento de cerca de 185.000 barris diários⁶.

Os problemas sociais e ambientais decorrentes das atividades petrolíferas desenvolvidas no período anterior à independência da Nigéria em 1960 permaneceram, sendo registrados constantes derramamentos de óleo, e culminaram na criação do Movimento pela Sobrevivência do Povo Ogoni. A atuação do grupo, que demandava maior autonomia política e participação nos resultados da produção, foi duramente reprimida pelo Estado nigeriano, com a eclosão de

grande e persistente onda de violência, responsável pela cessação da exploração e produção em Ogoniland no ano de 1993.

Os autores⁷ do processo analisado residiam em Ogoniland durante um dos períodos de violência mais marcantes, no qual, segundo a população local, o Exército nigeriano e a polícia local atacaram as vilas Ogoni, valendo-se de métodos claramente violadores de direitos humanos, como tortura e estupros em massa. Após tais episódios, os autores conseguiram fugir para os Estados Unidos da América, onde foram reconhecidos como refugiados.

Considerando que a grande repressão estatal, responsável pelas violações apontadas, objetivava a normalização da exploração e da produção de petróleo em Ogoniland pela SPCD, os autores ingressaram em juízo contra as suas controladoras Royal Dutch Petroleum Company (Royal Dutch), pessoa jurídica incorporada no Reino dos Países Baixos, e Shell Transport and Trading Company, p.l.c. (Shell), pessoa jurídica incorporada na Inglaterra, requerendo a responsabilização de ambas pelos atos praticados. Ressalte-se que, de acordo com as vítimas e com numerosas instituições de defesa aos direitos humanos, a participação da Shell foi considerável, com o desenvolvimento de estratégias de atuação das forças de repressão, pagamento de propinas para viabilizar tal atuação e até mesmo com a indicação de líderes que deveriam ser eliminados.⁸

Os atos supostamente praticados pelos réus, em especial os relativos à tortura e aos homicídios, são objeto de farto material convencional, com grande destaque para o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁹, que, em seu artigo 7º, 1, *a* e *f* define o homicídio e a tortura como Crimes contra a Humanidade, quando cometidos no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil. Resta saber se a gravidade de tais atos possibilitariam a atuação do Judiciário norte-americano, questão que se resolve com a análise da legislação e sobretudo da jurisprudência pertinente.

O parágrafo 1350 do Código dos Estados Unidos da América dispõe que as cortes distritais têm jurisdição original para qualquer ação cí-

vel intentada por estrangeiro, quando esta tiver como objeto a responsabilização civil por violação do direito internacional ou tratados firmados pelos Estados Unidos¹⁰. Conhecido como *Alien Tort Statute*, tal dispositivo foi historicamente utilizado pelos tribunais norte-americanos para o exercício extraterritorial de sua jurisdição.

Em *Filártiga v. Peña Irala*¹¹, familiares de jovem (Joelito Filártiga) torturado e morto pelo então Inspetor-Geral de Polícia de Assunção (Américo Norberto Peña Irala) durante o governo Stroessner ingressaram em juízo nos Estados Unidos da América requerendo reparação civil. No momento do ajuizamento, Dolly Filártiga, irmã da vítima, e o réu residiam em território norte-americano, apesar de o último encontrar-se em situação imigratória irregular. A United States Court of Appeals, Second Circuit, reconheceu a possibilidade de exercício de jurisdição, afirmando que estrangeiros vítimas de graves violações de direitos humanos podem recorrer ao judiciário norte-americano desde que este tenha como exercer jurisdição sobre o réu, salientando, ainda, que a proteção contra a tortura constitui direito internacional costumeiro de elevada categoria.

Em *In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation*¹², a United States Court of Appeals, Ninth Circuit, igualmente reconheceu a possibilidade de exercício de jurisdição em caso envolvendo pedido de responsabilização civil formulado por nacional das Filipinas contra o ex-Presidente filipino Ferdinand Marcos, por atos de tortura cometido nas Filipinas.

