



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



**FILIPE LÔBO GOMES**

**REGULAÇÃO ESTATAL E O PRÉ-SAL: por uma proposta de modelagem institucional  
voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a  
otimização dos contratos de partilha de produção**

Tese de Doutorado

Recife

2015



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



**FILIPE LÔBO GOMES**

**REGULAÇÃO ESTATAL E O PRÉ-SAL: por uma proposta de modelagem institucional  
voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a  
otimização dos contratos de partilha de produção**

Tese de Doutorado

Recife

2015

**FILIPPE LÔBO GOMES**

**REGULAÇÃO ESTATAL E O PRÉ-SAL: por uma proposta de modelagem institucional  
voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a  
otimização dos contratos de partilha de produção**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.  
Linha de pesquisa 01: Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Recife

2015

Catálogo na fonte  
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

G633r

Gomes, Filipe Lôbo

Regulação estatal e o pré-sal: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção. – Recife: O Autor, 2015.

207 f. : quadro.

Orientador: Marcos Antônio Rios da Nóbrega.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Petróleo - Prospecção - Brasil. 2. Direito e economia - Brasil. 3. Estado. 4. Direito administrativo - Constitucionalização. 5. Globalização. 6. Eficiência. 7. Desenvolvimento econômico - Direito fundamental. 8. Brasil - Condições econômicas. 9. Contratos - Brasil. 10. Partilha. 11. Petróleo - Comércio - Aspectos econômicos - Brasil. 12. Petróleo - Política governamental - Brasil. 13. Direito constitucional - Brasil. 14. Cláusulas (Direito) - Brasil. 15. Direito comparado - Direito administrativo comparado. 16. Agências reguladoras de atividades privadas. 17. Brasil. [Lei nº 12.351/2010]. I. Nóbrega, Marcos Antônio Rios da (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2015-024)

**FILIPPE LÔBO GOMES**

**REGULAÇÃO ESTATAL E O PRÉ-SAL: por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

**Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.**

**Linha de pesquisa 01: Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos.**

**Orientador: Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega**

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes termos:

**MENÇÃO GERAL: APROVADO**

Professor Dr. **Marcos Antônio Rios da Nóbrega** (Presidente/Orientador)

Professor Dr. **Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior** (1º Examinador Externo/UFAL)

Julgamento: Aprovado      Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. **Adrualdo de Lima Catão** (2º Examinador Externo/UFAL)

Julgamento: Aprovado      Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti** (3º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: Aprovado      Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. **Aurélio Agostinho da Bôaviagem** (4º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: Aprovado      Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. **Gustavo Ferreira Santos** (5º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: Aprovado      Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, 27 de abril de 2015.

Coordenador Prof. Dr. **Edilson Pereira Nobre Júnior**.

Dedico esta tese a minha esposa, Janne, pela paciência, pelo apoio incondicional e por uma série de valores que mereceriam um tratado para listá-los. Obrigado por ter vivido a minha vida nesses anos em conjunto com a formação dos nossos pequeninos, Vinícius e Valentina. Essa conquista também é sua.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, pela existência e por uma força interna que me impulsiona a estar sempre efetuando novas conquistas.

Ao Professor Dr. e tio Paulo Luiz Neto Lôbo, pelo apoio, sugestões e incentivos sempre constantes em todo o percurso de minha formação acadêmica e profissional. A excelente acolhida familiar em outro Estado facilitou sobremaneira o meu desempenho na Faculdade de Direito do Recife.

Ao Prof. Pós-Doutor Marcos Antônio Rios da Nóbrega, orientador presente e atuante na elaboração dessas linhas, exemplo em generosidade, serenidade e motivação a ser seguido. Agradeço ao mestre por me apresentar a Análise Econômica do Direito e o seu importante contributo para uma compreensão racional do ordenamento jurídico nacional.

Aos Professores Doutores Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, Edílson Pereira Nobre e Francisco Ivo Dantas Cavalcanti pelo desvelamento crítico da Ciência Jurídica, mormente do Estado e da Regulação nacionais.

Aos amigos do Tribunal de Justiça, em especial, ao Des. Pedro Augusto Mendonça de Araújo, por ter me compreendido e apoiado no desenlace desse grande desafio, o tornar-me Doutor na minha área de conhecimento.

À UFAL – Universidade Federal de Alagoas, da qual sou Professor, pelo apoio institucional e logístico recebido, a quem agradeço nas pessoas do Magnífico Reitor Eurico Lôbo, do Prof. Dr. Andreas Joachin Krell e do Prof. Dr. José Barros Correia Júnior. Dentro dessa Instituição, destaco especial agradecimento aos amigos que nutro desde a época do Mestrado e que hoje dividem comigo o orgulho de sermos Professores desta Instituição, Professores Doutores Beclaute Oliveira e Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt.

À minha família pelo apoio e compreensão sem medidas.

Aos eméritos membros desta banca, pela possibilidade de demonstrar os meus conhecimentos aos seus mais abalizados juízos.

Aos meus colegas do doutorado, por terem dividido essa importante experiência comigo.

Contra a globalização do capital oligopolista, há que *globalizar a democracia* – em formas estruturadas democraticamente em si mesmas, enquanto auto-organização móvel, com um "povo" global a ser criado, paulatinamente, por meio da resistência, enquanto ator e veículo da comunicação na esfera pública mundial, da crítica e da formulação de opções melhores: com vistas a uma sociedade mundial futura, na qual a economia exista novamente em função das pessoas, e onde a estas seja possível decidir democraticamente seus destinos na condição de membros iguais de uma sociedade não excludente. (Friedrich Müller. Democracia e exclusão social em face da globalização. 2006)

## RESUMO

GOMES, Lôbo Filipe. **Regulação estatal e o pré-sal:** por uma proposta de modelagem institucional voltada à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico mediante a otimização dos contratos de partilha de produção. 2015. 215f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

Este estudo visa apresentar os efeitos que uma interpretação concretizadora do direito fundamental ao desenvolvimento econômico pode dar sobre o marco regulatório do pré-sal. A análise visa abordar, dentro dos limites traçados anteriormente, uma conformação adequada à boa-governança das disposições da Lei nº 12.351/2010, principalmente no que se refere à fixação de parâmetros informadores aos contratos de partilha de produção do pré-sal. O objetivo geral desta tese está voltado à oferta de propostas de otimização da regulação do pré-sal que promovam um arranjo institucional necessário à promoção do direito fundamental ao desenvolvimento econômico. Assim, é apresentada a compreensão do que são os custos de transação e são desvelados os efeitos nocivos das falhas do mercado e das falhas de governo. A partir desses elementos, é desenvolvida a importância da compreensão do contexto regulatório como medida necessária a que o Estado possa internalizar as externalidades e maximizar os benefícios decorrentes da exploração de recursos pertencentes ao patrimônio nacional. A pesquisa segue, então, em direção ao estabelecimento das linhas mestras da regulação dos contratos de partilha de produção, ou seja, do texto. A par delas é feita uma abordagem regulatória constitucional, da regulação no direito administrativo comparado, dos custos de transação e da governança do setor público. Ao fim, depois da análise das bases teóricas e jurisprudenciais mais importantes, e consolidando todos os fundamentos aventados anteriormente, avança-se sobre a oferta de propostas para a melhoria do marco regulatório, com vistas a torná-lo mais adequado ao contexto e ao cenário nacional e, a partir daí, favorecer com que ele seja eficiente, sensato e essencial à concretização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico.

Palavras-chave: Regulação. Pré-Sal. Constitucionalização do Direito Administrativo. Eficiência. Análise Econômica do Direito. Direito Fundamental ao Desenvolvimento Econômico. Governança.

## ABSTRACT

GOMES, Lôbo Filipe. **State regulation and the pre-salt:** by a proposal of an institutional model going back to the promotion of the fundamental right to economic development through the optimization of production sharing contracts. 2015. 215f. Doctoral Thesis (PhD of Law) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

This study aims to demonstrate the impact that a prolific interpretation of the fundamental right to economic development can have on the regulatory framework of the pre-salt. The analysis aims to address, within the limits set above, a proper conformation to good governance of the provisions of Law no. 12.351/2010, mainly as regards the fixing of informant parameters to the pre-salt production sharing contracts. The general aim of this dissertation is focussed on the supply of optimization proposals for the regulation of the pre-salt that promote the institutional arrangements necessary to promote the fundamental right to economic development. Thus, the understanding of what are the transaction costs is presented and the harmful effects of market failures and government failures are revealed. From these elements, the importance of understanding the regulatory context is developed, as far as is relevant for the state to be able to internalize externalities and maximise the benefits from the exploitation of resources belonging to the national heritage. The research then continues towards the establishment of guidelines regulating the production sharing contracts, i.e. the text. The pair of them make a constitutional regulatory approach, of the regulation in comparative administrative law, of transaction costs and of public sector governance. At the end, after the analysis of the most important theoretical and jurisprudential bases, and consolidating all the basic concepts mentioned earlier, the supply of proposals is advanced to improve the regulatory framework, in order to make it more appropriate to the context and to the national scene and, from there, to encourage it to be efficient, sensible and essential to the achievement of the fundamental right to economic development.

Keywords: Regulation. Pre-Salt. Constitutionalisation of Administrative Law. Efficiency. Economic Analysis of Law. Fundamental Right to Economic Development. Governance.

## RÉSUMÉ

GOMES, Lôbo Filipe. **Régulation étatique et le pré-sel:** pour une proposition de modèle institutionnel visant à promouvoir le droit fondamental au développement économique grâce à l'optimisation des contrats de partage de la production. 2015. 215f. Thèse (Doctorat en droit) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015.

Cette étude vise à présenter les effets que peut avoir une interprétation en vue de la concrétisation du droit fondamental au développement économique sur le cadre réglementaire du pré-sel. L'analyse prétend aborder, dans le cadre fixé ci-dessus, une conformation appropriée à la bonne gouvernance des dispositions de la Loi n ° 12351/2010, principalement en ce qui concerne l'établissement d'indicateurs évaluatifs des contrats de partage de production du pré-sel. L'objectif général de cette thèse est de formuler des propositions pour optimiser la régulation du pré-sel en vue d'un arrangement institutionnel nécessaire à la promotion du droit fondamental au développement économique. Ainsi, nous introduisons la compréhension de ce que sont les coûts de transaction et nous révélons les effets néfastes des défaillances du marché et des erreurs du gouvernement. À partir de ces éléments, nous développons l'importance de la compréhension du contexte réglementaire en tant que démarche nécessaire à l'État afin d'internaliser les externalités et de maximiser les bénéfices qui découlent de l'exploitation des ressources appartenant au patrimoine national. La recherche se poursuit alors vers la mise en place de lignes directrices de la régulation des contrats de partage de production, c'est-à-dire, le texte. Une fois celles-ci assimilées, nous effectuons une approche réglementaire constitutionnelle de la régulation, dans le droit administratif comparé, des coûts de transaction et de la gouvernance du secteur public. Enfin, suite à l'analyse des bases théoriques et jurisprudentielles les plus importantes, et afin de consolider tous les fondements mentionnés auparavant, nous progressons vers la formulation de propositions visant à améliorer le cadre réglementaire, afin de le rendre plus adapté au contexte et au scénario national pour, ensuite, l'encourager à être efficient, sensé et essentiel à la réalisation du droit fondamental au développement économique.

Mots-clé : Régulation. Pré-sel. Constitutionnalisation du Droit Administratif. Efficience. Analyse Économique du Droit. Droit Fondamental au Développement Économique. Gouvernance.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

Ação direta de inconstitucionalidade - **ADI**

Agência nacional do petróleo, gás natural e biocombustíveis - **ANP**

Constituição federal - **CF**

Conselho nacional de política energética - **CNPE**

Comitê operacional - **CO**

Ministério de minas e energia – **MME**

Nova economia institucional - **NEI**

Organização para a cooperação e desenvolvimento econômico - **OCDE**

Petróleo brasileiro S/A - **PETROBRAS**

Pré-sal petróleo S/A - **PPSA**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>1 POR UMA NOVA COMPREENSÃO DO ESTADO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO – UM ESTADO REGULADOR EFICIENTE</b> .....	19
1.1 Preliminar teórica – a concepção atual do Estado e a constitucionalização do direito administrativo.....	19
1.2 O princípio da eficiência – perspectiva econômica e jurídica sobre a sua conformação.....	32
1.2.1 Algumas ponderações sobre o conceito de eficiência.....	32
1.2.2 Da conformação da maximização do bem-estar ao direito fundamental ao desenvolvimento econômico.....	40
<b>2 ANÁLISE ECONÔMICA DA PARTILHA DE PRODUÇÃO DO PRÉ-SAL – AONDE VAI E ATÉ ONDE PODEREMOS IR</b> .....	50
2.1 Para compreender o assunto.....	50
2.2 Pontos principais do novo marco regulatório do pré-sal.....	54
2.3 Análise dos posicionamentos doutrinários pró e contra o novo marco regulatório do pré-sal sob a lente da análise econômica do direito e da constitucionalização da regulação.....	61
2.4 Análise jurídico-econômica das cláusulas do contrato de partilha de produção do pré-sal.....	86
<b>3 A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE COMPARADA – POR QUE ENTENDER A REGULAÇÃO DE ECONOMIAS LIBERAIS É IMPORTANTE PARA COMPREENDER A PERSPECTIVA MAXIMIZADORA DE LUCRO QUANDO O ESTADO NO PRÉ-SAL É O PRINCIPAL E O AGENTE DE MANEIRA CONCOMITANTE?</b> .....	92
3.1 O direito comparado e o direito administrativo comparado.....	92
3.1.1 Delimitação conceitual.....	92
3.1.2 A importância da noção de sistema para o direito comparado.....	95
3.2 A comparação entre o <i>civil law</i> e o <i>common law</i> – uma análise necessária para compreender o direito administrativo norte-americano – <i>administrative law</i> .....	96
3.3 As agências reguladoras em ambos os sistemas – do nascedouro até a concepção atual.....	99
3.4 Eles já passaram por isso. Será que existe alguma solução que possa ser apropriada dentro de um <i>benchmarking</i> institucional - análise da jurisprudência comparada – Supremo Tribunal Federal <i>versus</i> Suprema Corte Norte-americana.....	109
<b>4 A REGULAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO NACIONAL</b> .....	117
4.1 Preliminar teórica – a diferenciação entre intervenção direta e intervenção indireta do Estado.....	117

4.2 A conformação do termo regulação.....	121
4.3 A delegação, a desregulação, a re-regulação, a autorregulação e a regulamentação.....	127
4.4 O principal instrumento da regulação no direito nacional.....	130
4.5 Qual a importância das instituições diante dos custos de transação.....	132
4.5.1 Da compreensão dos custos de transação a sua internalização institucional.....	132
4.5.2 Análise de jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no que concerne aos termos eficiência, custos de transação, custos sociais, análise econômica do direito e princípio da eficiência.....	137
4.5.2.1 Posições lançadas pelo Supremo Tribunal Federal.....	137
4.5.2.2 Posições lançadas pelo Superior Tribunal de Justiça.....	139
4.6 Um contributo à regulação.....	141
4.6.1 A perspectiva institucional.....	141
4.6.2 Propostas de revisão institucional da regulação.....	146
<b>5 APONTAMENTOS SOBRE GOVERNANÇA NO MARCO REGULATÓRIO DO PRÉ-SAL.....</b>	<b>155</b>
5.1 Globalização e ressignificação do Estado. Será que a resposta está na governança?.....	155
5.2 A conformação da governança dentro de suas concepções econômicas, gerenciais e legais.....	157
5.3 A importância das dimensões que envolvem o termo governança.....	163
5.4 Principiologia da governança pública.....	166
5.5 Propostas de otimização para o marco legal do pré-sal.....	169
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>178</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>197</b>

## INTRODUÇÃO

O objeto desta tese<sup>1</sup> está centrado em uma análise jurídico econômica dos custos de transação que envolvem os contratos de partilha de produção do pré-sal diante da estrutura deslegalizadora preconizada na Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Insta mencionar, nesse aspecto, o amplo plexo competencial da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP no detalhamento das especificidades dos contratos de partilha de produção, na forma declinada no art. 10, inciso V, da lei retrocitada, bem como as atribuições conformatórias atribuídas ao Presidente da República, assessorado pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, pelo Ministério de Minas e Energia -MME, pela Pré-sal petróleo S/A - PPSA, pela Petróleo brasileiro S/A - Petrobras e pelas decisões colegiadas adotadas pelo Comitê operacional – CO.

Nesse ponto, para atender aos fins propostos, o estudo foi direcionado à compreensão do Estado Regulador como justa medida para a promoção do desenvolvimento econômico. Assim, torna-se essencial o cotejo da regulação estatal dentro da óptica da análise econômica do direito permeada pelos postulados teóricos da Nova Economia Institucional – NEI.

De maneira preambular, consigna-se que a NEI destaca a importância das instituições diante das variáveis inerentes à conformação do mercado. Ela tem como um de seus principais elementos a análise dos custos de transação e dos efeitos que a racionalidade limitada, as externalidades e o oportunismo podem gerar nas relações econômicas – um dos principais objetos da regulação estatal.

Com efeito, a análise dos custos de transação nos contratos de partilha de produção do pré-sal, isto diante do novo marco regulatório estatuído pela Lei nº 12.351/2010, tem como objetivo principal minorar os efeitos negativos que poderão advir da deslegalização contratual nela entronizada, de maneira a se reduzir os custos *ex post*, e a fomentar a

---

<sup>1</sup> Este texto foi elaborado com subsídios colhidos do Projeto de Tese apresentado no processo seletivo para ingresso no Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife do ano de 2011, turma de 2012.

construção de uma base conceitual necessária ao aprofundamento das leis-quadro de regulação da partilha de produção. Desse modo, a pesquisa empreendida é dirigida à oferta de instrumentos teóricos para que o processo dinâmico de construção e de revisão desses contratos administrativos por parte da ANP se dê da maneira mais eficiente possível.<sup>2</sup>

Assim, diante da imanente insuficiência estrutural de contratos que envolvem grandes vultos, far-se-á uma ponderação neoinstitucionalista no sentido de se cotejar a viabilidade para o deslinde desta tese de regras supletivas avançadas, como incompletudes deliberadas, contratos relacionais, integrações verticais e o arbitramento, de forma a se maximizar a função de utilidade dos contratantes e a determinar a melhor solução subótima, ou uma posição *second best*.<sup>3</sup>

Ademais, esta tese buscará apresentar panoramas para otimizar o relacionamento entre o Estado e o setor privado, isto com o intento de tornar razoável a repartição de riscos na exploração das áreas do pré-sal, de forma a dar equilíbrio entre a extração de renda estatal decorrente da exploração e o princípio da eficiência.

A proposta, então, segue fincada no cabedal teórico da teoria dos custos de transação, informado que está pelas obras seminais de Ronald Coase, Oliver Williamson<sup>4</sup> e Douglas North<sup>5</sup> sobre o trato de mencionados custos na conformação das organizações e das instituições na economia, bem como pela Constitucionalização do Direito Administrativo, por meio da qual se descentraliza o monopólio do interesse público, antes centrado no Estado, e se volve para uma compreensão de Estado eficiente, empreendedor e concretizador de direitos fundamentais. Com embasamento nessa concepção é que se fará uma conformação jurídica da análise econômica do direito, ou melhor dizendo, uma análise jurídica da contribuição dos institutos econômicos para a compreensão do fenômeno jurídico.

---

2 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 106.

3 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 102-106 e 113.

4 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 103.

5 Cf. VIANNA, Salvador Teixeira Werneck. **Desenvolvimento econômico e reformas institucionais no Brasil**: considerações sobre a construção interrompida. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007, p. 36-39.

Justifica-se o interesse pela abordagem aqui empreendida diante das mudanças ocorridas no postulado clássico da supremacia do interesse público sobre o privado. Hodiernamente, vê-se o fortalecimento da atuação do Estado em parceria com a iniciativa privada, por meio do que não persiste mais a concepção clássica de relação vertical público-privado, mas de uma relação diagonal, dado ainda persistirem as limitações normativas do Direito Administrativo nacional, um Direito Administrativo Constitucionalizado.

Dentro desse caminho, o Estado se dirige cada vez mais para dividir a absorção do risco<sup>6 7</sup> de suas atividades, de sorte a incentivar a adesão dos particulares para iniciativas de interesse público voltadas ao desenvolvimento nacional e a minorar os seus custos operacionais.

É justamente para dar concretude ao princípio da eficiência que se apresenta a presente análise. Não se quer ficar só no plano doutrinal e estático da eficiência. As propostas sobre as quais se lançará o lume estão voltadas a uma perspectiva dinâmica, espacial e temporal do princípio da eficiência.

Por meio desses estudos será buscada a fundamentação teórica necessária à formulação de uma nova compreensão sobre os importantes custos de transação e os riscos envolvidos na regulação da produção do pré-sal, bem pertencente ao patrimônio nacional, dentro de uma perspectiva constitucional. Tenciona-se, então, assestar o importante papel do

---

6 A sociedade de risco é caracterizada pela instabilização, pela contingência e pelo leque indeterminado de possibilidades de futuro. Para lidar com o futuro, deve-se tentar construir estruturas de estabilização das expectativas, que sejam capazes de resolver conflitos auridos e que lidem com as desilusões dentro de uma sociedade complexa de risco. Cf. PRADO, Maria da Graça de Almeida. A segurança jurídica na sociedade de risco e seu reflexo sobre as políticas de desenvolvimento. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 10, n. 38, p. 165-176, abr./jun., 2012, p. 173-175.

7 Traçando o perfil sobre a minimização do risco, Maria da Glória Garcia pondera: com a informação e o conhecimento possíveis e com a consciência de não poder, no momento, aceder a mais, são, então, ponderadas as alternativas e avaliadas as probabilidades. A vontade exerce-se, de seguida, correndo-se por seu intermédio o risco relativamente ao que se não sabe. Porque o que é inacessível ao conhecimento só pode ser revelado à vontade, [...] Daí que, se, no limite do conhecimento que cada um possui, é a ignorância que impera, todos têm que querer. Todos têm de correr riscos. A partilha da ignorância arrasta consigo a partilha da vontade, do poder de querer, bem como a partilha dos riscos. [...] A renovação da democracia que atualmente tanto se fala deve, por isso, porventura fazer-se pela via da acentuação da cidadania participativa, informada, sabedora, que mais não é do que a via da partilha da responsabilidade social. GARCIA, Maria da Glória F. P. D.. **Direito das políticas públicas**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 240.

Estado Regulador na condução do sucesso dos investimentos econômicos e, em contrapartida, da promoção do desenvolvimento econômico nacional.

Assim, o enfoque principal estará no direcionamento da regulação para a promoção do desenvolvimento econômico nacional, de maneira a que os agentes privados consigam atender as suas expectativas de investimento e os cidadãos tenham em troca benefícios que se prolonguem por essa e por demais gerações. Ademais, a proposta segue além ao reafirmar que o próprio Estado pode e deve perseguir o retorno dos investimentos por ele realizados.

Todo esse escopo tem por norte formular uma compreensão de que a regulação estatal petrolífera do pré-sal deve ser devidamente ponderada no sentido de exteriorizar da melhor forma possível a vontade do Estado na concretização dos direitos dos cidadãos, o que só poderá ser feito com a mitigação e o esclarecimento das assimetrias informacionais existentes em um setor motriz de enormes cifras e que deve ser adequadamente tratado para evitar a doença holandesa.<sup>8</sup>

Para tanto, serão listados os efeitos do princípio da juridicidade para aclarar e densificar as normas regulatórias do pré-sal, dando-se enfoque principal aos avanços propostos pelas teorias econômicas neoinstitucionalistas. Nessa senda, serão apresentados padrões de densificação normativa<sup>9</sup> necessários a emoldurar as cláusulas abertas fixadas na legislação reguladora do pré-sal. Com essa proposta, apresentar-se-á uma conformação de governança para o setor, aprofundando o quadro normativo<sup>10</sup> relacionado à regulação do pré-

---

8 Cf. JACQUES, Carlos (et al.). Avaliação da proposta para o marco regulatório do pré-sal. SENADO FEDERAL. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, **Textos para discussão**, nº 64, Brasília, out. de 2009. Disponível na internet: <[http://www.senado.gov.br/conleg/textos\\_discussao.htm](http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm)>. Acesso em: 14 de setembro de 2011, p. 16.

9 Sobre a análise da densificação normativa, veja-se CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, *A reserva de densificação normativa* da lei para preservação do princípio da legalidade, in: BRANDÃO, Cláudio (Coord.); CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (Coord.); ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 221-234.

10 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e Gás, **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5,

sal. Dessa forma, pretende-se maximizar a eficiência, uma maximização que respeite o quadro jurídico constitucional e a sua orientação no sentido de implementação de direitos fundamentais.

Para cumprir este fim, a pesquisa será direcionada à confirmação mediante os textos normativos, os precedentes jurisprudenciais e administrativos e da análise econômica do direito de que a regulação do setor petrolífero proposta pela Lei nº 12.351/2010 deverá ter por elemento nuclear a concretização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico por parte do Estado.

A apresentação dessa tese, então, é orientada pela tentativa de despertar um debate mais aprofundado sobre os padrões que devem guiar o trato da exploração e produção do pré-sal. Assim, pretende-se ofertar instrumentos para que a regulação petrolífera cumpra com efetividade a sua função de representar o dever de boa-governança administrativa, de bom direcionamento da atividade do Poder Público, voltado que está para o desenvolvimento do País.

Desta forma, abrindo-se mais espaço aos particulares, o uso dos recursos públicos seria redirecionado para situações nas quais os ganhos sociais tendem a ser superiores.

Destarte, a questão principal está na necessidade de se administrar melhor a iniciativa privada quando do embate partilha de produção *versus* captação de investimentos.

É dentro desse panorama de renovação da concepção clássica do Estado que se empreenderá uma análise do dinamismo dessa nova realidade, a Regulação Estatal.

Assim, para o cumprimento dos desideratos propostos acima, ver-se-á no primeiro capítulo a nova compreensão do Estado e do direito administrativo em face do fenômeno da globalização. Para tanto, se avançará sobre a constitucionalização do direito administrativo e

sobre a eficiência como elemento essencial para o implemento do direito fundamental ao desenvolvimento econômico.

No segundo capítulo, tratar-se-á da análise econômica da partilha de produção do pré-sal, traçando-se um painel dos regimes de produção de petróleo até então existentes e da conformação do novo marco regulatório. Nesse passo, serão levantados os pontos positivos e negativos da atual regulação, fazendo seu cotejo diante da lente da análise econômica do direito e da constitucionalização da regulação.

O terceiro capítulo abordará a importância da análise comparada para a evolução da regulação nacional, com principal enfoque no contributo da experiência norte-americana para o estabelecimento e desenvolvimento dos institutos regulatórios.

A linha central do quarto capítulo estará cingida pela análise da regulação no âmbito nacional. Para tanto, será apresentada a importante contribuição da nova economia institucional para a real compreensão dos limites e do alcance da regulação, quer seja em termos normativos, quer seja em termos pragmáticos. Nesse sentido, serão aprofundados os conceitos de custos de transação, de externalidades, das falhas de mercado, das falhas de governo, para, no último subitem, apresentar sugestões de otimização da regulação brasileira.

Por fim, o último capítulo tratará do entendimento do conceito de governança e da sua importância para um redesenho institucionalmente adequado do marco regulatório do pré-sal, que o oriente para a promoção do desenvolvimento econômico nacional.

Esse é o painel sobre o qual se lançarão as próximas linhas desta tese.

# 1 POR UMA NOVA COMPREENSÃO DO ESTADO E DO DIREITO ADMINISTRATIVO – UM ESTADO REGULADOR EFICIENTE<sup>11</sup>

## 1.1 Preliminar teórica – a concepção atual do Estado e a constitucionalização do direito administrativo

A importância da análise da nova conformação do Estado e do Direito Administrativo é questão preliminar ao estudo do marco regulatório do pré-sal. Será exposto mais adiante que o novo marco carrega proposições e uma arquitetura regulatória que segue em compasso com as concepções renovadas do Estado e do Direito, mormente diante da aproximação ou parcerização das iniciativas econômicas, quer seja pública, quer seja privada, na atual quadra da modernidade.

Assim, necessário se torna, como preliminar conceitual, avançar sobre as bases e os fundamentos diante dos quais se fincará a futura análise. No capítulo que agora se descerra, serão apresentados os marcos teóricos da constitucionalização do Direito Administrativo, o ideário da regulação estatal, o princípio da eficiência como reitor dessa nova concepção e a importância do desenvolvimento como direito fundamental e motriz último da atividade estatal. Todos esses elementos serão concatenados dentro das concepções da teoria linguística da concretização dos direitos fundamentais.

Postas as premissas, vamos à análise. A tradicional visão dicotômica do regramento jurídico entre normas de interesse público e normas destinadas aos interesses privados perdeu o sentido. Assiste-se ao surgimento do que se convencionou chamar “terceiro setor” e ao deslocamento da função do Estado, que passa de Estado Interventor para Estado Regulador.<sup>12</sup> As necessidades antes consideradas “públicas” passam a ser objeto de

---

11 O texto deste capítulo foi elaborado com subsídios do artigo a seguir especificado: GOMES, Filipe Lôbo. **A análise judicial dos custos de transação na Administração Pública**. Artigo apresentado à disciplina Constitucionalização do Controle da Administração Pública do curso de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 2012.

12 Toda essa configuração institucional foi aurida dentro das concepções da reforma gerencial promovida no âmbito do Estado brasileiro. Nesse sentido, Luiz Carlos Bresser Pereira pontua que: A reforma Gerencial da

preocupação e providas por entes não-estatais. Vê-se que as relações entre Estado e particulares estão migrando de um aspecto de verticalidade para a diagonalização, onde surgem novos centros, não necessariamente públicos, destinados à realização do interesse público. Mencionados centros, insta dizer, vão sendo dotados de poderes estatais para a consecução do interesse público, até então monopolizado pelo Estado.<sup>13</sup> Além disso, são compreendidos como importantes parceiros na consecução dos fins do Estado.

Vive-se numa sociedade pós-industrial, caracterizada pela massificação dos meios de comunicação, mundialização da economia e pela perplexidade diante dos avanços científicos e tecnológicos. Este contexto configura uma crise sem precedentes dos modelos teóricos comumente utilizados para compreensão da ciência jurídica, baseada tradicionalmente nas verdades universais de inspiração iluminista.

Os modelos criados para a explicação da realidade que se descortina diante de nossos olhos, hauridos na era industrial, continuam sendo repetidos e defendidos sem que muitos de seus partidários se deem conta de que tais paradigmas se mostram insuficientes e precisam ser substituídos.

De fato, vivencia-se um momento em que se faz necessária uma reflexão crítica sobre a atual estrutura e função do Estado enquanto sistema destinado a garantir o convívio social de modo digno. Defendendo postura semelhante, posiciona-se Robertônio Santos Pessoa:

Deve-se, contudo, observar que o constitucionalismo social do século XX já havia operado grande reestruturação do modelo de Estado herdado do liberalismo, tendo em vista o cumprimento de novas tarefas no campo social e econômico. Esta reestruturação teve forte impacto no clássico princípio da separação dos poderes, transferindo boa parte da produção normativa do Estado para o âmbito do Poder Executivo. [...] O poder de iniciativa

---

administração pública, que tem início em 1995, está voltada para a afirmação da cidadania no Brasil, por meio da adoção de formas modernas de gestão no Estado brasileiro, que possibilitem atender de forma democrática e eficiente às demandas da sociedade. É uma reforma que, ao fazer uso melhor e mais eficiente dos recursos limitados disponíveis, contribuirá para o desenvolvimento do país e tornará viável uma garantia mais efetiva dos direitos sociais por parte do Estado. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania:** a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 17.

13 GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos:** o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Reimp. da ed. de out. de 2005. Coimbra: Almedina, 2008, *passim*.

legislativa na maior parte das matérias relevantes competirá ao Poder Executivo, mas também na esfera de um crescente número de órgãos e conselhos coordenadores de políticas públicas setoriais (educação, saúde, meio ambiente, trânsito e [sic] etc.).<sup>14</sup>

Com efeito, a nova conformação do Estado, direcionada ao atendimento de um conjunto cada vez maior de necessidades, impõe o estabelecimento de um policentrismo normativo,<sup>15</sup> tudo com vistas a dar uma solução mais especializada, e porque não eficiente às demandas sociais. Nesse intento, Fernando Herren Aguilar tem pontuado que na atual quadra se está a ver uma inversão da hierarquia normativa, que ocorre quando se dá ao legislador ordinário o poder de interpretar a Constituição e, em certa medida, o poder de flexibilizá-la.<sup>1617</sup>

Toda a conjuntura antes apresentada tem como principal característica uma amplificação das fontes clássicas do Direito Administrativo, que em grande medida vão sendo determinadas pela Administração Pública na sua normatividade reguladora e na sua forma de interpretá-las e aplicá-las. Essa novel compostura é muito bem sintetizada nos ensinamentos de Paulo Otero:

A pluralidade de fontes jurídico-positivas internas da legalidade administrativa, expressando a miscigenação de diferentes interesses sobre uma mesma matéria titulados por diversas entidades públicas e alicerçados no princípio da subsidiariedade, gera um verdadeiro concurso de fontes que têm de conviver, por sua vez, com a ocorrência de fontes externas (internacionais e comunitárias), provocando um duplo nível de incidência do concurso de fontes da legalidade e um protagonismo da Administração Pública na determinação da normatividade reguladora da sua actuação e na respectiva interpretação e aplicação.<sup>18</sup>

Portanto, dentro desta conjuntura, cumpre ao intérprete revisitar conceitos, relendo a legislação administrativa à luz da Constituição, de modo a privilegiar novos valores.

14 PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e direito administrativo no Brasil, **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 7, n. 24, jan./mar. 2009, p. 37.

15 Cf. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 243 e ss..

16 Cf. AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 220-221.

17 A confirmação desta constatação se dará quando se passar à análise da estrutura complexa e plúrima do caráter decisório das questões concernentes à exploração do pré-sal.

18 OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 2ª reimp., Almedina: Coimbra, 2011, p. 720.

Se assim não o fizer, correrá o sério risco de incidir em interpretações sem qualquer sistematização ou elemento de aglutinação, funções que podem muito bem ser extraídas diante da conformação constitucional dada aos ramos jurídicos.

A medida de revisitação dos conceitos apresentada ganha ainda mais em abrangência quando se coteja a situação em que se encontra a função estatal executiva diante da necessidade de se verem adimplidos os direitos fundamentais.

A situação de reestruturação dos postulados do Direito Administrativo se encontra tão evidenciada que alguns autores chegam até mesmo a falar em crise.

Existe uma crise do direito administrativo pela falta de categorias/fórmulas que tragam respostas objetivas a essa nova fase, que clama pela justiça social, que deve levar em conta aspectos econômicos, ambientais etc. Algumas críticas sobre o princípio da legalidade despontam diretamente dessa análise.

A crise nos parece patente no que se refere ao princípio da legalidade, até então coluna vertebral do direito administrativo pátrio. Nos dias atuais, não deve ser mantida a separação moderna do “ser” e do “dever-ser”.<sup>19</sup>

Em sentido bem mais amplo, a necessidade de renovação no Direito é tão gritante que Lênio Streck aduz ser essencial quebrar os dogmas hermenêuticos e se processar uma transformação na função interpretativa. Nesse passo, alinhava os elementos que devem conduzir essa atividade:

talvez por acreditar em sentidos a priori ou em verdades apofânticas, é que os aplicadores do Direito [...] “consigam” (re)produzir decisões sem se darem conta das repercussões sociais e da própria função social deles – juristas – e do (des)cumprimento do texto da Constituição. Não se dão conta do devir histórico, da consciência exposta aos efeitos da história (Wirkungsgeschichtliches Bewusstsein) e de sua situação hermenêutica, ou seja, a função social do Direito (e do Estado).<sup>20</sup>

---

19 GUERRA, Sérgio. Crise e refundação do princípio da legalidade – A supremacia axiológica da Constituição Federal de 1988. **Interesse Público**, Rio de Janeiro, Fórum, ano 10, nº 49, mai./jun. 2008, p. 110.

20 Cf. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 231.

Como visto, a crise é tão ampla que afeta a própria compreensão do Direito e, por conseguinte, repercute diretamente na delimitação da verdadeira função do Estado. Nesse passo, Odete Medauar pontua:

Vem ocorrendo subtração de muitas áreas à atividade administrativa unilateral ou ao típico regime administrativo, com a criação de entidades personalizadas regidas pelo direito privado, com a tecnicização da atividade administrativa e com o uso de meios contratuais;<sup>21</sup>

Com efeito, essa situação é ratificada diante da análise aguçada efetuada por Marçal Justen Filho sobre a atividade regulatória do Estado. Ele lista uma sequência de modificações no modelo clássico de Estado que decorrem dos preceitos do Estado Regulador, são eles: a) começa a existir um trânsito de atividades antes desenvolvidas pelo Estado, que passam a ser desempenhadas pelos particulares; b) o Estado intervém na economia de forma indireta, regulação; c) o Estado passa a dar suporte aos mecanismos do mercado e a eliminar eventuais desvios ou inconveniências; d) por fim, devem ser institucionalizados os mecanismos de regulação, de sorte a que o Estado atue na modificação concreta dos contextos de ação dos destinatários.<sup>22</sup>

Nesse passo, é que se apresenta como marco teórico hermenêutico da presente tese o uso da teoria da linguagem, mais precisamente do método hermenêutico constitucional da concretização dos direitos fundamentais,<sup>23</sup> por ser método afeto ao Direito Constitucional e, portanto, adequado à visada de um Direito Administrativo Constitucionalizado.

Por meio desse método, busca-se renovar o enfoque de institutos clássicos do Direito Administrativo e dos caracteres que informam a atividade estatal regulatória, com vistas a dar maior eficácia aos direitos fundamentais.

---

21 In MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2 ed., rev. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 204-205.

22 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ed., São Paulo: Saraiva, 2006, 459-460.

23 Esses argumentos são apresentados com base nas posições defendidas em dissertação de mestrado apresentada no ano de 2006. GOMES, Filipe Lôbo. **O preceito fundamental como instrumento de concretização dos direitos fundamentais**: por uma perspectiva legitimante do Estado Democrático de Direito. (Dissertação de Mestrado) UFAL: Maceió, 2006, p. 138 e ss.

O método da concretização vislumbra a interpretação como um processo criativo, no qual o sentido da norma interpretada só pode ser obtido em face do problema concreto sobre o qual ela incide.<sup>24</sup>

A concretização da norma constitucional pressupõe a sua pré-compreensão, uma formulação antecipada e abstrata de uma ideia sobre o seu conteúdo e limites. A partir da pré-compreensão, o intérprete aproxima-se do caso concreto, por meio de uma atuação tópica, orientada ao problema, mas limitada pela norma. Não se trata de um processo segmentado em duas partes, mas de um processo coeso e “circular”.<sup>25</sup>

Na concretização, os elementos fornecidos pelos métodos clássicos de interpretação (literal, sistemático, histórico e teleológico), bem como pelos princípios específicos de interpretação constitucional (da unidade da Constituição, da efetividade, da concordância prática etc.) são considerados como *topoi* (pontos de vista), devendo ser submetidos à discussão para se verificar quais fornecem premissas justas e razoáveis para a solução do problema.<sup>26</sup> Ou no dizer de Hesse, devem ser submetidos “al juego de las opiniones en favor y contra y fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible.”<sup>27</sup>

Ainda perfilhando as lições de Hesse:

La interpretación constitucional es “concretización” (*Konkretisierung*). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la “realidad” de cuya ordenación se trata (*supra*, nº 45 y ss.). En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo; *la actividad interpretativa queda vinculada a la norma.*<sup>28</sup> (itálico do autor)

24 Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 133-134.

25 Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 134.

26 Cf. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 134.

27 HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 43.

28 HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2 ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 40-41.

Nessa atividade, tem-se que a norma, enquanto geral e abstrata, ainda não é imediatamente normativa. Só passa a ter normatividade imediata quando se concretiza, quando se transforma em norma de decisão. Esta normatividade resulta da decisão de um caso jurídico, da sua aplicação a um caso jurídico a decidir imediatamente, da fixação de uma norma de decisão.

No plano da concretização normativo-constitucional, a mediação metódica da normatividade pelos sujeitos concretizadores assume uma de suas manifestações mais relevantes. Todavia, esta atividade de concretização deve estar adstrita ao texto da norma, editado pelas entidades democráticas e juridicamente legitimadas da ordem constitucional. A norma de decisão, que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma grandeza autônoma, independente da norma jurídica, nem uma decisão voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se à norma jurídica geral.<sup>29</sup>

A concretização constitucional se apresenta, portanto, como um método procedimental destinado a garantir a eficácia da Constituição.<sup>30</sup>

Adensando ainda mais a compreensão sobre a concretização constitucional, compete afirmar que concretizar, nos dizeres de Müller, pressupõe o entendimento de uma Constituição efetiva. Desse modo, ele entende a Constituição como um dado linguístico diante do qual se apresenta o processo linguístico de concretização para torná-la efetiva.<sup>31</sup>

Nesse compasso, concretizar não significa aplicar, interpretar, subsumir, individualizar uma norma, mas produzir, diante da provocação decorrente de um dado

---

29 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1146-1147.

30 Nesse sentido, veja-se: GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 167.

31 Cf. MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3ª ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 122.

conflito social, a norma jurídica para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.<sup>32</sup>

As orientações da nova hermenêutica constitucional, portanto, rompem com os postulados do racionalismo ocidental clássico, colocando as certezas absolutas provenientes da razão em cheque diante das certezas relativas da hermenêutica. Esse processo pode ser articulado pelo rompimento do conceito da existência-em-si, para o conceito de existência-aí, uma existência temporalizada, ou seja, condicionada pela realidade histórica.<sup>33</sup> Por meio desse método se fortalece a faticidade e a historicidade do direito.<sup>34</sup>

A normatividade, dentro da teoria da concretização, não é inerente à lei (ao texto da norma); é de natureza processual, deve ser produzida por meio do trabalho jurídico.<sup>35</sup>

Assim, com base no que foi aduzido anteriormente, é de se compreender que a normatividade, em seu atual estágio, não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um processo efetivo, temporalmente entendido, cientificamente estruturável, de forma a se compreender o efeito dinâmico da norma jurídica, ou seja, a sua

---

32 MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. *In*: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3ª ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 131.

33 Cf. GALINDO, Bruno. **Direitos Fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá, 2004, p. 148.

34 Dentro deste contexto, é de se dar relevo ao posicionamento de Miguel Reale sobre a tridimensionalidade do direito. Para este autor, o valor faria parte da compostura da norma, seria um elemento de complementação e conformação desta. Ele não vislumbra o valor como um objeto ideal, mas como elemento dinâmico da norma. O valor, para ele, como experiência histórico cultural, constituiria a realidade (função ôntica), facilitaria a compreensão da realidade por ele constituída (função gnoseológica) e determinaria condutas (função deontológica). REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 2 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1971, p. 59-63. Reale destaca, ademais, que os valores representam o mundo do dever ser, das normas ideais segundo as quais se realiza a existência humana, refletindo-se em atos e obras, em formas de comportamento e em realizações de civilização e cultura, ou seja, em bens que representam o objeto das ciências culturais. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. v. 1. 7 ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1975, p. 174. Contudo, por coerência teórica, importa aduzir que Müller só admite o caráter normativo dos valores nas hipóteses em que o programa normativo assim determinar, essa é a ponderação que se fará à teoria de Reale.

35 MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. *In*: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 143.

capacidade de influir na realidade que lhe deve ser atribuída (normatividade concreta) e que é influenciada por essa mesma realidade (normatividade materialmente determinada).<sup>36</sup>

João Maurício Adeodato, nesse passo, preconiza:

ser a teoria de Müller útil à doutrina jurídica brasileira, pois parece mais adaptável a explicar a realidade que a maioria das teorias realistas que aqui se têm difundido. Ele busca a concepção mais realista, evitando a concepção de que interpretar é determinar o sentido e o alcance da norma diante do caso.<sup>37</sup>

Simplificando a exposição, e carreando uma síntese sobre o método hermenêutico-concretizador, é de se citar Canotilho:

esse método vem para realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objectivos, isto é, o *contexto*, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o *texto* e o *contexto* com a mediação concretizadora do intérprete, transformando a interpretação em <movimento de ir e vir> (círculo hermenêutico).<sup>38</sup>

É justamente dentro da concepção de que a teoria da concretização busca garantir a eficácia da Constituição que se faz uso dela como nova hermenêutica necessária a visitar a interpretação dos institutos existentes com vistas a dar um viés contextual.

Dentro dessa conformação, de revisão da atividade do Estado e da necessidade de se salvaguardar os direitos fundamentais, salta em relevância a força normativa da Constituição. Por meio dela se impõe a readequação dos postulados e princípios clássicos do

---

36 MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. *In*: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3 ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 130.

37 ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 250.

38 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 1138.

Direito diante da necessidade de se dar máxima eficácia aos direitos fundamentais na Constituição Federal. Tudo isto tem levado à necessidade de uma filtragem constitucional do Direito Administrativo.<sup>39</sup>

A filtragem constitucional do Direito Administrativo impõe-lhe uma função concretizadora, de dar concretude aos princípios gerais constitucionais, de maneira a se tornar desnecessária a prévia mediação do legislador nos campos em que não seja imposta uma conformação legislativa, a qual, em sendo necessária, deverá ser interpretada pela Administração Pública dentro do prisma de conformidade com a Constituição.<sup>40 41</sup>

Todas essas alterações implicam numa nova concepção do Direito Administrativo, um Direito Administrativo Constitucionalizado:

Este novo constitucionalismo tem ensejado uma grande renovação do direito administrativo, permitindo novas leituras desta disciplina a partir da ótica [sic] de uma nova teoria constitucional. Acentua-se cada vez mais a “função concretizadora” da Administração e do direito administrativo. O direito administrativo assume, assim, a tarefa de dar concretude aos princípios gerais constitucionais. [...] Uma primeira consequência prática da centralidade da Constituição diz respeito ao novo padrão de “juridicidade administrativa” que se estabelece. Uma nova concepção de “legalidade administrativa”, como um de seus princípios internos, não o mais altaneiro e soberano como tem sido até agora. [...] Assim, o agir administrativo pode referir-se diretamente aos princípios e regras constitucionais, sem a necessidade de uma prévia mediação do legislador. Todavia, nos campos sujeitos a uma “conformação legislativa”, deve a Administração se sujeitar à lei, devendo esta ser interpretada em conformidade com a Constituição.<sup>42</sup>

Dessa forma, a adequação do Direito Administrativo às regras e princípios constitucionais, ou seja, a sua constitucionalização, impõe a obediência - e isto interessa ao

---

39 Cf. SHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, *passim*.

40 Cf. PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e direito administrativo no Brasil, **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 7, n. 24, jan./mar. 2009, p. 37.