Tais casos constituem os precedentes de maior relevância na jurisprudência norte-americana e, apesar de não terem sido submetidos à SCOTUS, foram objeto de aprovação desta quando do julgamento de *Sosa v. Alvarez-Machain*¹³.

Humberto Álvarez-Machain, nacional mexicano, fora extraído do território de seu país por um grupo de mercenários que o levou ao território dos EUA, onde foi submetido a julgamento – e absolvido – por suposta participação em homicídio de oficial do governo norte-americano. No caso em questão, discutia-se a responsabilidade civil dos indivíduos responsáveis por sua captura e remessa ilegal para o território dos EUA.

Em *Sosa v. Alvarez-Machain*, a SCOTUS, além de referir-se em aprovação aos casos *Filártigas* e *Marcos* analisados *supra*, definiu parâmetros razoavelmente objetivos para a existência de jurisdição norte-americana em casos envolvendo o *Alien Tort Statute*, restringindo sua aplicação aos casos nos quais haja jurisdição sobre as pessoas envolvidas (por exemplo, com a residência do réu em território norte-americano) e a conduta ensejadora de responsabilização seja objeto de proibição clara pelo direito internacional, enquadrando-se dentre limitado rol de atos especialmente odiosos, como pirataria, tortura e genocídio. Ainda, a SCOTUS fez menção expressa à possibilidade de afastamento da jurisdição através do princípio aberto do *forum non conveniens*.

Os três casos analisados resumem de modo satisfatório o tratamento dado pelo Judiciário norte-americano, inclusive pela SCOTUS, à responsabilidade civil por atos praticados no exterior, com o reconhecimento expresso da existência de jurisdição, servindo até mesmo como um incentivo ao ajuizamento de ações do gênero nos EUA.

Importante destacar que o procedimento de fixação de jurisdição no *common law* norte-americano é duplo, com a divisão entre *subject matter jurisdiction* e *personal jurisdiction*. Ao contrário do que acontece em países do *civil law*, como o Brasil, no qual basta a presença de um dos elementos fixadores de jurisdição, nos EUA é imprescindível a existência da jurisdição sobre a matéria e sobre as pessoas para que um determinado caso possa ser efetivamente julgado. Assim, a jurisprudência sobre o *Alien Tort Statute* deve ser entendida como relativa tão somente ao aspecto material da jurisdição, sendo necessária a análise caso a caso quanto ao aspecto subjetivo desta.

Fato é que, no momento do ajuizamento da ação por Kiobel e outros, todos os elementos presentes indicavam a existência de jurisdição *subject matter*, eis que a conduta ensejadora de reparação caracteriza-se como violadora dos mais básicos direitos humanos reconhecidos internacionalmente, ante os reiterados episódios de tortura – física e psicológica – ocorridos em Ogoniland. A expectativa existente era de dis-

cussão tão somente quanto ao aspecto subjetivo, visto serem os réus pessoas jurídicas estrangeiras.

Neste sentido, a decisão da SCOTUS foi recebida com grande surpresa, não só pelas partes, mas pela grande maioria das instituições que militam na área dos direitos humanos. Não se trata, contudo, de mudança de posicionamento inexplicável, sendo evidente que a intervenção de Estados estrangeiros no feito e a constante preocupação da SCOTUS com a repercussão de suas decisões na política internacional desempenharam papel fundamental nesta guinada.

Ante a grande repercussão do caso e a possibilidade de os Estados Unidos da América declararem ter jurisdição sobre violação de direitos humanos cometida no exterior por empresas estrangeiras contra nacionais de outros Estados, inúmeros entes, de especialistas em direito internacional a grandes multinacionais, se apresentaram como *amicus curiae*. Dessas intervenções, destacamos as realizadas pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e pelo Reino dos Países Baixos em conjunto e pela República Federal da Alemanha, por tratar-se de comparecimento de Estados ao judiciário estrangeiro.

O Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e o Reino dos Países Baixos apresentaram manifestação em conjunto¹⁴ devido à peculiar estrutura societária da Royal Dutch Shell, p.l.c., empresa verdadeiramente binacional, principal ente do conglomerado que engloba, em última análise, a SPCD. Na manifestação conjunta, defendem que o direito internacional impõe a limitação do exercício de jurisdição extraterritorial pelos Estados, sendo que a tendência de alargamento jurisdicional identificada nos Estados Unidos representariam um relevante risco de conflito diplomático e até mesmo violação ao direito internacional.

Já a República Federal da Alemanha ingressou no feito como *amicus curiae*¹⁵ manifestando-se contrariamente ao exercício extraterritorial de jurisdição pelos Estados Unidos da América, requerendo a adoção de interpretação restritiva do ATS, negando jurisdição e, por consequência, evitando gastos desnecessários aos réus. A Alemanha é firme, ainda, ao requerer que a SCOTUS leve em consideração o interesse de

outros Estados em exercer jurisdição sobre seus próprios súditos e territórios, em especial em matéria de responsabilidade corporativa, sendo uma interpretação ampliativa do ATS, portanto, uma violação reflexa à soberania dos demais Estados envolvidos.

Os três Estados afirmaram em diversos momentos repudiar condutas corporativas que resultassem em violação a direitos humanos, mas foram enfáticas ao defender a limitação da jurisdição norte-americana.

A SCOTUS entendeu por unanimidade não haver jurisdição para o julgamento do caso, mas houve divergência quanto aos fundamentos. Por maioria, decidiu que a presunção contra a extraterritorialidade das leis se estende ao *Alien Tort Statute* e que, na inexistência de elementos neste que indiquem a vontade do legislador de ver a sua aplicação extraterritorial, deve ser o seu teor entendido como não aplicável a fatos ocorridos no estrangeiro.

A decisão em *Kiobel* representa relevante mudança na jurisprudência norte-americana e, em primeira leitura, indica até mesmo uma interpretação contrária ao texto da lei. A linha argumentativa desenvolvida pelo Chief Justice Roberts, redator do voto vencedor, expõe os interesses existentes por trás de tão relevante mudança. Por outro lado, as críticas formuladas pelo Justice Breyer, cujo voto vencido foi acompanhado por três outros membros da SCOTUS, merecem análise, por apontar claramente as incongruências existentes entre a decisão da Corte e a jurisprudência histórica.

O Chief Justice Roberts, relator vencedor, delimitou a questão sob análise à possibilidade e aos limites do reconhecimento pelas Cortes norte-americanas do uso de uma grave violação do direito internacional levada a cabo em território sujeito a uma outra soberania como causa de pedir em uma ação movida nos EUA. A questão, assim, se limitaria à *subject matter jurisdiction*.

De acordo com o relator, o ATS, datado de 1789, fora invocado em poucas ocasiões desde então e, apesar de prever a jurisdição das cortes, não contém nenhuma causa de pedir específica. Assim, é necessário recorrer a outros instrumentos para definir quais causas de pedir seriam

admissíveis, concluindo que, de acordo com a *common law*, estas seriam um número pequeno de graves violações ao direito internacional. Mesmo assim, as condutas em questão não poderiam ser praticadas no território sob a jurisdição de outro Estado, visto que conflitos entre soberanos devem ser evitados a todo custo.

Citando o caso *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, o relator afirma que, para a SCOTUS intervir no delicado campo das relações internacionais, deve haver uma sinalização clara e inequívoca do Congresso de ser esta a sua intenção, não bastando o fornecimento de mecanismos aptos a viabilizar tal intervenção.

O relator afirma reiteradamente que o Judiciário deve ser extremamente cauteloso ao analisar causas sujeitas ao ATS, visto que as potenciais implicações políticas no âmbito internacional poderiam ser interpretadas como ingerência indevida no âmbito de atuação discricionária do Legislativo e do Executivo.