41 O Direito Administrativo, portanto, sofre as influências dos novos paradigmas, o que acabou por consagrar estudos pátrios sobre as suas mutações. Nesse sentido, veja-se: MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: RT, 2003, p. 265-275; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7-36.

42 PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e direito administrativo no Brasil, **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 7, n. 24, jan./mar., 2009, p. 42- 43.

desiderato da presente tese - a um direito fundamental a uma Administração eficiente e eficaz,<sup>43</sup> que se legitima quando promove o bem de todos, conforme o art. 3º, da Constituição Federal.<sup>44</sup>

Como decorrência da Constitucionalização do Direito Administrativo e de sua vocação à concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito a uma Administração eficiente e eficaz, impõe-se a revisão da legalidade administrativa clássica, que neste momento deve ser entendida como juridicidade. A juridicidade é justamente a legalidade decorrente da extração de normatividade de regras e princípios administrativos, em grande medida constitucionais.<sup>45</sup> Dentro desse mesmo pensar se posiciona Felipe de Melo Fonte:

como solução para o déficit de operatividade do princípio da legalidade propõe-se a emergência do princípio da juridicidade, a partir do qual a Administração Pública encontra-se vinculada não apenas à lei, mas também – e especialmente – às regras e princípios estabelecidos na Constituição, pondo em relevo os direitos fundamentais. Sendo assim, pode a administração negar vigência às leis inconstitucionais, bem como exercer atividade *praeter legem*, onde se pode buscar autorização no próprio texto constitucional. Além disso, faculta-se à Administração Pública o uso da hermenêutica constitucional, e ainda, reconhece-se nela o dever de efetivar os direitos fundamentais, mesmo nos casos em que sujeita às reservas legais, desde que reconhecida a mora legislativa inconstitucional. Excetuando-se os casos em que as reservas atendam o valor segurança jurídica, estando ligadas diretamente aos direitos fundamentais.<sup>46 47</sup>

43 Cf. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

44 Cf. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed., rev. e amp., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 396-398.

45 No mesmo sentido é o posicionamento de Pontes de Miranda: Teremos o ensejo de ver que a subordinação é ao direito, e não à lei, por ser possível a lei contra o direito. Aliás, já temos tratado largamente, desde 1922, da insubsistência das leis intrinsecamente incompatíveis com princípios imanentes à ordem jurídica. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. T. III. 2ª ed., São Paulo: RT, 1970, p. 552.

46 FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade. Algumas propostas. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Renovar, ano 4, nº 13, p. 249-267, jan./mar. 2009, p. 267.

47 É de se pontuar com Paulo Otero os fenômenos que atestam a necessidade de revisão do conceito clássico de legalidade, senão vejamos: O entendimento clássico da legalidade como padrão de conformidade da actuação administrativa não pode hoje deixar de ser enquadrado à luz dos quatro seguintes fenômenos: (a) A existência de sectores de actuação da Administração Pública que, por expressa ou implícita habilitação legal, se desenvolvem no sentido *contra legem* face à legalidade habitual; (b) O registro de actos inválidos cujos efeitos são ressalvados, transformando a tipicidade tradicional dos valores jurídicos e a própria fronteira entre os efeitos válidos e inválidos; (c) O reconhecimento de áreas de contencioso administrativo dotadas de flexibilidade,

Toda a mudança conceitual preconizada acima, notadamente a ampliação do âmbito da legalidade com vistas a dar primazia ao atendimento das necessidades coletivas, impõe a necessária compensação em termos de controle, porquanto o elastecimento do espectro de atuação administrativa não pode ser livre e sem amarras ao ponto de deixar ao talante do Estado-Administrador todas as escolhas. Antes, contudo, deve-se conformar essa renovada função estatal a um padrão mais elevado, um padrão constitucionalizado. Nesse intento, tem-se que:

A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional.<sup>48</sup> *Itálico no original.*

Em confirmação do que foi apresentado, torna-se necessária a renovação da forma como se dá o controle da Administração Pública. A necessidade de revisão da forma de controle da Administração Pública se justifica diante da análise que Paulo Otero faz sobre a negociação e a contratualização administrativas.<sup>49</sup> Segundo ele, elas se dão em dois níveis. No primeiro, tem-se que a Administração Pública nunca é completamente alheia à formação da

---

permitindo que a Administração Pública escolha a instância competente para julgar os respectivos litígios e ainda determinar o Direito aplicável a esse julgamento; (d) A consagração de casos de esquecimento, apagamento ou inversão dos efeitos vinculativos da legalidade administrativa. OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2ª reimp., Almedina: Coimbra, 2011, p. 1.097.

48 *In*: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 39.

49 Sobre a contratualização do Estado, importantes são as lições de Gaspar Ariño Ortiz: Desde el punto de vista organizativo e institucional esto significa la sustitución del viejo modelo de Estado administrativo-burocrático, jerárquico, unitario, centralizado y gestor directo, por un nuevo tipo de Administración en la que una multiplicidad de organizaciones tanto gubernamentales como privadas y lo que se ha llamado alguna vez el «tercer sector», asumirían la gestión de servicios con financiación y control del Estado. Esto no es ningún invento, es sencillamente la vuelta al viejo sistema de la «concesión», el «concierto» o la «empresa mixta» como forma de gestionar privadamente actividades públicas. Es también la vuelta al viejo principio de subsidiariedad que hoy recibe nuevas formulaciones. Así, se habla como una de las características más importantes del Estado actual, su condición de «Estado contractual», apuntando a la utilización por el Estado de organizaciones privadas, con o sin ánimo de lucro, para el logro de sus fines públicos. ORTIZ, Gaspar Ariño. Privatización y liberalización de servicios, p. 19-35, *In* ORTIZ, Gaspar Ariño (Org.). Boletín **Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, nº 3, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999, p. 26. Com relação ao retorno da subsidiariedade, ponderamos que compete ao Estado a intervenção direta quando essencial ao desenvolvimento de sua sociedade, sendo predominante o seu papel de promotor do ambiente propício ao desenvolvimento das atividades econômicas, onde subsidiária seria a intervenção direta, mas não a indireta.

legalidade heterovinculativa, àquela que é decorrente do Poder legiferante da função legislativa do Estado, eis que a própria administração prepara negocialmente o conteúdo das leis, convenções internacionais e de diversas previsões comunitárias. Já no segundo, a Administração Pública, dentro da autovinculação a que se impõe, acaba por influenciar, mesmo diante de um trato bilateral, a concepção dos contratos e das normas a que se sujeita. Nesse passo, pode-se falar que a própria Administração Pública define o sentido da legalidade que lhe serve de fundamento e o direito que será aplicado no caso concreto, exercendo uma autotutela declarativa da normatividade a qual está sujeita e a qual os cidadãos estão sujeitos.<sup>50</sup>

Assim, dentro dessa perspectiva, salta em importância a necessidade de obediência aos parâmetros constitucionais por parte da função executiva em prol da realização do interesse público, sem o que a sindicabilidade judicial estará franqueada.<sup>51</sup> Isso se apresenta de fundamental importância diante dos vários centros decisórios e da complexidade da conformação dos contratos de partilha de produção do Pré-Sal. Muito embora se pondere maior autonomia na fixação dos conteúdos desses contratos, a Administração Pública encontra parâmetros uniformizadores de vários polos de produção normativa, padrões estes entronizados no texto constitucional.

Destarte, a constitucionalização do Direito Administrativo se impõe como medida para sistematizar as normas produzidas por uma quantidade cada vez maior de entes com competência normativa. Essa sistematização decorre da compreensão de que a Administração Pública não está hodiernamente atrelada à legalidade na sua conformação clássica, formal ou

---

50 Cf. OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2ª reimpr., Almedina: Coimbra, 2011, p. 722- 728.

51 Essa nova concepção, inclusive, vem sendo consagrada no plano jurisdicional, o que se pode depreender dos posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça, cujos trechos seguem abaixo: [...] Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade. [...] (BRASIL, STJ -RESP 200702545680, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 23/06/2008, Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br); Acesso em: 9 jun. 2012); O Superior Tribunal de Justiça vem afirmando a viabilidade de intervenção do Poder Judiciário quando se trata de analisar eventual inobservância dos princípios que regem a administração pública. (BRASIL, STJ - ROMS nº 21.781-RS, rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJU de 29.06.2007, p. 486.) Optou-se por não listar os precedentes jurisprudenciais nos elementos pós-textuais para não os tornar demasiado longos.

material, mas a uma legalidade em sua terceira concepção, de juridicidade, por meio da qual a atividade administrativa deve estar vinculada aos princípios e às regras trazidos na Constituição Federal para dar concretude aos direitos fundamentais.

Esses subsídios são essenciais para se alcançar os fins propostos nesta tese. Por dar importância ao texto e ao contexto, a teoria da concretização fomenta a necessidade de se ver o fenômeno jurídico num sentido amplo, de forma a permitir a assimilação de outras ciências na edição de atos ou de decisões que impliquem em conteúdo normativo. Desta forma, justifica-se o uso da análise econômica do direito como instrumento da compreensão do contexto, com vistas a facilitar a atividade dos reguladores e de quem aplica as normas de regulação. Por ser um método de interpretação constitucional, amolda-se à concepção de constitucionalização do Direito Administrativo, de maneira a autorizar a concepção de que as externalidades e os custos de transação que serão vistos mais adiante devem fazer parte da compreensão e da construção normativa realizada pelos intérpretes. Tudo isso, no caso focado nesta tese, serve para uniformizar a linguagem dos diversos polos de produção normativa diante de uma filtragem constitucional que lhe dê sentido e uniformidade na busca pela concretização dos direitos fundamentais.

## 1.2 O princípio da eficiência – perspectiva econômica e jurídica sobre a sua conformação

### 1.2.1 Algumas ponderações sobre o conceito de eficiência

A compreensão do princípio da eficiência é fundamental para se maximizar os benefícios sociais e atender às expectativas dos parceiros privados nos contratos de partilha de produção do pré-sal.

Posta essa premissa, tem-se que o princípio constitucional da eficiência foi inserido de maneira expressa na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998.

Com vistas a aclará-lo, a análise econômica do direito oferta uma série de noções para se compreender a eficiência, porquanto ela é entendida como um dos seus principais temas de investigação. Nesse intento, apresenta os conceitos de Eficiência Produtiva, Pareto Eficiência, Eficiência de Kaldor-Hicks e Eficiência adaptativa.<sup>52</sup>

A eficiência produtiva é vinculada à relação entre os fatores de produção e a quantidade de bens produzidos. Nesse sentido, a produtividade decorrerá do menor uso de fatores de produção e da maior quantidade de bens produzidos.

O conceito da Pareto Eficiência – ou, como se diz em economia, o Ótimo de Pareto – é informado por um ponto de equilíbrio no qual não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos outro agente econômico, ou seja, a posição de uma parte A deve melhorar sem a constatação de prejuízo da posição de uma parte B. Ou, ainda, a mudança será eficiente se deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior. Essa forma de eficiência, contudo, apresenta problemas práticos, porquanto se torna adequada para situações em que não existam custos de transação.<sup>53</sup>

A eficiência de Kaldor-Hicks, por outro lado, tem por base as questões práticas de natureza alocativa, de modo que ocorrerá uma situação de eficiência se o produto da vitória de A exceder os prejuízos da derrota de B, aumentando, portanto, o excedente total. Essa forma de eficiência leva em conta o excedente total no bem-estar da sociedade.<sup>54</sup>

---

52 Apresentando de maneira sintética as principais formas de eficiência, tem-se com Egon Bockman Moreira: A eficiência apresenta basicamente três noções clássicas: (a) eficiência produtiva (ou técnica, vinculada à relação entre fatores de produção e a quantidade de bens produzidos); (b) eficiência de Pareto (ou alocativa, vinculada à distribuição dos recursos em vista à ampliação do bem-estar social); e (c) eficiência de Kaldor-Hicks (ou “princípio da compensação”, em que a alocação de recursos é eficiente quando maximiza a riqueza, independentemente de sua distribuição social). Em termos jurídicos, tais conceitos se referem basicamente ao gerenciamento da Administração Pública, à regulação econômica e à tutela da concorrência. MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 4ª ed., rev. e aum., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

53 Cf. MERCURO, Nicolas. MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to post-modernism**. New Jersey: Princeton University Press, 1997, p. 59.

54 Cf. MERCURO, Nicolas. MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to post-modernism**. New Jersey: Princeton University Press, 1997, p. 59.

Já a eficiência adaptativa é aquela decorrente de estruturas institucionais flexíveis que podem sobreviver a choques e mudanças que fazem parte da evolução de sucesso. Ela é um produto de longa gestação, mas que segue informada pela possibilidade de se adaptar às mudanças de contexto.<sup>55</sup>

Analisados os principais conceitos econômicos de eficiência, volve-se a análise ao seu conceito jurídico, de forma a se poder conformá-los no sentido de dar maior precisão racional às decisões do Estado.

São vários os posicionamentos doutrinários relacionados ao conceito do princípio da eficiência, mas há uma sinalização geral para a sua consagração como um *modus operandi*, ou seja, um meio pelo qual se produzirão mais resultados (eficácia) com o menor dispêndio dos poucos recursos do Estado.<sup>56</sup> Em suma, estaria relacionado a uma relação de menor custo e maior benefício. Por meio dele, pode-se chegar ao que se convencionou chamar de efetividade, ou seja, a legitimação e adesão da sociedade a uma determinada atividade administrativa quando ela apresenta muitos resultados positivos em decorrência dos bons meios empregados.

A doutrina aclara o campo conceitual da eficiência para entendê-la como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, diante de mais satisfação e menos

---

55 Cf. NORTH, Douglas C.. Desempenho econômico através do tempo. Tradução de Antônio José Maristello Porto, In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 13-30, set./dez., 2010, p. 28.

56 Destacando a necessidade de se racionalizar os gastos de recursos públicos, Chevallier preconiza a adoção por parte da Administração Pública de medidas de gestão pública para melhorar o gasto público, mormente em situações de crise econômica. Veja-se: Pour accomplir les missions qui lui sont assignées, l'administration dispose d'un certain nombre de ressources. Ces ressources ont connu une croissance exponentielle, du fait de l'extension des tâches qui lui incombent: elles ne sont pourtant pas illimitées; la diffusion des préceptes managériaux et surtout les retombées de la crise économique ont incité à plus de rigueur dans l'application et dans l'affectation des moyens. Dans tous les pays, on assiste à une volonté nouvelle de rationalisation de la gestion publique devant conduire, par l'amélioration de la productivité des administrations, à une stabilisation ou même à une réduction du poids des dépenses publiques; il s'agit de maximiser les ressources allouées aux administrations, en améliorant l'efficacité de leur action sans en accroître le coût. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 2<sup>e</sup> édition refondue, PUF: Paris, 1994, p. 506.

custos, tudo com vistas a boa administração dos recursos do Estado.<sup>57</sup> Mencionado princípio, como bem adverte Edilson Pereira Nobre Júnior, não ostenta valor absoluto, devendo ser compatibilizado com os demais princípios da Administração Pública, dado o seu caráter instrumental.<sup>58</sup>

Nesse passo, insta aduzir que o caráter não absoluto de mencionado princípio e a sua compatibilização com a boa governança administrativa devem ser orientados por uma busca da eficiência que não esteja adstrita tão somente à relação custo-benefício, típica da ciência econômica. A eficiência em sua vertente jurídica brasileira busca o bem-estar dos cidadãos, a realização dos direitos fundamentais.<sup>59</sup> Seu cerne não deve ser uma busca por qualidade total afastada da essencial referibilidade ao ser humano. Mencionado princípio, como decorrência da eficácia dos direitos fundamentais, deve se adequar aos padrões de juridicidade imperantes em um determinado contexto histórico.<sup>60 61 62 63</sup> É nesse ponto que o estudo da eficiência se apresenta como fundamental para otimizar a operação da partilha de produção do pré-sal.

Nessa quadra, merece reportar, junto com André Rodrigues Cyrino, que o *status* constitucional do princípio da eficiência implica: *i*) na necessidade da máxima realização do

---

57 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito Administrativo**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 117-118.

58 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência, p. 157, *In: Revista da Esmafe*: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 11, dez. 2006, p. 125-162.

59 Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 4ª ed., rev. e aum., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181-185.

60 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência, 157-158, *In: Revista da Esmafe*: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 11, dez. 2006, p. 125-162.

61 Segundo Marçal Justen Filho: Um dos aspectos essenciais do direito administrativo reside na vedação ao desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação das necessidades coletivas. É necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos. *In: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 85.

62 Nos dizeres de Diógenes Gasparini: Conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o *princípio da eficiência* impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade.[...] Por fim, tais competências devem ser praticadas com *rendimento*, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. [...] Procura-se maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção da alçada da Administração Pública. *In: GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo*. 11ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21-22.

63 Mencionado princípio é reconhecido como o dever de boa administração na Itália. Franco Bassi relata que: Secondo tale principio la P.A. deve usare, nella propria azione, la media diligenza e la media intelligenza e deve rispettare le c.d. regole di buona amministrazione in modo de assicurare l'efficienza dell'attività amministrativa. BASSI, Franco. **Lezioni di diritto amministrativo**. 4 ed., riveduta e ampliata, Milano: Dott A. Guiffre, 1995, p. 63.

amplo e custoso rol de direitos fundamentais previstos na Constituição; (ii) no dever de escolhas adequadas e necessárias sobre quais direitos serão realizados, em cada momento, em maior ou menor intensidade;<sup>64</sup> (iii) na análise de custo-benefício sobre tais escolhas, decorrente do dever de proporcionalidade; (iv) na verificação da melhor intensidade da intervenção estatal a partir dos princípios gerais da ordem econômica, isto é, a busca da intervenção mais eficiente, ou sensata; bem como (v) na existência de dispositivos específicos de desenvolvimento e bem-estar (art. 3º), eficiência (art. 37) e economicidade (art. 70).<sup>65</sup>

Contudo, para além das concepções jurídicas clássicas de eficiência, deve-se ponderar para o fortalecimento de uma de suas mais novas vertentes, a da ecoeficiência. O conceito de ecoeficiência foi definido em 1992 pelo *World Business Council for Sustainable Development (WBCSD)* como a:<sup>66</sup>

---

64 Entende-se que a escassez de recursos públicos impõe como critério de eficiência da atividade administrativa a realização e execução das medidas necessárias à concretização do mínimo existencial, núcleo material elementar do princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana e o seu núcleo material elementar são definidos, dentro das lições de Luís Roberto Barroso, da seguinte forma: o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se com a liberdade de valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. [...] Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute de sua liberdade. [...] O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação quanto a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça. Indispensável para a exigibilidade e efetivação [Entende-se adequado o termo eficacização do direito] dos direitos. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), p. 35-37, in: GRAU, Eros Roberto (coord); CUNHA, Sérgio Sérulo da (coord). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 1-48. A questão do mínimo existencial, conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física, já teve acurado estudo de Pontes de Miranda, o qual destacou: assim, é indispensável, dizíamos em 1933 (*Direito à Subsistência*, 41) à realização do direito à subsistência: (1) que se insira em Declaração de Direitos rígida – como direito público subjetivo; (2) que a planificação o realize, partindo-se do reconhecimento científico da alimentação, da casa e da roupa (fixado o mínimo vital), dos meios de que se dispõe para a satisfação daquelas necessidades e dos outros direitos, e das medidas que cheguem aos resultados desejados, mais o coeficiente de melhoramento. A concepção dele como direito público subjetivo evita: a) que se elimine a personalidade, o indivíduo, e, evitando-o, consegue-se que se ligue o futuro às revoluções passadas, à grega, à cristã, à francesa, à americana e à russa; b) que se desbarate a técnica do direito, adquirida durante os últimos séculos; c) e que se deixe à mercê dos dirigentes, a seu bel-prazer, a realização do direito à subsistência (p. 42) [...] O direito à subsistência nada tem com o salário; só se refere ao mínimo vital. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos. Atualizador Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 631-632.

65 CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório**: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 162.

66 ALMEIDA, Renilda Ouro de. **A ecoeficiência e as empresas do terceiro milênio**. Disponível em: <http://www.perspectivas.com.br/18c.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2012.

competitividade na produção e colocação no mercado de bens ou serviços que satisfazem as necessidades humanas, trazendo qualidade de vida, minimizando impactos ambientais e o uso de recursos naturais, considerando o ciclo inteiro de vida da produção e reconhecendo a ‘ecocapacidade’ planetária.

No plano nacional, mencionado princípio se encontra positivado na Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, mais especificamente no seu art. 6º, V, e pode ser extraído do desenvolvimento nacional sustentável trazido na nova redação do art. 3º, *caput*, da Lei de Licitações e Contratos, dada pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, senão vejamos:

Lei nº 12.305/2010:

Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

[...]

V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;

Lei nº 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável <sup>67</sup> e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

*In casu*, por ter sido a partilha de produção do pré-sal submetida a um leilão orientado pela oferta da melhor proposta de parcela do excedente do óleo, tem-se que o

---

67 A noção de desenvolvimento sustentável ocupa posição central dentro do movimento ambientalista desde a publicação, em 1987, do relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente da Organização das Nações Unidas – Comissão Brundtland, intitulado *Nosso futuro comum*. O relatório afirmava que é sustentável o desenvolvimento, tal que permite satisfazer nossas necessidades atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas. Cf. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Desenvolvimento sustentável do Brasil e o protocolo de Quioto, p. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 37, p. 145-159, jan./mar. 2005, p. 145. A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD – mais conhecida como eco 92 ou Rio 92, introduziu o conceito de desenvolvimento sustentável no âmbito do Direito Internacional, como se pode extrair do princípio 4 da Declaração do Rio: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.”

procedimento deve ser vinculado à principiologia da Lei de Licitações e Contratos, que preconiza estar orientada pelo desenvolvimento nacional sustentável, ou seja, um desenvolvimento que atenda às necessidades atuais sem comprometer as gerações futuras.

Para além desses critérios, entendo ser necessário analisar a eficiência num sentido com maior teor dinâmico. Todas as apreciações são feitas dentro de um plano estático da eficiência, ao menos em termos temporais. Muito pouco se fala em sua perspectiva espacial e temporal dinâmica.

Nesse passo, pondera-se que no Brasil há pouco ou nenhum aprofundamento dos efeitos da eficiência entre entes federados e entre gerações. As apreciações são deficientes nesses pontos.

Entende-se, sim, que a eficiência deve ter um plano dinâmico espacial e temporal. Para tanto, propõe-se que o seu plano dinâmico espacial é relativo aos entes jurídicos existentes no cenário nacional. Dada a alta interpenetração dos efeitos de uma medida governamental em outra esfera federada, ou seja, uma medida de gestão da União que repercute nos Estados e Município; dos Estados que repercute nos Municípios; dos Municípios que repercutem no sentido oposto, dadas as competências constitucionais de cada qual. Ou seja, a eficiência dinâmica espacial está relacionada à concepção de uma eficiência que repercute em outras esferas jurídicas em decorrência da sua atuação aurida no texto constitucional. Por meio dela se propõe a análise da instituição de matrizes de eficiência interinstitucionais, de forma que as medidas que um ente federado adote sejam precedidas de uma análise de sua repercussão nas demais esferas federadas.

O que se quer ver é o ideário de uma eficiência que vá além de um determinado ente e que seja pensada em termos nacionais. De nada adianta um ente federado eficiente quando os outros seguem em descompasso com esses ditames, porquanto os ganhos do primeiro são aniquilados pelos últimos. Assim, a eficiência deve ser vista não em termos conceituais, mas em termos reais, para além dos limites de cada conformação jurídica estatal federada.

A proposta nesse caso é no sentido de uma governança para a criação de comitês intergovernamentais de eficiência, de maneira que se potencialize o bem-estar de todos em termos amplos, reais e concretizantes. Essa é uma ponderação necessária à destinação dos recursos do pré-sal, o que será tratado de maneira meramente descritiva adiante, porquanto se destaca que não é o objeto desta tese.

Já com relação a uma perspectiva temporal dinâmica, pontua-se que a eficiência nunca é vista com relação aos seus efeitos intergeracionais. Ninguém faz um juízo para frente ou para trás das práticas administrativas ou dos efeitos positivos e negativos desta ou daquela opção em termos de eficiência de Estado. Em nosso entender, a eficiência na sua dinâmica temporal deve apreciar sempre na atuação do Estado os efeitos e cenários futuros de uma medida adotada hoje. Ela não será eficiente se a maximização de bem-estar atual for passageira, que não se sustente e não anteveja os efeitos nocivos no futuro. Essa é a eficiência que se propõe em termos intergeracionais, ou seja, só haverá maximização do bem-estar se ele for sustentável. Essas ponderações implicam também na necessidade de uma nova governança, uma governança entronizada numa maior participação da população, que envolva na discussão de grandes questões a representação de diversas pessoas, de diversas faixas etárias, com vistas a controlar melhor a previsibilidade de suas ações.

Destarte, seja qual for a noção econômica que se usar para o tema eficiência, essencial se torna a ponderação jurídica de mencionado conceito, não numa perspectiva de custo benefício, mas numa perspectiva de um dever instrumental de garantia do bem-estar dos cidadãos por meio de uma boa-governança administrativa, voltada à melhoria dos direitos fundamentais e ao aumento da qualidade de vida, de uma vida que leve em conta o consumo de recursos naturais ponderado pela capacidade do planeta de dar atendimento às demandas sociais. Essa boa-governança, então, impõe uma dimensão à eficiência de combate aos desvios da governança, ou seja, o combate à corrupção.

Essa tônica, a da sustentabilidade, é fundamental para o direcionamento da regulação do pré-sal, que deve estar atrelada ao melhor uso e à internalização de benefícios duradouros em virtude da exploração de recursos esgotáveis. A grande ideia, então, deve estar

fincada em transformar um bem exaurível (ativo), num bem permanente (ativo), o que pode ser alcançado em termos globais e futuros pelo investimento em conhecimento e em efficientização da sociedade. Assim, a eficiência deve ser vista como uma cultura, pois não adianta o Estado conduzir as atividades dentro dos melhores padrões de dispêndio de recursos públicos se a população não extrai a real dimensão presente e futura da eficiência. Ousa-se até em referir que a eficiência econômica de um Estado decorre da eficiência econômica de sua população. Se ela produz, o Estado, num nível macro, também produzirá. Se ela nada produz, o Estado usará de mecanismos compensatórios para corrigir suas falhas governamentais no direcionamento da economia.

### 1.2.2 Da conformação da maximização do bem-estar ao direito fundamental ao desenvolvimento econômico

Apresentada que foi a tessitura jurídica do princípio da eficiência e ponderados os pontos de adaptabilidade da teoria econômica a uma análise jurídica, tem-se que alertar para o fato de que a análise econômica não se encontra enfeixada numa simples relação de acúmulo de riqueza. Existem correntes doutrinárias dentro da análise econômica do direito que ponderam as funções estatais num panorama de maximização do bem-estar por meio da redistribuição da riqueza bem aproximado da realidade social brasileira.<sup>6869</sup> Nesse sentido, destaca Fernando Araújo que o acento tônico da análise econômica se encontra na eficiência, entendida esta como a maximização do bem-estar entre as partes envolvidas, dentro de uma escala de valores, não se referindo a uma maximização cega, unilateral e irresistível.<sup>70</sup>

Como ponderado acima, a depender da escolha doutrinária que se faça, pode-se ter um Estado com conformação coletivista, implicando maior grau de intervenção, ou com concepções individualistas, implicando em menores graus de intervenção. Contudo, concorda-se com a posição de Cass Sustein no sentido de ser comum a eleição de critérios ligados ao

---

68 Trata-se da escola do *New Haven*. Cf. CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório**: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 150.

69 Cf. ACKERMAN, Bruce. **Reconstructing American Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 104.

70 Cf. ARAÚJO, Fernando. **Análise econômica do direito** – programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008, p. 31.

bem-estar (*welfare*) de um lado e à liberdade (*autonomy*) de outro. “A persecução de ambos esses critérios será informada e restringida pelas concepções de justiça como definidas na posição original.”<sup>71</sup> Ou seja, o fundamento da ponderação entre liberdade e bem-estar vai estar ligado ao consenso originário do que é justo naquela sociedade. A justiça definida na posição original, para o caso brasileiro, deve levar em conta a força normativa do texto constitucional.

Dentro desse escopo, o temperamento quanto ao custo dos direitos, mesmo dentro de um panorama de maximização do bem-estar e distribuição da riqueza, queda relacionado com o verdadeiro dimensionamento da justiça, que não se apresente como uma justiça a qualquer preço, mas como uma justiça que não importe em resultados trágicos.<sup>72</sup>

Entretanto, deve-se aduzir que o bem-estar possui um papel e que esse papel depende da geração de riqueza, uma vez que os direitos têm um custo, devendo tal noção fazer parte do conteúdo dos próprios direitos.<sup>73</sup>

Nessa quadra, então, necessário se torna analisar como se promoverá a riqueza e o atendimento do bem-estar.

Com esse intuito, merece delimitar qual seria o núcleo básico da atividade administrativa. Ruy Cirne Lima apresenta importante posicionamento doutrinário sobre esse ponto:

---

71 No original: “The pursuit of both of these [welfare and autonomy] is informed and constrained by conceptions of justice as defined by the original position.” In SUNSTEIN, Cass. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state.** Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 34.

72 Araújo apresenta como evolução da *Law and Economics* a sua configuração corrente que prioriza os critérios de bem-estar, de maneira que se vai além dos critérios de justiça, ou de justiça no caso concreto (equidade), passando mencionada forma de justiça a ocupar um lugar residual. Para ele, essa perspectiva leva em conta que a apreciação da justiça no caso concreto já se encontra entronizada como prévia e condicionante das disposições negociais, permitindo-se ao Estado, em caráter supletivo, a influência nessas disposições em caso de descumprimento dos condicionantes prévios. Para ele, a eficiência, nessa quadra, deve contrabalançar dialeticamente a concentração exclusiva no valor justiça, numa justiça a qualquer preço, forçando a concessões e conciliações àqueles que, entorpecidos pela convicção de gratuidade das opções, conduzem a resultados socialmente trágicos porque insustentáveis, gerando a Crise da Justiça. Cf. ARAÚJO, Fernando. **Análise econômica do direito** – programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008, p. 32-33.

73 SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes.** New York: W.W. Norton & Co., 1999, *passim*. Veja-se também: GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos.** Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O fim, e não a vontade, domina todas as formas de administração.<sup>74</sup>  
 A relação administrativa é, portanto, a relação jurídica “que se estabelece ao influxo de uma finalidade cogente.”

[...]

Na administração o dever e a finalidade são predominantes.<sup>75</sup>

Diante do elucidativo posicionamento doutrinário, vê-se que o âmbito de sindicabilidade da atividade administrativa é amplo, pois está vinculado a uma finalidade pública cogente. É justamente o detalhamento dela que aqui se quer ponderar. Entende-se que ela tem por norte o dever de boa-administração, ou boa-governança na concretização do Direito Fundamental ao desenvolvimento econômico.

Ratificando a postura adotada, traz-se à colação posicionamento de Juarez de Freitas quanto à conformação do ato administrativo na modernidade:

Pode-se, conclusivamente, entender o *ato administrativo legítimo* como a declaração de vontade da Administração Pública *lato sensu*, ou de quem exerça atividade por ela delegada, de natureza infralegal (em regra), com o fito de produzir efeitos no mundo jurídico, *em harmonia com o direito fundamental à boa administração, direta e imediatamente*.

[...]

Nesse diapasão, o Estado da discricionariedade legítima é o Estado da promoção do bem de todos (CF, art. 3º), da continuidade planejada dos serviços essenciais, do intangível equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes e da superação (ao menos, em parte) da lógica antagonizadora, precária e adversarial nas relações de administração. (itálico no original)<sup>76</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta posicionamento consentâneo ao de Juarez de Freitas no que concerne às limitações à análise discricionária do ato administrativo, quando relata:

Pretende-se, além disso, que o *quadro das circunstâncias fáticas em vista do qual a Administração terá de agir promove um balizamento suplementar da descrição abstratamente conferida* pela norma, estreitando-a – tal como é

---

74 In LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7 ed., rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39.

75 LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7 ed., rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105-106.

76 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4 ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 396-398.

desejado pela lei – até o ponto de compor os limites da “boa-administração”.<sup>77</sup> (itálico no original)

Portanto, deve-se ponderar que essa finalidade, dentro dos padrões do princípio da juridicidade, e de sua orientação para a realização dos direitos fundamentais, seria justamente a promoção do direito ao desenvolvimento, elemento basilar, por sinal, para a consagração do mínimo existencial.

Entende-se que a finalidade da atividade administrativa necessita do delineamento do direito ao desenvolvimento. Segundo Paulo Bonavides, quando do trato dos direitos fundamentais de terceira dimensão, o direito ao desenvolvimento:

[...] diz respeito tanto a Estados como a indivíduos, segundo assevera o próprio MBAYA, o qual acrescenta que relativamente a indivíduos ele se traduz numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada.<sup>78</sup>

Com relação ao direito ao desenvolvimento, André Ramos Tavares pondera:

O desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, ou fará sentido para poucos. Assim, independentemente do conceito que determinada atitude possa ocupar nas teorias econômicas, ela poderá ser adotada se puder ser utilizada como instrumento para alcançar mencionado desenvolvimento. Portanto, a intervenção do estado, sempre que servir para esse desiderato, será necessária, bem como as prestações de cunho social (e especialmente tais prestações), sem que isso signifique a assunção de um modelo socialista. Da mesma forma, a consagração da liberdade, incluindo a livre iniciativa e a livre concorrência, serão essenciais para que se implemente aquele grau de desenvolvimento desejado.<sup>79</sup>

---

77 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 163.

78 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14<sup>a</sup> ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 570. As referências desse ponto não foram integralizadas pelo fato de o próprio autor, Paulo Bonavides, asseverar que se trata de um manuscrito que supõe ainda inédito e que lhe foi gentilmente enviado pelo autor. Etienne-R. Mbaya. *Menschenrechte in Nord-Sued Verhaeltnis*.

79 TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 68.

Em complemento do expendido, tem-se com Luís Cabral de Moncada que a política de desenvolvimento não deve ser medida por uma mera acumulação do produto nacional, ou seja, por seu crescimento. A ideia de desenvolvimento, isto sim, veicula uma consideração de equidade social dependente de uma intervenção dos poderes públicos na esfera de produção e na repartição. O crescimento, necessário ao desenvolvimento, deve obedecer pois a certas condições fixadas na Constituição, no caso do autor a lusitana, e que podem ser adaptadas ao direito pátrio, da seguinte forma: o seu equilíbrio; a sua equidade e a sua eficiência, não apurada esta, tão somente, no simples acumular riqueza. Ela deve depender do tipo de necessidades sociais que satisfaçam os bens cuja própria produção será protegida pela intervenção dos poderes públicos.<sup>80</sup>

Corroborando o quanto exposto a conceituação formulada por Luiz Carlos Bresser Pereira:

O desenvolvimento é um processo de transformação econômica, política e social, através do qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo. Trata-se de um processo social global, em que as estruturas econômicas, políticas e sociais de um país sofrem contínuas e profundas transformações.<sup>81</sup>

Dentro desta compreensão, então, verifica-se que o direito ao desenvolvimento econômico carece de uma nova perspectiva histórica para a Administração Pública, uma perspectiva orientada por uma governança administrativa eficiente e ecoeficiente. Nesse escopo, a atividade estatal ganharia, então, viés legítimo se adequada a este fundamento, sem o que a sua atividade poderia ser anulada. Com efeito, Juarez de Freitas é bem enfático ao relacionar o controle meritório do ato administrativo à questão do desenvolvimento humano, senão vejamos:

O desafio do controle dos atos administrativos é, então, *tornar eficazes os princípios e direitos fundamentais, de maneira menos lírica e mais prática, com real proveito para o Desenvolvimento Humano* (nos mencionados parâmetros de longevidade, renda e educação).

[...]

Em última análise, quanto maior o Índice de desenvolvimento humano (longevidade, renda e educação)<sup>82 83</sup> mais o Estado-Administração será

80 MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico**. 5ª ed., rev. e actual., Coimbra: Coimbra, 2007, p. 193.

81 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e Crise no Brasil**. 5ª Ed., São Paulo: 34, 2003, p. 31.

82 O IDH foi criado no início da década de 90 para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) como uma contribuição para a busca de indicadores de qualidade de vida. Ele combina três componentes do desenvolvimento humano: a) a longevidade, que reflete as condições de saúde da população,

efetivo garantidor eficiente e eficaz do direito fundamental à boa administração pública.<sup>8485</sup>

Contudo, restando relevante a concepção do Índice de Desenvolvimento Humano para aferir a concretização desse importante direito, tem-se que ele, na atual quadra, não atende totalmente ao contexto social e fático vigentes. Tanto é assim que se tem preconizado a evolução desse conceito para que o seja numa concepção de riqueza inclusiva, uma riqueza que seja aferida pelos aspectos indissociáveis do bem-estar humano relacionados com a saúde, educação, qualidade do ar e da água, beleza natural, lazer e segurança ambiental, dentre outros.<sup>86</sup> Para complementá-lo, deve-se empreender um exercício intergeracional, que precifique os bens da Natureza e fomente um sistema de mercado eficiente e transparente com claras sinalizações de preços.<sup>87</sup>

Para além dos alertas de inadequação acima, os ambientalistas relatam ser o IDH e o PIB incompletos por não mensurarem as externalidades negativas da poluição ambiental. Nesse sentido, existem estudos pioneiros do *The Economics of Ecosystems and Biodiversity* (TEBB), que apresentam instrumentos para se valorar e incorporar os serviços da natureza nos

medida pela esperança de vida ao nascer; b) a educação, medida por uma combinação da taxa de alfabetização de adultos e a taxa combinada de matrícula nos níveis de ensino – fundamental, médio e superior; c) a renda, medida pela compra da população, baseada no PIB *per capita* ajustado ao custo de vida local por meio de metodologia conhecida como paridade do poder de compra (PPC).

A metodologia de cálculo envolve a transformação desses fatores em índices que variam de 0 (pior) e 1 (melhor), além da combinação dos índices num fator sintético. Quanto mais próximo de 1 o valor deste indicador, maior será o nível de desenvolvimento humano do país ou região.

Para classificar os países em três grandes categorias, o PNUD estabeleceu as seguintes faixas:

$0 \leq \text{IDH} < 0,5$  Baixo Desenvolvimento Humano

$0,5 \leq \text{IDH} < 0,8$  Médio Desenvolvimento Humano

$0,8 \leq \text{IDH} < 1$  Alto Desenvolvimento Humano

In ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djussey. Microeconomia, p. 34-138, in TIMM, Luciano Benetti Timm (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 113.

83 Mencionado índice se encontra em fase de revisão, onde o desenvolvimento sustentável tem sido ventilado como importante indicador. Veja-se nesse sentido: UNITED NATIONS. **The Future we want**. In: Conference on sustainable development. Rio de Janeiro, 2012, Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/>, Acesso em: 16 jul. 2012.

84 Itálico do original. In FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 460;479.

85 Em nosso entender o IDH tem a deficiência de não levar em conta o capital natural e de focar no curto prazo.

86 Cf. DASGUPTA, Pharta. **Inclusive Wealth Report 2012**. Measuring progress toward sustainability, UNPEP, 2012.

87 Cf. LINS, Clarissa. Desenvolvimento sustentável: tendências, novas formas de aferir valor e oportunidades para o Brasil. in GIAMBIAGI, Fábio; PORTO, Cláudio (Orgs.). **Propostas para o governo 2015/2018: agenda para um país próspero e competitivo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 370.

processos de tomada de decisões.<sup>88</sup> O seu estudo leva em conta a valoração do capital natural que se funde em uma ampla base de ativos sobre o qual repousa a busca do bem-estar humano, como os produtos manufaturados (estradas, construções, portos, máquinas, equipamentos etc.), capital humano (educação, competências), conhecimento adquirido a partir de pesquisa e desenvolvimento, capital natural e população (tamanho e perfil demográfico). Assim, verificando essa massa de ativos, seus fluxos e estoques, a nação promove o bem-estar da sociedade atual e da futura.<sup>89</sup>

Portanto, a boa administração ou boa governança deve estar pautada pela concretização do direito ao desenvolvimento econômico, um desenvolvimento visto em sua amplitude, que mensure todos os ativos e passivos que a humanidade tem:

Neste ponto o Direito precisa assumir uma especial função para a implementação de políticas públicas desenvolvimentistas. De nada adiantam boas intenções (normativas, econômicas e administrativas; estatais ou privadas) se não existir uma perspectiva de confiabilidade, certeza e segurança futuras. A velocidade das mudanças não é tamanha a ponto de fazer com que o seu objeto transforme-se em energia indetectável. O que mais uma vez remete a algumas das funções básicas do Direito e aos novos desafios que propõem aos juristas. [...]

O que é imperativo é a necessidade de reinventar a própria noção de Direito Público (e políticas públicas desenvolvimentistas) sob as novas condições e exigências históricas. Assim estar-se-á reinventando a própria eternidade do direito.<sup>90</sup>

Merece reportar, por oportuno, que este direito, para além de encontrar referências no plano internacional, veja-se o art. 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU de 1986,<sup>91</sup> e a Resolução 41/128, da Assembleia Geral da ONU, de dezembro de 1986,

---

88 Para maior aprofundamento, consulte [www.teebwerb.org](http://www.teebwerb.org).

89 Cf. LINS, Clarissa. Desenvolvimento sustentável: tendências, novas formas de aferir valor e oportunidades para o Brasil. *in* GIAMBIAGI, Fábio; PORTO, Cláudio (Orgs.). **Propostas para o governo 2015/2018: agenda para um país próspero e competitivo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 371-372.

90 MOREIRA, Egon Bockman. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação), **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Renovar, ano 3, nº 10, abr./jun. 2008, p. 221-222.

91 O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

<sup>92</sup> possui referências no plano interno, quando o legislador constituinte brasileiro elegeu o desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República, conforme dispõe o artigo 3º da Constituição Federal. Portanto, vê-se que o direito ao desenvolvimento se apresenta como condição imprescindível para a realização dos fins republicanos, que delimita, por sua vez, a interpretação de todas as disposições constitucionais de 1988, e, por conseguinte, da compreensão do princípio constitucional da eficiência.

Nesse ponto, dignas de citação são as lições de Robério Filho quando sintetiza a conformação do direito ao desenvolvimento no plano constitucional: a) não se confunde com o mero crescimento econômico; b) possui vínculo direto com a dignidade da pessoa humana; c) constitui ao mesmo tempo, *finalidade e objetivo* da República Federativa do Brasil; d) porta uma natureza *obrigatória*;<sup>93</sup> e) é diretamente proporcional à concretização dos objetivos constitucionais da nossa República; e f) deve considerar o *todo* da nação, refletindo a realidade do Estado multicultural e multiétnico e assumindo uma natureza dialógica por meio de um diálogo intercultural.<sup>94</sup>

Em outro prisma, focando a questão dentro das teorias econômicas neoinstitucionalistas, pode-se afirmar que o desenvolvimento será alcançado quando a evolução das instituições permitir reduzir o grau de risco/incerteza e diminuir os custos de transação.<sup>95 96</sup>

Ainda dentro das concepções econômicas sobre desenvolvimento, é de se citar Amartya Sen, que vincula a concretização do desenvolvimento à garantia de liberdades materiais:

---

92 Por meio dessa resolução, o direito ao desenvolvimento foi tido “como processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”.

93 Nesse passo, o governo deve ser mais competente para neutralizar a ação de *stakeholders* contrários ao desenvolvimento, fornecendo maior homogeneização às estruturas econômicas e sociais, passíveis de elevar o nível de bem-estar da sociedade e melhorar os indicadores sociais de desenvolvimento. SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento Econômico**. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 245.

94 ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 274.

95 NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 42.

96 Cf. VIANNA, Salvador Teixeira Werneck. **Desenvolvimento econômico e reformas institucionais no Brasil**: considerações sobre a construção interrompida. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007, p. 38.

Se a liberdade é o que o desenvolvimento promove, então existe um argumento fundamental em favor da concentração nesse objetivo abrangente, e não em algum meio específico ou em alguma lista de instrumentos especialmente escolhida. Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-lo a alguns meios de que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo.

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.

[...]

As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância avaliatória da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula, umas às outras, liberdades diferentes. Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover a segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômica (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar a abundância individual, além de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras.<sup>97</sup>

Nessa quadra então se pergunta: Como atingir a concretização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico? A resposta não poderia ser outra, pelo princípio da eficiência, pela instauração de uma administração pública eficiente.

o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. [...] Mencionado direito corresponde “o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.”<sup>98</sup>

Mas como operacionalizar a eficiência? Bom, seguindo a proposta da presente tese, por meio de uma mensuração adequada dos custos de transação e dos riscos que

---

97 SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Mota. Rev. Técnica Ricardo Doniselli Mendes. 7ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17-18 e 26.

98 FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

envolvem a arquitetura dos contratos de partilha de produção do pré-sal. Esses instrumentos serão fundamentais para maximizar o valor total dos projetos (*total project value*). Daí é que ganha relevo o adequado manejo das importantes contribuições das teorias econômicas neoinstitucionalistas.

E assim deve ser, pois a exploração dos recursos estatais necessários ao atendimento das necessidades fundamentais envolve uma racionalidade muito mais intensa da que se passa a propósito das demais atividades. Afinal, trata-se de servir às demandas essenciais dos seres humanos - logo, devem ser adotadas as decisões que ampliem a eficiência na utilização dos recursos, propiciando a melhor satisfação para o mais amplo número de beneficiários, quer seja nessa geração, quer seja com o olhar voltado para a sustentabilidade dessas medidas para as gerações futuras.<sup>99</sup>

Destarte, o atuar administrativo eficiente é o elemento essencial à concretização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico, tanto na esfera do gasto público destinado ao atendimento das necessidades fundamentais, como na regulação econômica que torna possível a produção de riqueza e a manutenção dos bens essenciais à promoção do bem-estar e à melhoria do desenvolvimento humano intra e intergeracional.

Assim, visualiza-se que o direito ao desenvolvimento tem referibilidade ao Estado, como interventor direcionado à proteção e preservação dos bens que satisfaçam às necessidades sociais, e ao indivíduo, no presente, diante das necessidades de trabalho, saúde e alimentação adequada e, porque não, no futuro, por meio das condições de ter a oportunidade de vir a gozar dessa situação.

---

99 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 467.