Para o relator, ao dispor que as cortes distritais terão jurisdição originária para quaisquer ações cíveis intentadas por estrangeiros cujo objeto seja pedido de responsabilidade civil decorrente de violação ao direito internacional ou a tratados firmados pelos Estados Unidos da América, o ATS não efetuou qualquer tipo de indicação quanto à sua aplicação extraterritorial, não obstante ter sido a legislação em questão adotada no contexto do combate à pirataria. Nesta, contudo, os atos seriam praticados no alto-mar, e não em território estrangeiro, não havendo qualquer similaridade com os fatos em análise.

Finalmente, o relator cita o Justice Story, um dos maiores expoentes do direito internacional norte-americano, em passagem de especial relevância simbólica, segundo o qual “*no nation has ever yet pretended to be the custos morum of the whole world...*”.

Justice Breyer abriu divergência no julgamento, concluindo pela existência de *subject matter jurisdiction*, mas pela ausência de *personal jurisdiction*, tendo sido acompanhado por Justice Ginsburg, Justice Sotomayor e Justice Kagan.

De acordo com o Justice Breyer, a própria natureza do ATS implica sua incidência extraterri-

torial, na medida em que, no momento de sua aprovação, teve como objetivo combater violações a salvo-condutos e aos direitos de embaixadores e pirataria. Considerando a necessidade de interpretação evolutiva do dispositivo, teria aplicação a todas as violações ao direito internacional cuja gravidade fosse equivalente à pirataria do século XVIII.

A partir do histórico do ATS, Justice Breyer afirma que haveria jurisdição dos EUA quando 1- o ato causador de dano ocorreu em território norte-americano, 2- o réu for nacional dos EUA, ou 3- a conduta do réu violar algum interesse relevante dos EUA, dentre os quais se incluiria a não caracterização dos EUA como um porto seguro para os grandes inimigos da humanidade. O referido magistrado critica duramente a distinção feita pela SCOTUS entre atos de pirataria e atos praticados em território de outro Estado, eis que os navios, quando em alto-mar, encontram-se sujeitos à jurisdição do Estado que lhe deu bandeira.

Justice Breyer conclui que as violações a direitos humanos apontadas são violações ao direito internacional graves o bastante para atrair a jurisdição norte-americana, mas, por ser a presença dos réus nos EUA limitada a pequeno escritório em Nova Iorque destinado a divulgar informações a investidores da Bolsa de Valores local, não haveria jurisdição pessoal sob os réus.

O voto minoritário reflete a jurisprudência reiterada das cortes ordinárias e da própria SCOTUS, possuindo consistência interna e sistemática. Contudo, tal entendimento permitiria o ajuizamento de novas ações similares perante as Cortes Interamericanas, o que faria com que o claro objetivo almejado pela SCOTUS não fosse alcançado.

O exercício da jurisdição é um dos aspectos mais relevantes da soberania estatal, na medida em que resulta na imposição da vontade de um ente a particulares em uma relação hierárquica, na qual o soberano se põe claramente em uma posição de superioridade.

Como decorrência da hierarquização das relações jurisdicionais, temos a máxima do *par in parem non habet imperium*, brocardo representativo da imunidade de jurisdição do Estado,

segundo o qual é defeso a um Estado soberano o exercício de jurisdição sobre outro Estado, e o princípio da territorialidade das leis e da jurisdição, impedindo que um Estado imponha a sua vontade sobre bens e pessoas localizadas em território sujeito a um outro ente soberano.

Fenômenos complexos da pós-modernidade, caracteriza sobretudo pelo constante fluxo de pessoas e capitais e com a diminuição da relevância prática das fronteiras nacionais, resultaram em um crescente caráter extraterritorial da legislação e do exercício de jurisdição pelos Estados, criando um crescente campo de conflito e de afirmação de poder pelos entes soberanos, em especial em áreas sensíveis como a atuação de transnacionais.

Se, em um primeiro momento, identificamos uma clara tendência do Judiciário norte-americano em oferecer o seu foro às mais diversas demandas, reconhecendo claro caráter extraterritorial às suas atividades, temos uma mudança de paradigma com o julgamento do caso *Kiobel*, na medida em que a SCOTUS reconhece a relevância geopolítica do exercício de jurisdição e estabelece como critério claro para a extraterritorialidade a existência de manifestação do Executivo e do Legislativo neste sentido.