## 2 ANÁLISE ECONÔMICA DA PARTILHA DE PRODUÇÃO DO PRÉ-SAL – AONDE VAI E ATÉ ONDE PODEREMOS IR

### 2.1 Para compreender o assunto

Com o advento da notícia por parte da Petrobras em 7 de novembro de 2007<sup>100</sup> da descoberta do pré-sal, foram editadas ao longo do ano de 2010, três novas leis a reger a exploração e produção de petróleo e gás. Logo depois, com vistas a minorar o grande embate federativo e disciplinar a questão do fundo social, foi editada a Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. Elas se destinam a regular o pré-sal e os contratos de áreas estratégicas. A primeira delas, Lei nº 12.276, de 30 de junho de 2010, regulou a cessão onerosa de direitos de exploração e produção de petróleo em certas áreas do pré-sal em favor da Petrobras, até o limite de 5 bilhões de barris; a Lei nº 12.304, de 2 de agosto de 2010, autorizou a criação da PSSA, empresa encarregada da gestão dos interesses da União nos contratos de partilha; a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, introduziu o contrato de partilha de produção e criou o “Fundo Social”, para a gestão dos recursos públicos advindos da exploração do pré-sal e das áreas estratégicas; a Lei nº 12.734/2012, modificou as Leis nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, e nº 12.351/2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos *royalties* e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás

---

100 Rio de Janeiro, 08 de novembro de 2007 – PETRÓLEO BRASILEIRO S/A - PETROBRAS, [Bovespa: PETR3/PETR4, NYSE: PBR/PBRA, Latibex: XPBR/XPBRA, BCBA: APBR/APBRA], uma companhia brasileira de energia com atuação internacional, comunica que concluiu a análise dos testes de formação do segundo poço (1-RJS-646) na área denominada Tupi, no bloco BM-S-11, localizado na bacia de Santos, e estima o volume recuperável de óleo leve de 28° API, em 5 a 8 bilhões de barris de petróleo e gás natural. A Petrobras é operadora da área e detém 65%, a empresa britânica BG Group detém 25% e a portuguesa Petrogal - Galp Energia, 10%. A Petrobras realizou, também, uma avaliação regional do potencial petrolífero do pré-sal que se estende nas bacias do Sul e Sudeste brasileiros. Os volumes recuperáveis estimados de óleo e gás para os reservatórios do pré-sal, se confirmados, elevarão significativamente a quantidade de óleo existente em bacias brasileiras, colocando o Brasil entre os países com grandes reservas de petróleo e gás do mundo. Os poços que atingiram o pré-sal e que foram testados pela Petrobras mostram, até agora, alta produtividade de petróleo leve e de gás natural. Esses poços se localizam nas bacias do Espírito Santo, de Campos e de Santos. As rochas do Pré-sal são reservatórios que se encontram abaixo de uma extensa camada de sal, que abrange o litoral do Estado do Espírito Santo até Santa Catarina, ao longo de mais de 800 km de extensão por até 200 km de largura, em lâmina d'água que varia de 1.500m a 3.000m e soterramento entre 3.000 e 4.000 metros. Almir Guilherme Barbassa Diretor Financeiro e de Relações com Investidores Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras. (BRASIL) Petrobras S/A. **Nota sobre o pré-sal.** Disponível em: <http://siteempresas.bovespa.com.br/consbov/ArquivosExibe.asp?site=&protocolo=140478>. Acesso em: 25 de jan. 2015.

natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório desses recursos no regime de partilha.

Pelo contrato de partilha de produção, na forma fixada pela lei nº 12.351/2010, a propriedade do petróleo extraído é relacionada ao Estado, enquanto nas concessões é direcionada ao concessionário. Desta forma, em tese, o regime de partilha permite um maior controle direto sobre a produção e destino do petróleo.

Contudo, os críticos indagam a eficiência de um regime de partilha de produção em comparação com um contrato de concessão devidamente amparado em instrumentos de tributação, subsídios e cotas. Além disso, questionam se a arquitetura proposta, orientada por uma forte participação da Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras, poderia desestimular o setor privado e reduzir os níveis de produção.<sup>101</sup>

Mas as críticas não restam delimitadas aos pontos elencados acima, porquanto a deslegalização incidente sobre a configuração dos contratos de partilha de produção por parte da ANP impõe a correta aferição dos riscos<sup>102</sup> a eles inerentes e dos custos envolvidos na transação,<sup>103</sup> de forma a se maximizar o valor total do projeto (*total project value*).<sup>104</sup>

A cautela preconizada acima encontra substrato numa sociedade informada pelo crescimento da regulação estatal, por meio da qual se torna imperiosa a ponderação sobre a repartição e a alocação de riscos, mormente numa área tão delicada como a regulação do pré-sal.

---

101 Cf. JACQUES, Carlos (et al.). Avaliação da proposta para o marco regulatório do pré-sal. SENADO FEDERAL. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, **Textos para discussão**, nº 64, Brasília, out. de 2009. Disponível na internet: <[http://www.senado.gov.br/conleg/textos\\_discussao.htm](http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm)>. Acesso em: 14 de setembro de 2011, p. 106.

102 Nesse passo, importa detalhar o posicionamento de Marcos Nóbrega sobre a conformação do risco: A essência do risco, no entanto, é caracterizada por três aspectos fundamentais: o evento, que significa a possível ocorrência de algo que poderia impactar o investimento; a probabilidade, que significa a chance do evento de risco ocorrer em determinado período de tempo e, por fim, o impacto, que corresponde ao valor financeiro resultante da incidência do risco. *In Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 126.

103 Conforme pontua Marcos Nóbrega, os custos da transação importam em uma seara teórica multidisciplinar envolvendo direito, economia e organização, que coloca o problema estrutural da economia como um problema contratual. Eles seriam, então, os custos do funcionamento do sistema econômico. Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 103-105.

104 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 129.

Trazendo essas disposições à regulação petrolífera do pré-sal, vê-se que o Estado brasileiro busca a eficiência por um controle, não de auditoria, mas de um controle executado por Agências Reguladoras, no caso, a ANP, de forma a privilegiar a eficiência. Para além, em compasso com este controle, ocorre um controle de gestão promovido pela PPSA. Contudo, esse poder conferido deve se conformar com o padrão de juridicidade, de forma a se tornar condizente com o ordenamento jurídico pátrio. Essa é uma das principais questões sobre a qual se deterá a análise neste capítulo. O relacionamento decorrente da regulação da partilha de produção deve sopesar os níveis de utilidade para cada um dos pactuantes e deve se adequar ao ordenamento pátrio, de forma que as assimetrias informacionais, como seleção adversa<sup>105</sup>, *signalling*<sup>106</sup> e *moral hazard*<sup>107</sup>, a estrutura aberta e incompleta do contrato, e as restrições de participação, como se dá no caso da participação da Petrobras em todas as explorações, sejam analisadas com vistas a aferir a sua adequação, ou não, com o interesse relacionado ao desenvolvimento econômico nacional brasileiro, firme-se e reafirme-se.

A exploração e produção do pré-sal, se bem analisada, levanta várias assimetrias. A principal delas é a decorrente do *moral hazard*, onde diversos fatores, dentre eles o estado de natureza, influirão ou não no nível de esforço despendido pelo agente, o explorador privado e a Petrobras, importando-lhe em maior ou menor risco. Do ponto de vista da produção, isto também se torna patente, porquanto, muito embora a Petrobras seja a operadora e exerça o direcionamento das atividades, também cometidas ao CO gerenciado pela PPSA, consegue-se ver o interesse imediato do produtor privado em produzir o máximo possível, mesmo que isso em termos mercadológicos implique em desabastecimento antecipado, necessidade de exportação por ausência de local para estocar a produção ou influência nos preços de mercado para abaixo, em virtude da maior oferta.

Ciente desses fatores, Nóbrega propõe, então, a adoção de mecanismos reveladores de transparência, dentre os quais a renegociação periódica, a incompletude deliberada, a escolha de uma terceira via decisória (judiciária ou arbitral) e a promoção de

---

105 O agente possui informação privilegiada antes da assinatura do contrato e o principal sabe disso.

106 O agente envia sua informação ao principal e ele ofertará um determinado contrato. Típica nos contratos de seguro.

107 O agente obtém uma informação privilegiada após a assinatura do contrato.

arranjos contratuais como direito de opções,<sup>108</sup> contratos específicos de distribuição e até mesmo a integração vertical, manejada pelo uso de *holdings*, tal qual se apresenta a Petrobras e suas subsidiárias.<sup>109</sup>

A análise conceitual dos riscos nos contratos de partilha de produção do pré-sal influi diretamente na composição dos custos da transação, principalmente quando se deve especificar a quem deverão ser alocados. Mas uma coisa é certa, a alocação deve ser direcionada àqueles que possuam melhores condições de gerenciá-los, de forma a maximizar o valor total do projeto (*total project value*), considerando a capacidade de cada parte para influenciar o correspondente fator de risco – poder agir para melhorar ou piorar o resultado final considerando um determinado risco; influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em relação ao risco – antecipando ou respondendo ao fator de risco e sofrendo os benefícios de melhor sofrer a influência desses riscos; absorvendo o risco – quando nenhuma das partes pode influenciar, antecipar ou responder ao risco, de maneira que uma terá de absorver o risco, isto para aquele que poderá absorvê-lo ao menor custo.<sup>110</sup> Para tanto, em nosso entender, foi colocada a Petrobras como operadora do projeto, bem como fixado para ela um percentual mínimo de sua participação, que corresponde a 30% (trinta por cento) do total, por sua *expertise* e pelo conhecimento do mercado internacional. Além disso, é uma estatal. Nesse passo, ela se apresentaria como uma forma de dividir e melhor gerenciar o risco no empreendimento do pré-sal.

Toda a argumentação até agora despendida busca maximizar os resultados da partilha de produção e minorar os custos sociais para que os governantes não tencionem fazer

---

108 O direito de opções é um compromisso financeiro do mercado de ações destinado ao cumprimento de uma obrigação em decorrência de um dado evento. Por ele: O lançador de uma opção recebe um prêmio para assumir a obrigação de vender (opção de compra) ou comprar (opção de venda) se exercido pelo titular. Como qualquer compromisso financeiro, ele deve honrar essa obrigação se designado para tal. As opções de estilo americano podem ser exercidas a partir do pregão subsequente à realização da compra, até a sua data de vencimento. As opções de estilo europeu podem ser exercidas apenas na data de vencimento estipulada no contrato de opções. Disponível em: [http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/educacional/cursos/curso-basico/cur\\_opcoes9.htm](http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/educacional/cursos/curso-basico/cur_opcoes9.htm). Acesso em: 10 mar. 2015.

109 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 113.

110 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 129.

uso de uma das mais importantes prerrogativas estatais, qual seja a distribuição dos riscos de maneira coercitiva entre a coletividade.<sup>111</sup>

Ainda aqui fica mais um alerta. Conforme delineado por GIAMBIAGI *et al.*: “O maior desafio que o país tem pela frente concernente à exploração do pré-sal é o de evitar que a riqueza seja dilapidada e, no final de algumas décadas, não tenha sido substituída por um acréscimo no estoque de capital[...]”<sup>112</sup>

Com efeito, o que se deve evitar na exploração do pré-sal é um comportamento estatal predominantemente rentista, ou seja, sem qualquer consideração que avalie os resultados da sua atividade.

## 2.2 Pontos principais do novo marco regulatório do pré-sal

Três são os sistemas no mundo para a exploração de petróleo: a) o sistema de concessão, onde o concessionário assume por sua conta e risco a exploração e a produção, observada a legislação vigente, sem interferência direta do Estado. Nele, no caso de descoberta de novas jazidas, o petróleo pertence ao concessionário, mediante o pagamento de *royalties* e outras participações governamentais. b) na partilha, a empresa ou consórcio assume o risco da exploração, e, em havendo êxito, os investimentos são ressarcidos em óleo (óleo-custo). O lucro vem da dedução dos investimentos e custos de produção da receita total. Esse valor, o óleo-lucro, é repartido entre a empresa, o consórcio e o Estado. Ele persiste em países com reservas abundantes de baixo risco exploratório; c) prestação de serviços – se contrata uma empresa para exploração e produção, mediante remuneração fixada contratualmente. Neste modelo, a produção é propriedade do Estado.<sup>113</sup>

---

111 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 137.

112 PIRES, Adriano; GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo; SCHECHTMAN, Rafael. Conclusões e propostas para o setor, p. 312-334, in **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), Rio Janeiro: Elsevier, 2013, p. 323.

113 Cf. COSTA, Elisson Pereira da Costa. Marco regulatório do petróleo e o regime jurídico das concessões do pré-sal. **RSDA**, nº 95, Novembro/2013, São Paulo: IOB, p. 101-102.

Nesse ponto, convém salientar que no contrato de partilha, além das receitas governamentais (*royalties* e bônus de assinatura) e dos tributos incidentes, a União recebe ainda parcela do óleo produzido, garantindo a concretização do principal objetivo do governo com a alteração do regime de produção que é ter maior participação nos resultados da riqueza petrolífera nacional.

Além da parcela do óleo produzido (óleo lucro), vale destacar que no Brasil essa atividade está sujeita ao pagamento de todos os impostos incidentes sobre as demais atividades econômicas.

Assim, mantido o cenário anterior à edição das leis editadas no ano de 2010, tem-se para a exploração do pré-sal três regimes: a) o da concessão petrolífera da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, (*tax and royalties regime*), em decorrência do disposto no seu art. 6º, XIII, sobre a profundidade dos blocos de exploração. Por meio dele, as concessões são feitas por leilões realizados pela Agência Nacional do Petróleo para a exploração e produção, mediante a disputa de lotes por empresas públicas e privadas. A empresa vencedora é aquela que obtém maior pontuação em três fatores: i) bônus de assinatura (valor em dinheiro ofertado pelo direito de assinar o contrato); ii) índice de nacionalização dos equipamentos e serviços; e iii) programa de trabalho mínimo a ser exigido. As atividades da vencedora são realizadas por sua conta e risco, sendo proprietária do produto explorado. Os contratos então vigentes sob a égide desse regime não foram alterados pela regulação do pré-sal; b) o contrato de concessão onerosa, da Lei nº 12.276/2010, em que a União cedeu onerosamente à Petrobras o exercício de atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos de que trata o art. 177, § 1º, da Constituição Federal - CF, até o limite de 5 bilhões de barris equivalentes de petróleo. Ela foi feita por dispensa de licitação e a Petrobras terá a titularidade do Petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos até o limite contratual e pagará *royalties* sobre a produção. Trata-se de delegação do exercício das atividades de Pesquisa e Lavra do Petróleo e de uma forma de contratação direta. Nesse caso, não está prevista a participação especial; e c) a partilha de produção, regida pelas leis números 12.351/2010 e 12.304/2010, onde o risco das atividades de exploração serão assumidas pelos contratados, que poderão ser ressarcidos nos casos de descobertas comerciais por meio do óleo-custo. O óleo-lucro é dividido entre a União e a empresa contratada ou consórcio. Os contratos serão celebrados de duas maneiras: a

primeira, exclusivamente com a Petrobras, por meio de licitação dispensada, seguindo, no que couber, os passos estabelecidos nos artigos 9º, IV, e 10, III, da Lei nº 12.351/2010; e a segunda com a livre participação das empresas, sendo atribuído à Petrobras percentual mínimo de participação compulsória de 30% (trinta por cento) em todos os consórcios. A Petrobras será a operadora em todos os blocos e a União não assumirá os riscos das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção decorrentes dos contratos de partilha de produção. Essa disciplina, contudo, não incide sobre os contratos regidos pela cessão onerosa e pelo regime de concessão. Ela envolve as áreas do pré-sal não concedidas nas rodadas de licitação e não concedidas à Petrobras e áreas estratégicas. As definições desses pontos envolvem critérios geológicos e de ordem política e econômica, boa parte delas atrelada ao Presidente da República, por promoção do CNPE, art. 9º, inc. V, da lei nº 12.351/10. Nela, a PPSA, representante da União, integrará com a operadora e o contratado o Consórcio do Contrato e o seu CO.

Apresentando painel sintético sobre as obrigações dos envolvidos no novo marco regulatório do pré-sal, Gustavo Loureiro se posiciona da seguinte forma:

O contrato de partilha é o negócio pelo qual:

- o contratado:

. adquire o direito de pesquisar o bloco identificado no contrato e de avaliar eventual descoberta de óleo (para verificação de sua comercialidade), por sua conta e risco (*i.e.*, assumindo todos os encargos da atividade de pesquisa e avaliação);

. em caso de ser descoberta comercial, adquire ele ainda o direito de produzir petróleo, também por sua conta e risco (*i.e.*, assumindo todos os encargos econômicos das atividades de desenvolvimento e produção, incluindo o pagamento de *royalties*).

. Nessa última hipótese, torna-se proprietário da parte do óleo produzido para satisfação – e no limite – dos seguintes elementos:

> recuperação dos pagamentos de *royalties* (calculados sobre a produção total);<sup>114</sup>

> recuperação dos custos incorridos nas atividades de pesquisa, avaliação, desenvolvimento, lavra e desativação (óleo custo);<sup>115</sup>

---

114 Essa disciplina foi superada pelas alterações preconizadas pela Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012, na forma da nova redação do § 1º, do art. 42, da Lei nº 12.351/10: [...] Art. 42. O regime de partilha de produção terá as seguintes receitas governamentais: I - royalties; e [...] § 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. (grifos nossos)

> parte do óleo cujo valor exceder a esses itens, na proporção e nos termos de sua proposta vencedora da licitação (que estabelece o percentual da *partilha* do “excedente em óleo” com a União).

O contratante (a União):

. delega o exercício das atividades elencadas no inc. I do art. 177 da Constituição;

. em princípio, não assume qualquer risco econômico e é representada pela PSSA que, em tal condição, também não assume riscos e realiza investimentos;

. em caso de descoberta comercial abre mão de parte do óleo produzido (nos termos indicados acima), ficando com a parcela do “excedente em óleo” convencionada (fixada segundo os termos da proposta vencedora, se de licitação se tratar);

. exercita competências:

> regulatórias e fiscalizatórias, via ANP, MME e CNPE;

> empresariais via PSSA, ao longo de toda a vida do contrato (em conjunto com o contratado, no âmbito do Comitê Operacional do Contrato, cfe. Adiante).<sup>116</sup>

- Como peculiaridade ou pontos salientes da Lei nº 12.351/10:

. a Petrobras será a responsável pela condução e execução – direta ou *indireta* – das atividades de execução do contrato, *i.e.*, de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção (é a *operadora única* do contrato);

. além da partilha do óleo lucro, o contratado deve satisfazer pagamentos em dinheiro, *royalties*, posteriormente abatidos;<sup>117</sup>

. o contratado e a PSSA devem formar um *Consórcio Contratual*, organizado num *Comitê Operacional*, encarregado das principais decisões relativas às atividades desenvolvidas sob o contrato.<sup>118</sup>

Aparentemente, a União não participa da repartição de riscos, mas existe exceção para esta regra. Existe norma de prudência que possibilita à União participar nos investimentos nas atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção na área do pré-sal e em áreas estratégicas, caso em que assumirá os riscos correspondentes à sua

115 Em síntese, o que se pode dizer juntando vários dispositivos da Lei nº 12.351/10 é que, nos termos do contrato, serão considerados à conta do “óleo custo” todos aqueles investimentos e custos de atividades que: a) estiverem relacionados com as tarefas de pesquisa, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação de instalações; b) devidamente programados ou planejados e orçados (nos diferentes programas e planos); c) que tiverem sido realizados em conformidade com tais padrões; d) e, finalmente, que forem corretamente contabilizados. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Apontamentos à Lei nº 12.351/10 (Lei do Contrato de Partilha de Produção de Petróleo) – um primeiro contato, p. 87-145, **Revista de Direito Público da Economia**, ano 10 n. 38, abr./jun., 2012, p. 139.

116 A PSSA se apresenta como uma estatal endógena, pois desempenha mais do que as duas funções clássicas de intervenção na economia e prestação de serviços públicos. Ela presta serviços à Administração Pública. Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de; PRISCO, Alex Vasconcellos. PSSA, a estatal endógena do pré-sal – cinco controvérsias e um quadro geral, p.99-123. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jul./set. 2012, p. 122.

117 Reitera-se a observação da nota de rodapé 115.

118 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Apontamentos à Lei nº 12.351/10 (Lei do Contrato de Partilha de Produção de Petróleo) – um primeiro contato. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 10 n. 38, p. 87-145, abr./jun., 2012, p. 103-104.

participação, nos termos do respectivo contrato (artigos 2º, I, 5º, 6º, parágrafo único, e 29, II, da Lei nº 12.351/10). Isso se dará por um fundo criado por lei específica (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 12.351/10). Como se depreende, diante da modificação do regime regulatório e por se assemelhar a União a um dos exploradores/produtores da atividade, até mesmo pelo caráter estratégico da fonte energética, torna-se possível a assunção direta por parte da União dos riscos. Em nosso entender, essa forma excepcional de assunção de riscos permite à União intervir de forma mais incisiva diante da importância estratégica do bem em questão e diante de uma análise da maximização do bem-estar nacional. Mas, como se verá adiante, esse quadro de interesses deve ser contrabalanceado por uma perspectiva mais dilatada de interesse público, que vá além dessa geração.

Dando sequência à explanação, tem-se que a Petrobras é a responsável com exclusividade pela execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção, com observância das melhores práticas da indústria e sob supervisão do CO do consórcio e da ANP, conforme os artigos 30, V, 24, VI, 11, IV e VI, da Lei nº 12.351/2010.

O critério de julgamento da licitação do pré-sal e das áreas estratégicas será o maior percentual de excedente de petróleo ofertado pelo concorrente à União e acima do percentual mínimo ofertado pelo MME, Art. 2º, III, da Lei 12.351/2010. Ao contrário das concessões, o bônus de assinatura e o conteúdo local não são determinantes na escolha, o que demonstra a preponderância, nesses casos, da propriedade do bem e da perspectiva da apropriação de rendas sobre a ideia da relação contratual. A contratualização aí aparece como instrumento de um fim maior.

O contrato é elaborado pela ANP e seus elementos mais sensíveis são fixados pelo MME e pelo CNPE. O sistema é bastante complexo por envolver a Petrobras, a PPSA, empresas privadas vencedoras de licitações, Presidência da República, CNPE, MME e ANP, todos convergindo numa equalização de ideais onde o tom principal é a propriedade do bem, a sua função estratégica e o relevante interesse que representa.

A União, como visto, é a proprietária do recurso natural e a contratante, que firma o contrato por meio do MME e se faz representar em determinadas tarefas pela PPSA, sociedade integralmente de propriedade da União. Esta é encarregada da gestão dos contratos, função que não lhe importa em responsabilidade econômica ou competência regulatória. Ela acompanha, fiscaliza e supervisiona as atividades com vistas a maximizar as vantagens de sua representada na partilha do óleo-lucro.

Como se pode ver, entende-se que o contrato apresentado envolve certo risco, um risco mitigado diante da participação da Petrobras, que, em nosso entender, acaba acarretando uma certa segurança, pois se a exploração não for adequada, ao menos 30% (trinta por cento) do risco será socializado, na proporção em que o Estado brasileiro se apresenta como seu acionista majoritário. Isso, em certos termos, ganha relevância como uma forma de garantia ao parceiro privado, pois o Estado não vai dispendir recursos de uma estatal que controla de forma não planejada e com margens muito estreitas. Ao menos, vai direcionar suas atividades para adotar um percentual de êxito típico da indústria do Petróleo dentro da sua melhor técnica e das suas melhores práticas. Por isso, concorda-se com a afirmação de Gustavo Loureiro de que o elemento “presente e certo” é a pesquisa e o “futuro e incerto” é a produção.<sup>119</sup>

Como visto, a contratualização da exploração e produção do Pré-Sal tem como objeto a indução de comportamentos na iniciativa privada voltados à prudência e à importância do desenvolvimento nacional, o que se pode depreender do regime de produção e dos seus limites.

Ainda na sequência da análise dos pontos relevantes do novo marco regulatório, apresenta relevância o fundo social. Ele é o meio pelo qual a sociedade fará uso das riquezas do pré-sal e das áreas estratégicas. Ele tem natureza meramente contábil, não dotado de personalidade jurídica e vinculado à Presidência da República, conforme o art. 47, da Lei nº 12.351/10. São ingressos dele, além dos que advirão da comercialização do óleo da União: a)

---

119 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Apontamentos à Lei nº 12.351/10 (Lei do Contrato de Partilha de Produção de Petróleo) – um primeiro contato, p. 87-145, **Revista de Direito Público da Economia**, ano 10 n. 38, abr./jun., 2012, p. 131.

parte do bônus de assinatura, nos termos do contrato de partilha; b) uma parte dos *royalties* da União no regime de partilha, descontada as partes dos Estados e Municípios; c) a totalidade dos *royalties* devidos à União, nas áreas do pré-sal exploradas sob o regime de concessão; d) a totalidade da participação especial devida à União, descontada a dos Estados e Municípios, relativamente ao pré-sal explorado no regime de concessão; e) o resultado das aplicações financeiras do fundo e quaisquer outros recursos criados por lei. Os recursos e as rendas do fundo são destinados a: i) constituir poupança de longo prazo; ii) atenuar flutuações de renda e preços na economia nacional ocasionados pelas flutuações de preço e produção de petróleo (e de outros recursos não renováveis); iii) realizar ações de desenvolvimento social nas áreas de educação, cultura, esporte, saúde, ciência e tecnologia, meio ambiente, bem como promover mitigação e adaptação às mudanças climáticas.<sup>120</sup>

Como visto, o que o Estado buscou inserir com o novo marco regulatório foi um modelo que obsta a incidência futura de conjuntura análoga à Teoria da Imprevisão. Não se trata de contratos imutáveis e intangíveis, mas de evitar que eles se tornem vias em que uma parte se locupleta da outra, mormente por se tratar de patrimônio ínsito à população brasileira, que gozará das rendas dele provenientes. Patrimônio que é garantido pela Resolução 1.803 (XVII) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), de 14 de dezembro de 1962, acerca da “Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais”, segundo a qual a referida soberania figura como “componente básica do direito à autodeterminação” do povo de um determinado Estado.<sup>121</sup>

Entende-se, assim, que os fundamentos do novo marco estão direcionados a um dever de boa exploração e produção dos recursos estatais, com vistas a maximizar e otimizar a captação de rendas deles provenientes, numa perspectiva que vai além do intrageracional.

---

120 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Apontamentos à Lei nº 12.351/10 (Lei do Contrato de Partilha de Produção de Petróleo) – um primeiro contato, p. 87-145, **Revista de Direito Público da Economia**, ano 10 n. 38, abr./jun., 2012, p. 141.

121 Cf. GUEDES, Mariana de Carvalho. Aplicação da análise econômica do direito ao novo marco regulatório do pré-sal, p. 164, in **FIDES**, Natal, v.4, n. 2, jul./dez. 2013, p. 153-170.

### 2.3 Análise dos posicionamentos doutrinários pró e contra o novo marco regulatório do pré-sal sob a lente da análise econômica do direito e da constitucionalização da regulação

Vários autores contrapõem o modelo de concessão e o modelo de partilha de produção com argumentos favoráveis ao primeiro vinculados às seguintes constatações fáticas:

Embora tenha perdido o monopólio da exploração e produção de petróleo com a abertura do mercado, a Petrobras na prática se fortaleceu, tornando-se uma empresa de petróleo de fato internacional, com presença em mais de 28 países, além do Brasil.

O progresso do setor também possibilitou o investimento e o desenvolvimento de novas tecnologias na exploração e produção de petróleo e gás natural, que culminaram na descoberta de reservas do pré-sal em águas ultraprofundas. Paralelamente, observa-se um forte desenvolvimento em vários setores pertencentes à cadeia da atividade de E&P, incentivadas pela cláusula de conteúdo local. Ganham com isso vários setores industriais, gerando emprego, renda e competitividade para a indústria nacional.

Do ponto de vista fiscal, a arrecadação de receitas provenientes das participações governamentais já é uma fonte de recursos importante, tanto para a União quanto para estados e municípios. [...]<sup>122 123</sup>

Apresentando duras críticas à mudança do modelo, Luiz Lucas entende que ele gera incertezas, transforma a exploração e a produção de petróleo em um quase-regime de obras públicas, estatiza o risco de custo da exploração tornando o parceiro privado num financiador cego, senão vejamos:

Na verdade, nos CPPs<sup>124</sup>, o governo tem o controle operacional do *cost oil*, na medida em que coordena os consórcios que executarão as atividades de

122 PIRES, Adriano; SCHECHTMAN, Rafael. Os resultados da reforma: uma estratégia vencedora. p. 81-103, in **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), São Paulo: Elsevier, 2013, p. 100-101.

123 No mesmo sentido: BUSTAMANTE, L. A. C. **A Frustração com a Partilha de Produção: o leilão do campo de Libra**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 168), p. 38 e ss. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 23 fev. 2015. O autor entende que o melhor modelo é o de concessão e que vários fatores fazem tornar inadequado o modelo de partilha, dentre os quais: a) falta de capacidade da Petrobras para investir, mormente diante dos cortes de custos em virtude dos desvios identificados na operação Lava-Jato; b) o baixo óleo-lucro, fixado em percentual baixo no leilão do pré-sal diante da ausência de capacidade de investimento da Petrobras; c) o risco de captura da PPSA; d) a ausência de identidade entre a orientação da Petrobras, com participação acionária mista pública e privada, e os interesses do Estado Brasileiro; e) a falta de competitividade em virtude da centralização das atividades.

engenharia, decide a compra e o aluguel de equipamentos, a contratação de fornecedores e as alternativas de tecnologias a adotar – toda a operação, enfim. Atividades de natureza comercial envolvendo relações entre empresas passaram a ser tratadas como “obras públicas”, fazendo o setor retroceder em termos de padrões de profissionalismo, gerenciamento de custo.

Com os CPPs, o governo fica com uma parte do *profit oil* e, portanto, passa a exercer as funções de *trader* da *commodity*, centralizando na União as receitas oriundas da venda do óleo. O fim das Pes<sup>125</sup> representa também uma grande perda para os entes produtores e uma expressiva centralização de receitas, pois estados e municípios produtores ficam com metade do *government take*.

A adoção das CPPs na indústria de E&P de petróleo é equivalente à execução direta pelo governo de barragens e usinas hidrelétricas, estradas e ferrovias. Significa a estatização das atividades de engenharia pesada em regime de monopólio, de contratos comerciais bilionários com fornecedores, cabendo sempre ao governo o controle do consórcio operador. Além disso, os ativos adquiridos para desenvolver e explorar os campos petrolíferos seriam bens de propriedade da união e sua aquisição teria de obedecer às normas legais de compras públicas (Lei 8.666) e de submeter-se à fiscalização e ao controle dos órgãos de auditoria de contas do Estado.

[...]

Em relação ao pré-sal, os CPPs projetam uma situação em que não existem parâmetros de comparação de custo, aumentando muito a incerteza e a desconfiança nas projeções de rentabilidade das operações. A estatização do risco de custo na exploração e produção transforma o parceiro privado do consórcio em uma espécie de “financiador cego”.<sup>126 127</sup>

Como se pode ver, a análise trilha uma perspectiva predominantemente econômica sem aferir que a ideia de financiador cego não se mostra compatível com a constitucionalização do direito administrativo e com a boa-fé objetiva que deve orientar todos os comportamentos dos agentes públicos e, *vis-à-vis*, da própria Administração Pública. O Estado não pode em um momento declarar o baixo risco da exploração e alardear a existência

124 Nos Contratos de Partilha de Produção – CPPs.

125 Participações Especiais – Pes.

126 LUCAS, Luiz Paulo Vellozo. Mudança de modelo - o grande erro, p. 125-152, in **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), São Paulo: Elsevier, 2013, p. 143-144.

127 Entende da mesma forma: PRISCO, Alex Vasconcellos. Atuação da empresa brasileira de administração de petróleo e gás natural S.A.: Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA): gestão e risco no regime jurídico-regulatório dos consórcios constituídos no âmbito do sistema de partilha de produção, p. 9-44, in **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011, p. 43. Mencionado autor entende que a ausência de responsabilidade da PPSA, na forma do art. 2º, da Lei nº 12.304/2010, implica na inexistência de risco por parte dela com total transferência à Petrobras e aos parceiros privados. No seu entender, quando ela gere os contratos e toma as decisões empresariais do empreendimento, fica caracterizada uma divisão “estapafúrdia dos riscos”. Contudo, tem-se que não prospera a assertiva, pois existem padrões de densificação da atividade existentes no contrato, na obediência ao princípio da eficiência, na adoção das melhores práticas do mercado, na promoção do desenvolvimento econômico nacional que vinculam a atuação dos agentes envolvidos.

de jazidas enormes e num segundo momento relatar que aquilo foi um equívoco. Se incidiu numa manifesta falha de governo, deve ter certo que essa medida gerará resultados. Como fica a boa-fé daqueles que gestaram justas expectativas perante esta afirmação. A análise, então, num plano puramente econômico procede, mas num plano constitucional dobra diante do contexto fático-normativo que a envolve. A questão do risco é inerente a toda a contratação, mas, nesse especial caso, não se pode deixar de responsabilizar um ente diante de uma declaração equivocada ou até mesmo falsa.<sup>128</sup>

Ainda seguindo as trilhas de quem refuta o modelo atual, Antônio Luís de Miranda Ferreira aponta algumas inconstitucionalidades no marco regulatório do Pré-Sal: a) a atribuição de privilégios e benefícios à Petrobras em violação ao princípio da isonomia; b) a violação ao § 1º, do art. 177, da Constituição Federal, ao centralizar boa parte das atividades em nome da Petrobras; c) a necessidade de sujeição da Petrobras ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o art. 173, § 1º, II, da CF; d) a vedação do estabelecimento de privilégios fiscais à Petrobras não condizentes com os típicos do setor privado, art. 173, § 2º, da CF; e) a ausência de justificativa para não se realizar licitação, art. 37, XXI, da CF; f) a violação às atribuições da ANP pela lei ordinária que cria a empresa gestora dos contratos do pré-sal; g) a cessão onerosa à Petrobras, dispensada a licitação, da pesquisa e lavra de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos, limitada a 5 bilhões de barris equivalentes de petróleo, em violação ao monopólio da União e em virtude do § 1º, do art. 177, da CF; h) a violação ao art. 20, § 1º, da CF, ao retirar dos Estados e Municípios a participação nos resultados da lavra de petróleo e gás natural.<sup>129</sup>

---

128 Egon Bockman, preconiza que a boa-fé se baseia na confiança do comportamento alheio, constituída que está na ética e na segurança jurídica. A conduta administrativa, vinculada que está a este princípio, deve ser estável, transparente e previsível. Dessa forma, o Estado fica tolhido de promover atos que violem o *venire contra factum proprium*, ou seja, a adoção de condutas contraditórias, dissonantes com o anteriormente assumido, as quais se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 4ª ed., rev. e aum., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 124-125. Desse modo, deve-se ter em mente que a edição do novo Marco do Pré-Sal teve por base o risco baixo da atividade, matéria esta que vincula a administração pelos motivos que usou para instituí-la. Destarte, do ponto de vista jurídico, o argumento exposto merece reparos.

129 Cf. FERREIRA, Antônio Luís de Miranda. Problemas e inconsistências jurídicas do novo marco regulatório: a ótica dos princípios constitucionais da livre iniciativa, da economia de mercado e do direito comercial, p. 179-199, in **Petróleo**: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), São Paulo: Elsevier, 2013, p. 191.

Para além e em confirmação de algumas delas, Humberto Ribeiro Soares apresenta: a) violação à participação no resultado da exploração dos entes federativos produtores, na forma do § 1º, do art. 20, da Constituição Federal; b) o caráter de receita própria, originária, da participação dos entes produtores, na forma da inteligência do MS 24.312/DF<sup>130</sup>, e Adin 2080-RJ<sup>131</sup>; c) a tese de que os entes federativos produtores também são proprietários das jazidas de petróleo, o que se faz diante da interpretação de comunidade jurídica total e parcial, na forma dos artigos 18 e 20, IX, da CF.<sup>132</sup>

Com relação ao marco regulatório do pré-sal, alguns autores levantam uma agenda de reformas para torná-la mais condizente com a eficiência: a) aumentar a competitividade no setor – uma vez que a Petrobras detém 30% (trinta por cento) de participação nos campos, para além de possuir o monopólio da operação, o que pode onerar em demasia a sua

---

130 MANDADO DE SEGURANÇA. ATO CONCRETO. CABIMENTO. EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO, XISTO BETUMINOSO E GÁS NATURAL. PARTICIPAÇÃO, EM SEU RESULTADO, DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 20, § 1º. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO PARA A FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS ORIUNDOS DESTA EXPLORAÇÃO NO TERRITÓRIO FLUMINENSE. 1 - Não tendo sido atacada lei em tese, mas ato concreto do Tribunal de Contas da União que autoriza a realização de auditorias nos municípios e Estado do Rio de Janeiro, não tem aplicação a Súmula 266 do STF. 2 - Embora os recursos naturais da plataforma continental e os recursos minerais sejam bens da União (CF, art. 20, V e IX), a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos (CF, art. 20, § 1º). 3 - É inaplicável, ao caso, o disposto no art. 71, VI da Carta Magna que se refere, especificamente, ao repasse efetuado pela União - mediante convênio, acordo ou ajuste - de recursos originariamente federais. 4 - Entendimento original da Relatora, em sentido contrário, abandonado para participar das razões preponderantes. 5 - Segurança concedida e, ainda, declarada a inconstitucionalidade do arts. 1º, inc. XI e 198, inc. III, ambos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, além do art. 25, parte final, do Decreto nº 1, de 11 de janeiro de 1991. (BRASIL, STF - MS 24312, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/02/2003, DJ 19-12-2003 PP-00050 EMENT VOL-02137-02 PP-00350)

131 EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS E MUNICÍPIOS SOBRE A ÁREA DOS RESPECTIVOS TERRITÓRIOS, INCLUÍDAS NESTES AS PROJEÇÕES AÉREAS E MARÍTIMA DE SUA ÁREA CONTINENTAL, ESPECIALMENTE AS CORRESPONDENTES PARTES DA PLATAFORMA CONTINENTAL, DO MAR TERRITORIAL E DA ZONA ECONÔMICA EXCLUSIVA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 5 DO ARTIGO 194 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DO § 4 DO ARTIGO DA LEI ESTADUAL N 2.657, DE 26.12.1996, QUE REGULA O ICMS NAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. 1. Alegação de que tais normas violam os artigos 20, V e VI, 22, I, 155, II, 150, VI, 146, I, III, "a" e 155, § 2, XII, "d", da Constituição Federal. 2. Fundamentação consideravelmente abalada com as objeções da ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA e do GOVERNADOR DO ESTADO, que, a um primeiro exame, demonstraram a inócuência de qualquer das violações apontadas na inicial. 3. Medida cautelar indeferida. Plenário. Decisão unânime. (BRASIL, STF - ADI 2080 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2002, DJ 22-03-2002 PP-00029 EMENT VOL-02062-01 PP-00119 DJ 12-- PP-0000L)

132 SOARES, Humberto Ribeiro. Projetos de rateio da “participação da exploração de petróleo”: afronta ao modelo brasileiro de “forma federativa de Estado”, p. 200-221, in **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), São Paulo: Elsevier, 2013, p. *passim*.

capacidade de investimento. Atrelar o conteúdo local a um projeto de política industrial que aumente a eficiência, a produtividade, o emprego e a qualificação da mão de obra no longo prazo. Deve ser uma política de absorção de *know-how* e de desenvolvimento do processo produtivo, não de destinação de recursos. Diminuir o artificialismo na definição do preço dos combustíveis, deixando-os mais transparentes e compassados com o mercado externo; b) diminuir o enorme poder que a Petrobras desenvolve sobre os demais *players* no mercado local; c) recriar as condições para uma nova onda de rodadas de licitação; d) reduzir o grau de incerteza regulatória – o que poderia ser feito por ajustes nas alíquotas progressivas da Participação Especial (PE), uma vez que ela está mais atrelada à produtividade; e) equacionar o conflito federativo inaugurado pela repartição dos recursos do pré-sal; f) maximizar os cuidados para que se evite a má utilização macroeconômica dos recursos do pré-sal, de maneira a se obstar problemas fiscais futuros. Assim, deve-se utilizar das reservas para pagar a dívida pública e vedar o uso do fundo social para o pagamento de despesas correntes.<sup>133</sup>

Boa parte desses itens merece acolhida, mas uma parte deles não se justifica diante de uma análise jurídica. A oneração da capacidade de investimento da Petrobras se dará se se abrirem diversas frentes de exploração e produção. Contudo, se elas forem concatenadas e planejadas se mitigará muito esse risco. Contudo, essa limitação poderá implicar em retração do desenvolvimento dos projetos se comparados com o nível de investimentos realizado em outros países. Desse modo, deve-se equalizar a retração com a competitividade. A competitividade do setor, em nosso entender, ao menos na produção, já tem um incentivo bastante relevante, pois o petróleo não é ativo da contratada. Pelo contrário, o resultado em decorrência da produção é que vira ativo empresarial, de forma a impelir o esforço das demais contratadas no sentido de maximizarem a produção. A política de absorção de *know-how* já é bem incentivada por meio da fixação de índices elevados de conteúdo local.

Entretanto, o art. 7º, da Lei nº 12.351/10, poderia impor a ideia de que a atividade preliminar da Petrobras de avaliar o potencial das áreas do pré-sal e das áreas estratégicas a colocaria em uma vantagem comparativa para uma futura licitação. Contudo, a

---

133 PIRES, Adriano; GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo; SCHECHTMAN, Rafael. Conclusões e propostas para o setor, p. 312-324, in **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), São Paulo: Elsevier, 2013, p. 324.

Lei n. 8.666/93, art. 9º, proíbe que os autores dos projetos básicos participem das licitações, proibição essa que não vigora por expressa disposição de lei especial, no âmbito da contratação de concessões de serviços públicos (art. 31, da Lei n. 9.074/95, e 22, da Lei n. 9.478/97). Ademais, em termos constitucionais, vê-se que o Estado fez a opção por usar de uma sociedade anônima da qual detém o controle com vistas a reduzir os riscos inerentes à assimetria de informação e ao risco moral em uma transação que envolve vultosas cifras. Foi adotada, então, uma opção estratégica, com vistas a subsidiar o novo marco regulatório da minoração dos riscos por parte do Estado, o detentor da propriedade dos bens em discussão. Ainda dentro dessa forte centralização na Petrobras, outros riscos podem ganhar volume. O risco de a Petrobras se desligar dos objetivos do marco regulatório e priorizar seu lucro de toda a forma, medida que, com a boa atuação do comitê operacional, pode ser mitigada.

Por outro lado, com relação à participação dos demais entes federados nos resultados da lavra de petróleo e gás natural, mediante compensação, e com relação à centralização de receitas, tem-se que os argumentos são em parte relevantes. Como exposto no § 1º do art. 20, a participação dos resultados teve a regulação aprofundada nos termos da Lei 12.734/2012. Ademais, a ideia de um novo marco legal poderia implicar no fato de que se deu atenção aos termos da Constituição. Muito embora esse argumento seja relevante, entende-se que deve haver uma compensação institucional com relação às áreas que vierem a sofrer com os efeitos da produção do pré-sal, tais como mais aporte de recursos e criação de um entorno necessário ao desenvolvimento do projeto, para que, quando do fim da produção, essas regiões mantenham a sustentabilidade de recursos necessários à continuidade de sua existência. A compensação, em nosso entender, deve primar por um ideário de eficiência dinâmica, uma eficiência que pondere os efeitos da eficiência da atuação de um ente federado sobre as atividades dos demais entes da federação. Para tanto, propõe-se uma matriz de eficiência federativa intergovernamental, de maneira a que todos, sem distinção, colham os benefícios desse novo e grande aporte de recursos. Para além, deve-se adotar a eficiência no seu padrão temporal, de maneira a se antever e reparar os efeitos nocivos que a quebra do fluxo de recursos pode ocasionar para a subsistência das populações da área do entorno do projeto e a maximizar os resultados para transmutar o ativo exaurível (Petróleo) em um ativo permanente (conhecimento, tecnologia e processos produtivos eficientes em todas as cadeias econômicas e dentro de uma perspectiva global) que beneficie esta e futuras gerações. Esse

ideário e a concepção de que modificações na estrutura de repartição dos *royalties* podem gerar sérios prejuízos financeiros e orçamentários aos entes federados confrontantes em prejuízo da concepção de federação, foi ventilada na *Adi 4.197 MC*,<sup>134</sup> perante o Supremo

---

134 DECISÃO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI N. 9.478/1997 E DA LEI N. 12.351/2010 ALTERADOS PELA LEI N. 12.734/2012. MUDANÇAS DAS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ROYALTIES E PARTICIPAÇÕES ESPECIAIS DE ESTADOS E MUNICÍPIOS: ALEGAÇÃO DE DESOBEDEIÊNCIA AO ART. 20, § 1º COMBINADO COM A AL. B DO INC. II DO § 2º DO ART. 155 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPUGNAÇÃO RETROAÇÃO DE EFEITOS DA NOVA LEGISLAÇÃO EM INOBSERVÂNCIA A ATOS JURÍDICOS PERFEITOS E AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PLAUBILIDADE JURÍDICA DEMONSTRADA. EXCEPCIONAL URGÊNCIA CONFIGURADA A IMPOR DEFERIMENTO CAUTELAR AD REFERENDUM DO PLENÁRIO. Relatório 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada em 15.3.2013, pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro contra “as novas regras de distribuição dos royalties e participações especiais devidos pela exploração do petróleo, introduzidas pela Lei Federal n. 12.734/2012 (doc. n. 1). De forma específica, são impugnados os arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, todos com a redação dada pela Lei Federal n. 12.734/2012. [...] 17. Na presente ação direta de inconstitucionalidade, o Autor afirma ter sido desobedecido o princípio federativo ao se estatuírem as novas regras que alteraram os critérios de fixação de valores a serem pagos aos Estados e Municípios, em cujos territórios se tenha a exploração de petróleo ou cuja área marítima seja confrontante com o território da pessoa política. Na argumentação do Autor, a atuação do poder legislativo nacional – possível na matéria e para o caso – teria inobservado os limites constitucionais: a) ao determinar critérios determinantes de compensação a todos os Estados e Municípios, sem considerar a natureza indenizatória dos royalties, do que decorre que aquele que não sofre danos não tem direito a receber para permanecer indene (não há o que indenizar); b) retirando dos Estados e Municípios recebedores, por direito - segundo alegação posta na peça inicial da ação -, valores que lhes são devidos para serem repassados a quem não dispõe do direito constitucional a esse recebimento; c) ao provocar ou permitir o enfraquecimento de algumas entidades federadas em benefício de outras, em afronta às normas constitucionais (máxime ao regime fixado a partir das balizas definidas nos arts. 20, § 1º e al. b do inc. X do § 2º do art. 155 da Constituição), o que agrediria o princípio federativo, em sua formulação constitucional, não podendo ele ser alterado pelo legislador ordinário; d) ao definir a retroação dos efeitos das regras expressas no diploma legal, exigindo-se a sua aplicação aos ajustes e concessões levadas a efeito sob a égide de normas antes vigentes, afrontaria os princípios do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica, pelo que também por isso não poderiam as normas impugnadas prevalecer; e) também teriam sido atingidos os princípios constitucionais da responsabilidade fiscal, do equilíbrio orçamentário e da boa-fé objetiva. [...] 29. A alteração legislativa promovida, a aquinhear Estados e Municípios não ajustados nas condições territoriais constitucionalmente descritas, com participação nos resultados da exploração de petróleo e gás natural ou com valores compensatórios, mostra-se dissonante da norma constitucional apontada como paradigma. Note-se que o recebimento de valores pelos Estados e Municípios contemplados pelas regras legislativas questionadas corresponde à perda financeira e jurídica – pois de direito se cuida, segundo alega o Autor, em questão a ser resolvida em julgamento de mérito da presente ação – daqueles que se põem como titulares do direito previsto no § 1º do art. 20 da Constituição brasileira. [...] Conquanto apenas em sede acauteladora de direitos fundamentais federativos, a argumentação apresentada pelo Autor da presente ação e a demonstração por ele feita dos riscos iminentes e de efeitos de difícil desfazimento a serem suportados por Estados e Municípios que se creem titulares do direito prescrito no § 1º do art. 20 da Constituição, conduz ao imediato deferimento do requerido, para suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2012, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, até o julgamento de mérito da presente ação. Da Medida Provisória n. 592/2002 [...] 41. Pelo exposto, na esteira dos precedentes, em face da urgência qualificada comprovada no caso, dos riscos objetivamente demonstrados da eficácia dos dispositivos e dos seus efeitos, de difícil desfazimento, defiro a medida cautelar para suspender os efeitos dos arts. 42-B; 42-C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; § 2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, com as alterações promovidas pela Lei n. 12.734/2012, ad referendum do Plenário deste Supremo Tribunal, até o julgamento final da presente ação. (BRASIL, STF - ADI 4917 MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 18/03/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 20/03/2013 PUBLIC 21/03/2013)

Tribunal Federal, com a suspensão cautelar de alguns dispositivos alterados pela Lei nº 12.734/2012. Contudo, por não ser essa a concepção central da tese, limitar-se-á a análise ao entendimento de que deve ser ponderada na distribuição dos benefícios da exploração a eficiência em termo dinâmico, de vedação ao desequilíbrio de maneira artificial, e no plano temporal, de forma a se preservar de maneira intergeracional o interesse das comunidades de algum modo atingidas.