Não há dúvidas de que as manifestações contundentes de Estados relevantes no delicado jogo de poderes do mundo contemporâneo alertando quanto à possível ingerência indevida em campos que seriam de sua atribuição desempenhou papel relevante na mudança de entendimento da SCOTUS.

2. DA NECESSIDADE DE VÁLVULAS DE ESCAPE COMO GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Terça-feira, de manhã. Mas, seria possível? Dois dias antes, no campo de Petrogrado, havia apenas bandos sem chefes, sem víveres, sem artilharia, vagando à toa, sem nenhuma orientação. O que teria fundido essas massas desorganizadas e sem disciplina, de guardas-vermelhos e de soldados sem oficiais, num exército obediente aos chefes por eles mesmos escolhidos, num exército temperado para receber o choque da artilharia e o assalto da cavalaria cossaca?¹⁶

O relato de John Reed exterioriza grande surpresa quanto à capacidade de auto-organização coletiva em momentos de dificuldade. É bem verdade que o episódio relatado – a vitória do Exército Vermelho na Revolução de Outubro de 1917 e o início do processo que culminaria na criação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) em 1922 – não surgiu espontaneamente, o processo de decadência do Império Russo se prolongava há muito, já estava evidente na São Petersburgo de Dostoiévski, digamos em *Crime e Castigo* (1866). A eclosão da maior das guerras – quem dera tivesse permanecido com este título – e os esforços czaristas em defesa de projetos geopolíticos alheios aos interesses diretos da população esfomeada levaram à erupção menchevique e à subsequente explosão bolchevique.

Em ordens baseadas na desigualdade, é imprescindível a existência de válvulas de escape para a base da pirâmide. É imprescindível que haja ao menos uma vã esperança de ascensão social ou de “justiça”. Quando todas elas desaparecem, a panela de pressão explode.

O século XXI é, até o momento, um século de crise, e a crise atual não é apenas econômica, tendo um forte componente humanitário. Se antes eram usados termos como conjuntura, encarada como uma transição dolorosa, mas necessária, visando alcançar nova fase de prosperidade, portanto com uma visão positiva dos momentos de dificuldade, atualmente não há perspectiva de solução, ao menos de médio prazo, para os problemas que assolam a sociedade internacional.

A exploração de recursos energéticos, sobretudo a exploração de hidrocarbonetos em Estados com menor desenvolvimento relativo, é elemento gerador de tensão. A ausência de regulação, ou talvez a não compreensão do fato de que a proteção ambiental e a proteção de minorias é essencial para a existência de um ambiente de negócios seguro, faz com que ganhos expressivos em curto prazo sejam priorizados em detrimento de ganhos, ainda assim altos, mas sustentáveis.

Episódios como o ocorrido em Ogoniland provocam não só migração em massa, mas também resultam em pressão interna e internacional para

mudanças. Aumenta-se a instabilidade, crescem os riscos à atividade econômica desenvolvida.

O direito internacional, novamente em crise – e quando não o esteve? – não parece mais bastar para alcançar o seu principal fim: a manutenção da ordem e da segurança. O caminho para longe da instabilidade é invariavelmente político – mas como alcançá-lo em um momento em que os tomares de decisão não necessariamente são aqueles escolhidos para tanto e há forte clamor popular em sentidos completamente divergentes? Parece-nos altamente improvável que, seguindo os eventos o curso atual, possa a ordem jurídica internacional continuar dando respostas minimamente efetivas às questões que lhe são postas. A ruptura do sistema se aproxima. Rupturas nunca são boas para os negócios. Raramente são boas para quem quer que o seja.

Bibliografia

BALIBAR, Étienne. *Cittadinanza*, Torino: Bollati Boringhieri, 2012.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Rio de Janeiro, Zahar

BRANDSCHEIDT, J. *Menschenrechtsverletzungen im Rahmen europäischer Flüchtlingspolitik am Beispiel Frontex*. Norderstedt: Grin Verlag, 2011

EVANS, Richard J. *A chegada do Terceiro Reich*. 3ª ed, São Paulo: Planeta, 2016.