Destarte, mesmo diante dos vários elogios apresentados ao modelo de concessões, constituído sobre os pilares da estabilidade regulatória, segurança jurídica – uma vez que estabeleceu a igualdade de condições entre a Petrobras e as demais empresas de exploração, e pela ANP, que foi constituída como agência reguladora autônoma e independente, capaz de organizar o mercado e garantir a concorrência, o respeito às regras do mercado e a desregulamentação dos preços dos combustíveis, tem-se que o panorama da Lei nº 9.478/2007 era outro.

Muito embora se discuta o Marco regulatório do Pré-Sal, importante se faz carrear as observações de Carlos Lessa ao questionar os equívocos até então realizados pelas alterações incorridas na regulação petrolífera na década de 90:

Essas transformações foram lastreadas em duas teses inteiramente equivocadas e com um terrível conteúdo ideológico. A primeira considera o petróleo uma *commodity*. Não é um recurso estratégico e extremamente escasso. Não renovável, 80% do que se produz é utilizado por 15% da população mundial. O cenário do petróleo no mundo projeta escassez. Pairam incertezas sobre o principal insumo energético.

[...]

A segunda tese equivocada é considerar indiferente para o país que a produção de petróleo seja da Petrobras ou de filial estrangeira. Uma empresa pública nacional não realizará jamais uma exploração acelerada e predatória de um recurso nacional não renovável. Para qualquer filial, o importante é maximizar. O futuro da sociedade brasileira não é o objetivo de uma filial estrangeira. Permitir o usufruto de reservas nacionais estratégicas por empresas estrangeiras é alienar a soberania nacional; é deslocar nosso julgamento para a esfera de uma “normatização formal e operacional” que as potências e as multinacionais estão impondo no mundo, no esforço de esvaziar a soberania, pilar clássico do direito internacional.

[...]

É temerária a autorização para exportar. O horizonte brasileiro de auto-suficiência não é tranquilizante e pode perder substância rapidamente.<sup>135 136</sup>

Com efeito, as ponderações de Carlos Lessa ratificam a historicidade e faticidade do Direito, ou seja, ele está diretamente atrelado aos fatos e à conjuntura imperante em um dado momento. Muito embora o texto seja de 2006, pode-se visualizar sua atualidade para os dias de hoje.

Para melhor delimitar o contexto do novo marco regulatório do pré-sal, importa trazer parte dos pontos da Exposição de Motivos que fundamentou a edição da Lei nº 12.351/10.

A Exposição de Motivos que fundamentou o Projeto de Lei nº 5.938/09, E.M.I. nº 00038 – MME/MF/MDIC/MP/CCIVIL, apresentou diversos elementos de justificação da mudança do marco regulatório.<sup>137</sup>

---

135 LESSA, Carlos Lessa. Prefácio de obra. *In* FEROLLA, Sérgio Xavier; METRI, Paulo. **Nem todo petróleo é nosso**. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 19-20.

136 Defendendo posição voltada ao retorno da estatização: SAUER, Ildo. Prefácio. *In* LIMA, Paulo César Ribeiro. **Pré-sal, o novo marco legal e a capitalização da Petrobras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011, p. XXVI.

137 2. O anúncio da descoberta de grandes quantidades de petróleo e gás em nova província petrolífera, denominada Pré-Sal, na Bacia de Santos, no ano de 2007, levou o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE a emitir a Resolução nº 6, de 8 novembro de 2007, que, então, determinou a exclusão da 9ª Rodada de Licitações da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP de quarenta e um blocos situados nas Bacias do Espírito Santo, de Campos e de Santos. 3. Tal exclusão decorreu do fato de os blocos estarem dentro da nova província, apresentando grande potencial para novas descobertas, o que levou o Governo a avaliar a necessidade de mudanças, no atual marco legal, destinadas a contemplar este novo paradigma na exploração e produção de petróleo e gás natural, de modo a aumentar o controle e a participação da União nos futuros empreendimentos e, ao mesmo tempo, respeitar os contratos de concessão vigentes. 4. Portanto, considerando o novo contexto, mostrou-se evidente que o atual marco regulatório firmado pela Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 – Lei do Petróleo – não é suficiente para permitir, em vários sentidos, o adequado aproveitamento das reservas descobertas na nova província petrolífera do Pré-Sal. O marco regulatório vigente, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo e institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, foi fundamentado nas premissas que levaram à promulgação da Emenda Constitucional nº 9, de 1995. Assim, disciplinou-se a possibilidade de a União contratar as atividades de pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, existentes no território nacional, por meio de concessão, a serem desenvolvidas por empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País. 5. O referido marco legal foi concebido de modo a contemplar as condições vigentes àquela época, quando o País tinha produção relativamente pequena, o barril de petróleo era cotado em torno de dezenove dólares e o risco exploratório era considerado elevado. 6. Ocorre que a legislação atualmente vigente não prevê outras possibilidades de contratação das atividades de

pesquisa e lavra de hidrocarbonetos de forma diversa do modelo de concessão. De acordo com este modelo, o concessionário exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, adquirindo, após a extração, a propriedade de todos os hidrocarbonetos produzidos. Em compensação, paga ao poder concedente bônus de assinatura, *royalties* e participações especiais, cujos valores, nos dois últimos casos, dependem, em regra, do volume de produção do petróleo e do gás natural extraídos. 7. Esse modelo, em que cabe ao concessionário a totalidade do risco e dos rendimentos obtidos com a exploração, mostra-se incompatível com a natureza da área do Pré-Sal. De fato, os dados geológicos atuais indicam a ocorrência de reservatórios do tipo carbonato microbial abaixo de uma extensa camada de sal que vão do litoral do Espírito Santo até o litoral de Santa Catarina. A área estimada é de 149 mil km<sup>2</sup>, com aproximadamente 800 km de extensão e, em algumas áreas, 200 km de largura, sob lâmina d'água de 800 a 3000 metros de profundidade e soterramento de 3 a 4 mil metros. Testes indicaram a existência de grandes volumes de óleo leve de alto valor comercial (30 graus API), com grande quantidade de gás natural associado. Trata-se de áreas nas quais são estimados riscos exploratórios extremamente baixos e grandes rentabilidades, o que determina a necessidade de marco regulatório coerente com a preservação do interesse nacional, mediante maior participação nos resultados e maior controle da riqueza potencial pela União e em benefício da sociedade. 8. A confirmação das reservas potenciais relativas às descobertas no Pré-Sal pode colocar o País entre os maiores produtores do mundo. Trata-se de nova fronteira de produção de petróleo e gás natural cuja descoberta resulta de esforços de longos anos da ANP e da Petróleo Brasileiro S. A. - PETROBRAS. Cabe ressaltar que, em face de sua comprovada capacidade técnica, a PETROBRAS é a principal operadora na área e responsável pelo descobrimento da nova província. [...]11. Contudo, as premissas adotadas pela Lei do Petróleo são inadequadas a esse novo cenário, ao grau de risco e às perspectivas de rentabilidade presentes no Pré-Sal. Arranjos pontuais como o aumento das participações governamentais previstas na Lei do Petróleo também não atendem à complexidade desse novo paradigma e às responsabilidades da União. [...] 14. Os trabalhos da Comissão Interministerial foram conduzidos no sentido de atender às seguintes premissas: - permitir o exercício do monopólio da União de forma apropriada, tendo em vista o elevado potencial petrolífero do Pré-Sal; - introduzir nova concepção de gestão dos recursos petrolíferos pelo Estado; - otimizar o ritmo de exploração dos recursos do Pré-Sal; - aumentar a apropriação da renda petrolífera pela sociedade; - manter atrativa a atividade de exploração e produção no País; - contribuir para o fortalecimento da posição internacional do País;- contribuir para a ampliação da base econômica e industrial brasileira; - garantir o fornecimento de petróleo e gás natural no País; e- evitar distorções macroeconômicas resultantes da entrada de elevados volumes de recursos relacionados à exportação dos hidrocarbonetos produzidos no Pré-Sal. [...]16. Em suma, propõe-se que seja introduzida no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade da exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos mediante a realização de contratos de partilha de produção. Trata-se de modalidade de contratação praticada em cerca de quarenta países, nos quais o Estado mantém a propriedade do petróleo e do gás produzidos, assegurando-se ao contratado, para a realização das atividades, parcela dessa produção, deduzidos os custos das atividades realizadas. 17. O novo desenho contratual faz-se necessário em um contexto de baixo risco geológico, no qual são gerados excedentes de rendas significativos que devem ser maximizados pelo Estado e revertidos para a sociedade sob a forma de ações de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental.18. A inexistência, no plano legal, de regramento para o uso de outras modalidades de contratação além da concessão já prevista na Lei do Petróleo limita, portanto, as opções à disposição da União para melhor atendimento ao interesse público e o direcionamento dessas riquezas para os objetivos do desenvolvimento nacional. Assim sendo, a introdução do regime de contratação via partilha de produção traz como vantagem principal maior controle do processo de gestão, desde a exploração até a comercialização, das reservas de petróleo e gás. 19. No regime ora proposto, o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção, sendo que, em caso de descoberta comercial, será ressarcido em seus custos, fazendo jus, ainda, ao recebimento de parcela do excedente em óleo, conforme estabelecido no contrato. Desta sorte, será elemento fundamental para a preservação do interesse público que a União obtenha a maior participação possível na produção resultante do contrato de partilha, sendo este o critério essencial para a definição da proposta mais vantajosa quando tal contratação for resultante de licitação pública, sempre sob a forma de leilão. 20. Assim, será considerada vencedora a proposta que oferecer o maior excedente em óleo para a União, observado o percentual mínimo estabelecido por proposta do CNPE. Por seu lado, a União deterá maior capacidade de dispor do excedente de petróleo e do gás extraídos que permanecerão sob sua propriedade, disciplinando assim, integralmente, sua política de comercialização de forma a assegurar melhores condições para desenvolvimento da indústria de refino e petroquímica no País.21. A partir dessa constatação, o presente projeto de Lei ancora-se nos seguintes pilares: aumentar a participação da sociedade nos resultados da exploração de petróleo, de gás e de outros

hidrocarbonetos fluidos nas áreas do Pré-Sal e estratégicas; destinar os recursos advindos de tal atividade a setores estruturalmente fundamentais para o desenvolvimento social e econômico; e fortalecer o complexo produtivo da indústria do petróleo e gás do País, preservando os interesses estratégicos nacionais.<sup>22</sup> A partir de proposições do CNPE, atos do Poder Executivo estabelecerão o ritmo de contratação dos blocos sob o regime de partilha de produção, a política de comercialização do petróleo e gás natural destinados à União, e as regiões a serem classificadas como área do Pré-Sal e também como áreas estratégicas, conforme a evolução do conhecimento geológico. Caberá, igualmente, ao CNPE propor ao Presidente da República os blocos que, pela sua natureza e características, deverão ser destinados à contratação direta da PETROBRAS e os que deverão ser submetidos à licitação para contratação com as empresas nacionais e estrangeiras atuantes no setor de petróleo e gás natural. <sup>23</sup> Não obstante, todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção terão como empresa operadora a PETROBRAS, à qual deverá ser assegurada participação mínima, conforme definido a partir de proposta do CNPE em cada caso, em consórcio a ser formado pelo licitante vencedor, e sujeito às regras estabelecidas na Lei nº 6.404, de 1976 - Lei das Sociedades por Ações. Essa participação não poderá ser inferior, porém, a trinta por cento, em virtude das responsabilidades e encargos a serem assumidos pela PETROBRAS na condição de operadora de todos os contratos de partilha de produção, observando-se, assim, o mesmo critério atualmente adotado pela ANP nas licitações para a outorga de concessões regidas pela Lei nº 9.478, de 1997. <sup>24</sup> O Projeto de Lei define, ainda, as competências relativas à exploração de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção conferidas ao Ministério de Minas e Energia, ao qual caberá, em nome da União, a celebração dos respectivos contratos de partilha de produção e, ouvida a ANP, a proposição ao CNPE dos blocos a serem objeto de concessão ou partilha de produção. Deverá, ainda, propor ao CNPE os parâmetros técnicos e econômicos desses contratos, tais como os relativos à definição do excedente em óleo da União e à fixação do seu percentual mínimo, a participação mínima da PETROBRAS no consórcio a ser constituído em cada caso, o valor do bônus de assinatura, o conteúdo local mínimo, definido como a proporção entre o valor dos bens produzidos e dos serviços prestados no País para execução do contrato e o valor total dos bens utilizados e dos serviços prestados para esta finalidade. Também caberá ao Ministério de Minas e Energia estabelecer as diretrizes a serem observadas pela ANP para a promoção das licitações, bem como para a elaboração das minutas dos editais e contratos de partilha de produção. <sup>25</sup> As atuais competências da ANP são acrescentadas as funções de regulação e fiscalização das atividades a serem realizadas sob o regime de partilha de produção, cabendo-lhe, entre outras, a elaboração dos editais de licitação e a promoção dos leilões, segundo as diretrizes do Ministério de Minas e Energia, a promoção de estudos visando à delimitação de blocos, para efeito de concessão ou contratação sob o regime de partilha de produção, e a aprovação dos planos de exploração, de avaliação e de desenvolvimento da produção, zelando pela observância das melhores práticas da indústria do petróleo. A ANP também regulará os procedimentos e diretrizes para a elaboração dos acordos de individualização da produção, cabendo-lhe, ainda, arbitrar a forma como serão apropriados os direitos e obrigações sobre a jazida nos casos em que não houver acordo entre as partes.[...] <sup>28</sup> A PETRO-SAL, que fará a gestão dos contratos de partilha de produção, será indispensável para a construção do novo marco institucional para a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob esse regime. À PETRO-SAL caberá, ainda, celebrar, representando a União, contratos com os agentes comercializadores da parcela do excedente em óleo. <sup>29</sup> No que concerne aos contratos de partilha de produção objeto da gestão da PETRO-SAL, convém destacar que, em seu bojo, deverá ser constituído comitê operacional, cujas competências são: definir os planos de exploração e de avaliação de descoberta de jazida de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos; declarar a comercialidade de cada jazida descoberta e definir o plano de desenvolvimento da produção do campo; definir os programas anuais de trabalho e de produção, atividades que serão submetidas à análise e aprovação da ANP; analisar e aprovar os orçamentos relacionados às atividades de exploração, desenvolvimento e produção previstas no contrato; e supervisionar as operações e aprovar a contabilização dos custos realizados, entre outras. O comitê operacional terá metade de seus integrantes indicados pela PETRO-SAL, inclusive o seu presidente, cabendo aos consorciados a indicação dos outros integrantes. O presidente do comitê operacional, por sua vez, terá poder de veto e voto de qualidade, conforme previsto no contrato de partilha de produção. [...] <sup>31</sup> A União poderá, ainda, por meio da PETRO-SAL, contratar diretamente a PETROBRAS como agente comercializador da sua parcela do excedente em óleo. Essa comercialização deverá observar a política aprovada pelo Presidente da República, mediante proposta do CNPE. A receita advinda da comercialização do óleo e gás de propriedade da União será destinada a fundo de natureza contábil e financeira denominado Fundo Social - FS, destinado a prover recursos para o financiamento de programas e projetos nas áreas de combate à fome e desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia, e da sustentabilidade ambiental, em conformidade com o Plano Plurianual e a

Da análise dos pontos de maior relevância ao objeto desta tese, tem-se que o contexto vigente à época da edição do presente projeto apresentava a seguinte conformação: a) a descoberta de novas e relevantes jazidas de óleo de alto valor comercial, com grande quantidade de gás associado; b) que os riscos exploratórios são baixos e a rentabilidade alta, de forma a exigir a mudança do marco legal de maneira a aumentar o controle da União na participação do empreendimento, respeitados os contratos vigentes;<sup>138</sup> c) que o marco vigente, instituído pela Lei nº 9.978/97 foi concebido em uma época de irrelevância do país como produtor, do preço do barril do petróleo em baixa e onde os custos eram elevados; d) que o marco legal teve por fundamento a atenção às seguintes premissas: - permitir o exercício do monopólio da União de forma apropriada, tendo em vista o elevado potencial petrolífero do Pré-Sal; - introduzir nova concepção de gestão dos recursos petrolíferos pelo Estado; - otimizar o ritmo de exploração dos recursos do Pré-Sal; - aumentar a apropriação da renda petrolífera pela sociedade; - manter atrativa a atividade de exploração e produção no País; - contribuir para o fortalecimento da posição internacional do País; - contribuir para a ampliação da base econômica e industrial brasileira; - garantir o fornecimento de petróleo e gás natural no País; e - evitar distorções macroeconômicas resultantes da entrada de elevados volumes de recursos relacionados à exportação dos hidrocarbonetos produzidos no Pré-Sal; e)

---

Lei de Diretrizes Orçamentárias.[...] 34. A compensação financeira devida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e a órgãos da administração direta, prevista no art. 20, § 1º, da Constituição brasileira, deverá ser abordada oportunamente, por meio de proposição legislativa específica, que considerará os diferentes aspectos envolvidos, entre eles a perspectiva futura de receitas oriundas da produção do petróleo e gás natural sob o novo regime, o pacto federativo e os interesses do conjunto da sociedade brasileira, bem como os dos Estados e Municípios confrontantes. No entanto, até que sejam estabelecidas novas regras pertinentes à matéria, propõe-se a aplicação da atual distribuição dos *royalties* e da participação especial estabelecida na Lei nº 9.478, de 1997, aos novos contratos sob o regime de partilha. 35. São essas as inovações normativas requeridas para a instituição da nova forma de contratação das atividades de exploração e produção na área do Pré-Sal e em áreas estratégicas, denominada partilha de produção. Presidência da República. (BRASIL). Casa Civil. **Exposição de motivos do projeto de lei nº 5.938/09, E.M.I. nº 00038 – MME/MF/MDIC/MP/CCIVIL**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/686063.pdf>. Acesso em: 8 de março de 2015.

138 O contexto de redução do papel do Estado indica a carência de recursos para investimentos, a dificuldade de captação externa, bem como um elevadíssimo custo de capital. O modelo de concessão seria compatível com o perfil das bacias petrolíferas conhecidas até o pré-sal; constatava-se um altíssimo risco, e uma baixa rentabilidade. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Parecer nº AGU/AG-12/2010**: Arbitragem internacional nos contratos de cessão onerosa de petróleo nas camadas de pré-Sal. Brasília, Advocacia Geral da União, 6 ago. 2010. [PROCESSO Nº 00400.011505/2010-77], p. 20. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=148346&>>. Acesso em: 20 set. 2012.

que as rendas obtidas devem ser revertidas para a sociedade sob a forma de ações de combate à pobreza e de desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental; f) Que o objetivo principal do novo modelo é o controle do processo de gestão, desde a exploração até a comercialização das reservas de petróleo e gás de forma a direcionar as riquezas para os objetivos do desenvolvimento nacional; g) que a licitação na modalidade leilão deverá ter por critério de julgamento a oferta da melhor proposta de parcela do excedente do óleo; h) que esse excedente pertencerá ao Estado e assegurará melhores condições para fixar a política de comercialização e de desenvolvimento da indústria de refino e petroquímica do país; i) que o modelo apresenta como pilares o aumento da participação da sociedade nos resultados da exploração de petróleo, de gás e de outros hidrocarbonetos fluidos nas áreas do Pré-Sal e estratégicas; j) a destinação dos recursos advindos de tal atividade a setores estruturalmente fundamentais para o desenvolvimento social e econômico; k) o fortalecimento do complexo produtivo da indústria do petróleo e gás do País, preservando os interesses estratégicos nacionais; l) que as questões da política comercial dos recursos ficarão relacionadas às proposições do CNPE perante o Presidente da República. O CNPE definirá, inclusive, os blocos objeto da licitação; m) que a Petrobras será a operadora dos contratos de partilha, com participação nunca inferior a 30% (trinta por cento); n) que ao MME compete traçar as diretrizes operacionais e de mercado dos contratos de partilha; o) que as atuais competências da ANP são acrescentadas das funções de regulação e fiscalização das atividades a serem realizadas sob o regime de partilha de produção, cabendo-lhe, entre outras, a elaboração dos editais de licitação e a promoção dos leilões, segundo as diretrizes do MME; p) que a PPSA fará a gestão dos contratos de partilha de produção e será indispensável para a construção do novo marco institucional; q) que a PPSA participará da CO, que, dentre as diversas competências, tem como a mais importante para o desiderato deste trabalho a definição dos programas anuais de trabalho e de produção, atividades que serão submetidas à análise e aprovação da ANP; r) que a União poderá, ainda, por meio da PPSA, contratar diretamente a Petrobras como agente comercializador da sua parcela do excedente em óleo.

Um dos pontos fundamentais do novo marco, como exposto, decorre da impossibilidade de o pré-sal se tornar um ativo da concessionária, porquanto é conferido ao explorador/produzidor o óleo-lucro, ou seja, uma parcela do valor decorrente da produção, restando mantida a propriedade do bem por parte da União.<sup>139</sup> A negociação, então, não envolve o bem, mas o valor econômico dele resultante, donde se reforça a concepção no parceiro privado de que enquanto não explorado e partilhado, aquilo não é ativo da empresa, o que é bem diferente do regime de concessão onde a empresa trabalha com uma margem de segurança bem maior. Neste caso, ela trabalha com a projeção; no caso da partilha, por outro lado, ele trabalha com a produção.