KAMTO, Maurice. *Droit international de la gouvernance*; A.Pedone : Paris, 2013. P. 8.

LÖHR, T. *Schutz statt Abwehr: für ein Europa des Asyls*. Berlin: Verlag Klaus Wagenbach, 2010

REED, John. *10 dias que abalaram o mundo*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009

UNHCR. *War's human cost: UNHCR Global Trends 2013*. Genebra: UNHCR, 2014.

UNHCR. *Global Trends : Forced displacement in 2015*. Genebra: UNHCR, 2016.

Referências

- 1 Do original em francês: « une bonne gouvernance à tous les niveaux était essentielle pour atteindre un développement durable, une croissance économique soutenue et à la éradication de la pauvreté ». In : KAMTO, Maurice. *Droit international de la gouvernance* ; A.Pedone : Paris, 2013. P. 8.
- 2 In: BALIBAR, Étienne. *Cittadinanza*, Torino: Bollati Boringhieri, 2012.
- 3 In: BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de Crise*. Rio de Janeiro, Zahar, 2016. P. 23.
- 4 Em 1984, acidente industrial de grandes proporções na unidade da Union Carbide Indian Limited em Bhopal, Índia, levou ao vazamento de grandes quantidades de gases tóxicos, provocando a morte direta de milhares de pessoas. O próprio governo indiano tentou litigar contra a controladora da empresa em questão, então a Union Carbide Carbon Corporation, nos Estados Unidos, apesar de todos os fatos e todas as partes envolvidas estarem sob sua própria jurisdição. Informação disponível em <https://www.business-humanrights.org/en/union-carbidedow-lawsuit-re-bhopal>. Acesso em 13 de dezembro de 2018.
- 5 United Nations Environment Programme, 2011, p. 22
- 6 Idem, p.22
- 7 Conforme informações disponíveis em <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/factsheet%3A-case-against-shell-0>, Karalolo Kogbara, ao reclamar da destruição de sua plantação por tropas estatais, foi baleado e perdeu um braço. Uebari N-nah foi baleado e morto por soldados próximo a uma instalação da SPCD. Owen Wiwa foi detido reiteradamente durante o ano de 1994 para evitar sua participação em protestos, sempre submetido à tortura. Michael Vizer foi preso por suas atividades políticas, tendo sua filha estuprada no momento da prisão, sendo submetido posteriormente a sessões de tortura e tendo seu filho preso e torturado quando tentou lhe entregar comida. Por fim, Ken Saro-Wiwa, John Kpuinen, Barinem Kiobel, Saturday Doobee, Daniel Gbokoo e Felix Nuate, cujos familiares integram o polo ativo da demanda, faziam parte dos chamados Nove Ogoni – os líderes do movimento de resistência Ogoni – tendo sido condenados à morte e executados em processo irregular, sem garantia de defesa, por homicídios cometidos pelo Estado em uma reunião da qual participaram.
- 8 Informação disponível em: <http://ccrjustice.org/learn-more/faqs/factsheet%3A-case-against-shell-0>
- 9 Informação disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm
- 10 The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.¹
- 11 Informação disponível em: <http://www.ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1-irala>
- 12 Informação disponível em: http://www.law.com/jsp/ca/PubArticleCA.jsp?id=1202423436145&In_re_Estate_of_Ferdinand_E_Marcos_Human_Rights_Litigation&slreturn=20130913202128
- 13 Informação disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=sosa&url=/supct/html/03-339.ZS.html>
- 14 Informação disponível em: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_neutralamcunetherlands-uk-greatbritain-andirelandgovs.authcheckdam.pdf
- 15 Informação disponível em: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-1491_respondentamcufederalrepublicofgermany.authcheckdam.pdf
- 16 REED, John. 10 dias que abalaram o mundo. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009. P.276