Essa concepção, a par de ser extraída do marco regulatório do pré-sal e do contrato que lhe rege, encontra amparo na doutrina nacional:

Na realidade, o petróleo mantém a sua especificidade completamente, que não permite que seja assimilado a uma *commodity*. O petróleo continua sendo uma “*strategic commodity*”, pois é vital para a economia moderna e é produzido, em sua maior parte, em regiões politicamente instáveis. Sua aquisição, produção e distribuição é decidida em termos políticos e militares, não de mercado. Não se pode esquecer dessa dimensão política e estratégica do petróleo, pois ela (assim como a da energia, em geral) surge das prioridades dos governos, não dos mercados.<sup>140</sup>

A importância estratégica do petróleo vem confirmada nos gráficos abaixo, que demonstram sua curva ascendente no PIB nacional (gráfico 1),<sup>141</sup> bem como sua função essencial na matriz energética brasileira (gráficos 2 e 3).<sup>142</sup>

---

139 A natureza jurídica do petróleo como bem público foi decidida no STF na Adi 3237-9/DF, por meio da qual se alegava a inconstitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei nº 9.478/1997, especialmente do seu art. 26. O posicionamento da maioria que acompanhou o voto do então Ministro Eros Grau foi no sentido de que o petróleo não é um bem público de uso especial, mas um bem público dominical. Dessa forma, o ministro entendeu que a transferência da propriedade da lavra das jazidas de petróleo e gás natural para terceiros seria constitucional, pois não afetaria ao monopólio estatal da atividade, previsto no art. 177. Para além, a propriedade seria relativa, pois a comercialização continuaria administrada pela União, por meio da ANP.

140 BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 50.

141 GUIMARÃES, Antônio. **Desenvolvimento da indústria de óleo e gás: os próximos dez anos**. XII seminário internacional britcham de energia. 7 de agosto de 2014. Disponível em: [http://www.britcham.com.br/download/070814rj\\_Antonio\\_Guimaraes\\_IBP.pdf](http://www.britcham.com.br/download/070814rj_Antonio_Guimaraes_IBP.pdf). Acessado em: 25 jan. 2015.

142 (BRASIL). Empresa de Pesquisa Energética. **Balço Energético Nacional 2014: Ano base 2013**. Rio de Janeiro: EPE, 2014.

GRÁFICO 1

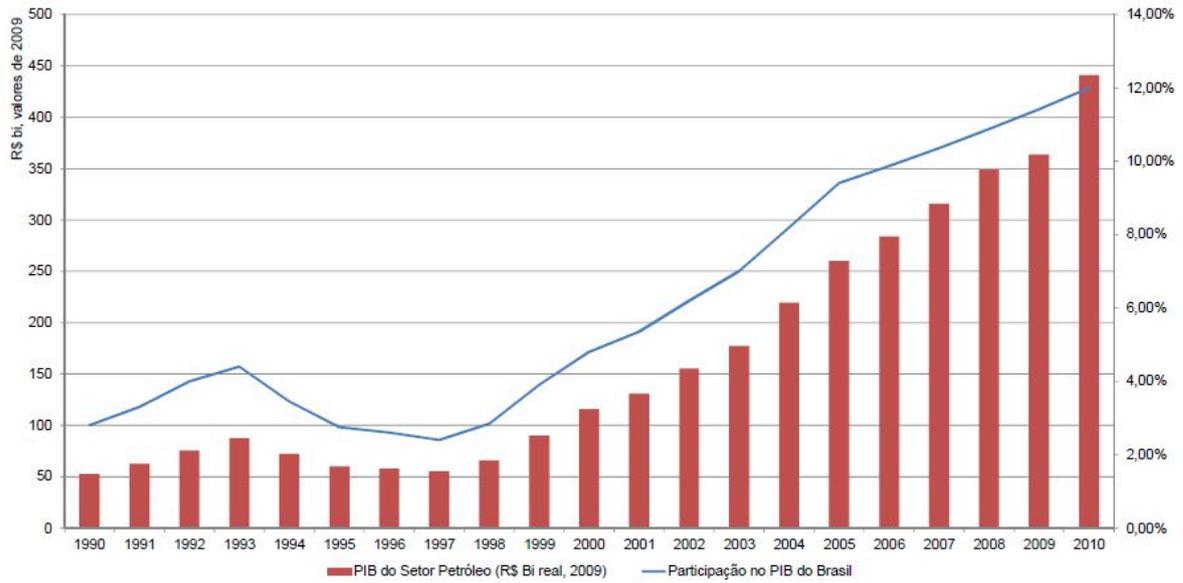


GRÁFICO 2

**BEN 2014**

**Crescimento da oferta das fontes energéticas**

- Gás natural, petróleo e derivados representaram 80% do crescimento da oferta interna de energia

**Ranking do crescimento**

	em Mtep
<b>Aumento total*</b>	<b>12,8</b>
Petróleo e derivados	5,1
Gás natural	5,2
Outras fontes	2,5

\* Inclui fluxo de importação e exportação

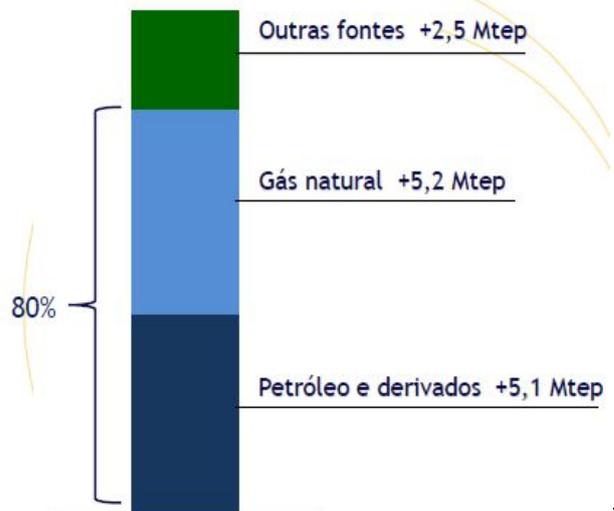


GRÁFICO 3



Como se depreende dos gráficos apresentados, a importância estratégica da indústria do Petróleo decorre da evolução de sua participação no PIB nacional, com representação bastante expressiva, galgando no ano de 2014 aproximadamente 13% (treze por cento) do PIB.<sup>143</sup> Além disso, como fontes energéticas não renováveis, o Petróleo e o Gás respondem por aproximadamente 52,1% (cinquenta e dois vírgula um por cento) da oferta interna de energia, para além de terem influenciado no aumento dessa oferta no ano-base de 2013 no percentual de 10,3 (dez vírgula três por cento).

143 (BRASIL). Petrobras S/A. **Participação do setor de petróleo e gás chega a 13% do PIB brasileiro.** Disponível em: <http://www.petrobras.com/pt/magazine/post/participacao-do-setor-de-petroleo-e-gas-chega-a-13-do-pib-brasileiro.htm>. Acesso em: 25 jan. 2015.

Ora, é contundente o caráter estratégico do Petróleo no cenário nacional, de maneira a implicar na necessidade de maior controle desse recurso e, via de consequência, de uma maior governança e eficiência na administração dessas atividades.

Argumentos que desconsiderem esse caráter, então, estão descompassados com a historicidade e a faticidade do Direito, representando formas de concepção descompassadas com a realidade circundante.

Como visto, o modelo atual é totalmente outro, quer seja em termos conjunturais, quer seja em termos fáticos.

Volvendo à importância do Estado como motriz dos grandes empreendimentos, tem-se com Mariana Mazzucato uma desmistificação da crença de que o risco deve ser socializado e a recompensa privatizada, tal qual ocorre e é evidenciado na indústria moderna e no setor financeiro.<sup>144</sup> Ela entende que o equilíbrio correto entre risco e recompensa fortalece, não enfraquece, a inovação futura e reflete sua natureza coletiva por meio de uma difusão ampla de seus benefícios. Deve-se entender de maneira adequada os riscos assumidos pelos agentes e a dimensão disso, de maneira a ter a real compreensão da pressão por recompensas que eles exercem. Ela entende que se deve quebrar a ideia de que quanto maior o risco, maior e mais merecido é o retorno, de sorte a se acabar com a lógica de que tudo gera retorno garantido. O Estado, na maior parte das vezes, faz investimentos que não alcançam o resultado almejado, quer seja por seus financiamentos por bancos estatais, quer seja por benefícios e privilégios fiscais concedidos.<sup>145</sup> Contudo, isso não quer dizer que os investimentos foram inadequados. Talvez tenha faltado a compreensão do arranjo institucional adequado para o sucesso daquele empreendimento.

---

144 O governo ganha importância nessa situação pois ele pode impor coercitivamente a distribuição do risco, sendo essa compreensão apreendida pelo mercado de forma que quem vende um risco sabe mais do que o Estado diante da assimetria de informação e se beneficia da possibilidade de socialização do risco. Contudo, esse poder, diante de sua supremacia sobre o particular, usa de instrumentos para diminuição da assimetria de informações, por meio da extração compulsória de informações, usando dos expedientes da tributação, da renúncia de receitas, do subsídio de um setor, da concessão de taxas de juros especiais ou ofertando garantias. Cabe então compreender o entorno da questão, para então adotar as posturas de administrar, evitar ou transferir o risco. Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 136-137.

145 Cf. MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, p. 243-246.

Exercendo uma análise acurada do posicionamento de Mazzucato, depreende-se que o Estado deve socializar também as recompensas de seus investimentos. No caso do pré-sal, restando o bem pertencente ao seu patrimônio, maior ainda o seu interesse em maximizar o aporte de rendas e os decorrentes benefícios sociais dele decorrentes. O modelo do contrato de partilha de produção, nos moldes nacionais, como visto e reiterado, coloca o Estado na posição de parte, pelo controle por meio da Petrobras de todas as fases de produção, bem como pela forte influência no CO por meio da PPSA, gestora de seus interesses. Dessa forma, o modelo busca socializar as recompensas de seus grandes investimentos, envolvendo o Estado à figura de um grande empreendedor.

Para além, a exata compreensão da relação riscos *versus* benefícios envolvidos, que pode ser extraída da participação ativa e da *expertise* da Petrobras, justifica o interesse estatal em participar ou trespassar parte desses benefícios para a iniciativa privada. A questão estratégica de que se reveste o petróleo também demonstra a importância dessa intervenção.

Para Mazzucato, o Estado deve possuir uma postura mais proativa em áreas relevantes e onde o retorno possa ser elevado. Concorde-se com esse pensamento. Ela faz uma comparação entre Estado *versus* cidadãos e empresa *versus* acionistas, onde, de certa forma, o ente estatal se legitima perante a massa de investidores por atender aos seus interesses. Nesse passo, ela obtempera a falácia de que os mercados administrarão o mundo se o Estado os deixar em paz. Os formuladores de políticas, em seu entender, por outro lado, deveriam aprender a usar os meios e os instrumentos para formar e criar mercados, fazendo acontecer coisas que não aconteceriam de outro modo, coisas estas necessárias, ou seja, o Estado precisa ser inteligente, inclusivo e sustentável.<sup>146</sup>

Ponderando sobre o mundo das incertezas e sobre o papel do Estado como motriz do desenvolvimento econômico, Mazzucato apresenta uma lista de pontos que ajudam a desmistificar o entendimento de “papel nocivo” que paira sobre o Estado, tudo com bases sólidas em uma governança criadora, ativa e voltada à modelagem do mercado:

A história dos novos setores nos ensina que os investimentos privados tendem a esperar que os investimentos iniciais e arriscados sejam feitos

---

146 Cf. MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, p. 258.

primeiro pelo Estado. Na verdade, com frequência os gastos do Estado absorvem a maior parte do risco e da incerteza quando do surgimento de novos setores, assim como em determinadas áreas de setores antigos (como medicamentos radicais atualmente).

[...]

Em primeiro lugar, é claro que não basta falar do “Estado empreendedor”, é preciso construí-lo – prestando atenção a organizações e instituições concretas no governo que conseguem criar estratégias de crescimento no longo prazo e “dar as boas-vindas” aos inevitáveis fracassos. [...] E embora a “governança” seja muitas vezes usada como razão para impor reformas no mercado, na realidade ela também deveria envolver a questão de como reunir competências e criar disposição para investir em áreas de alto risco, de alto crescimento. [...] Não há nada no DNA do setor público que o torne menos inovador que o setor privado.

[...]

Em segundo lugar, se o Estado está sendo solicitado a se envolver no mundo da incerteza, com as inevitáveis vitórias e derrotas (que também caracterizam o capital de risco privado), então é justo que diante de uma vitória (o lado positivo) também haja um retorno para cobrir as derrotas (o lado negativo). [...] Os investimentos bem-sucedidos do Estado “vencedor” deveriam poder se beneficiar para cobrir as perdas e também poder financiar investimentos no futuro, impossíveis de prever no presente. [...] Uma relação risco-benefício mais clara não só aumentará a receita do governo – em uma época na qual os orçamentos do setor público estão sendo pressionados - como também permitirá que os contribuintes vejam com mais clareza o retorno de seus investimentos e com isso ajudem a aumentar o apoio político necessário para fazer aqueles que levam ao crescimento futuro de longo prazo.

[...]

Em terceiro lugar, por se concentrar no papel do Estado em uma paisagem arriscada e acidentada, agindo ativa e corajosamente e não apenas “desqualificando” o setor privado e consertando as “falhas do mercado”, a análise oferecida aqui tem potencial para informar melhor as políticas que são direcionadas a outros atores do “ecossistema” da inovação.<sup>147</sup>

Ao fim de sua exposição, ela pugna para que se:

[...] afaste os mitos a respeito do Estado e reconheça como ele pode, quando imbuído de uma missão e organizado de forma dinâmica, resolver problemas tão complexos quanto o de colocar o homem na lua e da mudança do clima. E precisamos coragem para insistir – através de uma visão, mas também de instrumentos políticos específicos – para que o crescimento resultante dos investimentos subjacentes seja não apenas “inteligente”, mas também “inclusivo”.<sup>148</sup>

---

147 MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado.** Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, p. 260-262.

148 MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado.** Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, p. 263.

Pensa-se, então, dentro desse contexto de revisão das funções estatais, que os posicionamentos de Mazzucato são bem atuais e modernos. Ela pondera que o Estado deve otimizar os seus investimentos em setores estratégicos, ou seja, deve gastar de maneira estratégica, beneficiando-se, se for o caso, dos sucessos.

Com efeito, a compreensão do contexto histórico e das novas conformações que se impõem diante de uma sociedade em que o conhecimento se encontra em patamares muito elevados, ratifica o compromisso do direito com a realidade e o metamorfoseamento social. Salvador Vianna bem sintetiza essa questão:

As sociedades que historicamente alcançaram grau elevado de desenvolvimento econômico são aquelas em que se deu a adequação das regras formais ao ambiente comportamental da sociedade – ou seja, lograram equilíbrio institucional –, reduzindo os custos de transação e, assim, incentivando o desempenho dos agentes. Economias periféricas são, conseqüentemente, aquelas que não conseguiram construir arranjos institucionais capazes de gerar condições de mercado satisfatórias para os agentes, com custos de transação baixos e direitos de propriedade assegurados.<sup>149</sup>

No compasso da explanação econômica de Mazzucato, temos Gilberto Bercovici analisando em termos jurídicos a conformação da intervenção estatal no âmbito do direito pátrio. Para ele, deve-se contestar a natureza de direito fundamental da Livre Iniciativa. A iniciativa privada é livre nos termos da Constituição e a sua limitação decorre das medidas adotadas legitimamente pelo Estado, também dotado de iniciativa econômica, para reconstruir o ordenamento econômico e social no sentido determinado pelo texto constitucional. De acordo com o art. 173 da Constituição Federal é permitido ao Estado explorar a atividade econômica em sentido estrito, quando necessária aos imperativos de segurança nacional e relevante interesse da sociedade. Assim, entende que esta disposição esvazia a ideia de subsidiariedade do Estado nas atividades econômicas, por não ter sido incorporada pela Constituição. Nesse passo, dentro do aspecto intervencionista, assevera que a reserva estatal sobre o petróleo se caracteriza como um monopólio de direção, que pode ser delegado a

---

149 VIANNA, Salvador Teixeira Werneck. **Desenvolvimento econômico e reformas institucionais no Brasil: Considerações sobre a construção interrompida.** Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2007, p. 40.

terceiros devidamente autorizados por lei.<sup>150</sup> Ou seja, em confirmação do expendido, tem-se que preenchidos os requisitos constitucionais é possível e admissível sim a figura do Estado empreendedor.

Ainda dentro da análise jurídica e econômica dos fundamentos do novo marco estatal, ganham em importância as observações de Daron Acemoglu e James Robinson sobre as causas do fracasso das nações. Na compreensão deles, com o que se concorda, os efeitos prejudiciais às nações decorrem de instituições não inclusivas e voltadas para a prática de condutas rentistas de determinados nichos da sociedade.

Eles destacam que o círculo virtuoso decorre de instituições inclusivas. A lógica pluralista delas dificulta bastante a usurpação do poder por parte de uma facção ou de um governante bem-intencionado. É esse pluralismo que sacramenta a noção de Estado de Direito, de maneira que as leis devem ser igualmente aplicadas a todos, obstando o uso de uma lei por um determinado grupo para sobrepujar outro. Esse pluralismo impõe maior participação no processo político e maior inclusão. Essas instituições políticas inclusivas fazem surgir instituições econômicas inclusivas, que acabam por obstar a importância dos monopólios<sup>151</sup> e exigem uma economia mais dinâmica. Essas mesmas instituições fazem florescer uma imprensa livre, que fornece informações a respeito das instituições e mobiliza, se for o caso, a oposição a elas. Nelas, os ganhos da detenção do poder político são mais limitados, reduzindo os incentivos aos grupos aventureiros de tentarem assumir o controle do Estado. Elas têm como virtude e como elemento fundamental o fortalecimento de coalizações.<sup>152</sup>

Ao tratarem do empoderamento, decorrente da mudança de trajetória institucional de uma nação, assestam que as revoluções políticas mais inclusivas foram exitosas por empoderar um segmento transversal bastante amplo da sociedade. O poder, nesses casos, deve ter uma ampla distribuição pela sociedade. A criação das coalizões deve ser estimulada e a

---

150 Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, 265,275 e 281.

151 Nesse ponto, reafirma-se a intelecção de que os monopólios não são de todo ruins, pois essenciais quando se está diante de *strategic commodity*.

152 Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 258-259.

imprensa pode adotar um papel importante neste movimento, desde que não esteja voltada para a ratificação das atitudes das instituições extrativistas.<sup>153</sup>

Quanto ao *feedback* negativo, preconizam que os círculos viciosos criam forças poderosas em direção à manutenção das instituições extrativistas. Ele gera a alimentação de instituições extrativistas que persistem diante das elites que as controlam e delas se beneficiam. Elas impõem poucas restrições ao exercício do Poder, ou seja, não existem controles que incidam sobre o uso e abuso do poder, mesmo no caso da derrocada de ditadores e da assunção de novos. O controle do poder, nessa óptica, assegura grandes lucros e riqueza, graças à expropriação dos ativos alheios e ao estabelecimento de monopólios. Esses fatores levam à ambição de quem não está no controle com vistas ao alcance desse empoderamento, que, em geral, deflagra, pelos vícios das instituições, uma espiral descendente rumo à ilegalidade, à falência do Estado e ao caos político, esmagando toda e qualquer esperança de prosperidade econômica.<sup>154</sup>

Os argumentos apresentados são muito relevantes ao contexto fático e histórico nacional. A inclusão decorrente da exploração do pré-sal vai ser resultado de uma boa aplicação dos recursos do fundo social. Por meio dela serão socializados os benefícios do risco que foi assumido pelo Estado. Contudo, como visto na imprensa, mesmo se adotando uma forma inclusiva, vemos em contrapartida que os ganhos da detenção do poder político se apresentam ilimitados. Isso gera incentivos aos grupos aventureiros para tentarem assumir o controle do Estado, tal qual está a acontecer no escândalo da Petrobras.<sup>155</sup> Ou seja, no cenário nacional se vê que a inclusão é utilizada para alcançar um interesse diverso, a legitimação de grupos extrativistas. Isso nos leva a crer que uma fórmula de governança para o setor passa por uma necessária reforma política, que empodere mais setores da sociedade, de maneira a evitar a centralização das decisões de importantes questões na pessoa de um representante político.

---

153 Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam:** as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 352-357.

154 Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam:** as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 281-282.

155 ?. Entenda a operação lava-jato, da PF. **Folha de São Paulo.** Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/especial/2014/escandalonapetrobras/>>. Acesso em: 25 de jan. 2014.

No Brasil, então, vemos o encaminhamento de dois ciclos, com o virtuoso sendo utilizado como meio ao alcance dos fins dos círculos viciosos. Assim, depreende-se que há maturidade institucional para adotar as melhores medidas, mas falta *enforcement* para obstar aquelas que se apresentem como negativas.

Outrossim, obtempera-se que a realidade desestatizante da década de 1990 no âmbito nacional deve ser analisada com cautela, porquanto estatuída numa época em que o princípio da eficiência e a governança estatal não possuíam o grau de relevo que têm hoje. Ora, na época, talvez pelo nível de maturidade institucional, as medidas adotadas possuíam justificativas relevantes. Hoje, por outro lado, o cenário é bem diverso e estamos a sofrer os efeitos de uma globalização que busca superar os ideais da soberania estatal. A soberania de recursos estratégicos, neste caso, deve sempre ser resguardada.

Como visto, o modelo apresentado segue em compasso com uma linha de pensamento que entende ser relevante o papel do Estado quando estão envolvidas situações de grande vulto e na intenção de garantir um círculo virtuoso ao desenvolvimento.

Feitas as ponderações sobre a conformação do modelo, quer seja em termos econômicos, quer seja em termos constitucionais, tem-se que a experimentação dele se deu com a retomada das rodadas de licitação pela Petrobras no ano de 2013 e a realização da 1ª rodada do pré-sal. Elas sinalizam para um quadro diferente das exposições céticas que apresentamos linhas atrás.

Nesse sentido, a primeira rodada do pré-sal teve resultados expressivos, muito bem sintetizados no relatório anual da ANP:

#### 5.1 Rodadas de Licitações

[...]

A 1ª Rodada de Licitação de Partilha de Produção (1ª Rodada do Pré-Sal), realizada no dia 21 de outubro de 2013, ofertou a área de Libra, na Bacia de Santos, a cerca de 170 km do litoral do Estado do Rio de Janeiro.

O consórcio formado pelas empresas Petrobras (40%), Shell (20%), Total (20%), CNPC (10%) e CNOOC (10%) foi o vencedor. O excedente em óleo oferecido pelo consórcio, critério que definiu o primeiro colocado na licitação, foi de 41,65%. A Petrobras, que será a operadora de Libra, entrou

com 10% na oferta vencedora, além da sua participação mínima de 30% na área.

O bônus de assinatura definido no edital de licitação foi de R\$ 15 bilhões e o Programa Exploratório Mínimo de R\$ 610.903.087,00.<sup>156</sup>

O detalhamento do procedimento se encontra na Tabela 5.3<sup>157</sup> colacionada abaixo:

**TABELA 5.3. RESULTADO DA PRIMEIRA LICITAÇÃO DE PARTILHA DE PRODUÇÃO<sup>1</sup> - 2013**

		BLOCO		RESULTADO DA PRIMEIRA LICITAÇÃO DE PARTILHA DE PRODUÇÃO		
BACIA SEDIMENTAR	SETOR	BLOCO	ÁREA (KM²)	CONSÓRCIO SIGNATÁRIO E RESPECTIVAS PARTICIPAÇÕES (%)		
<b>TOTAL</b>		<b>1</b>	<b>1.547,8</b>	<b>5</b>		
Santos	SS-AUP <sup>1</sup>	Libra	1.547,8	Petrobras (40%) <sup>2</sup> /CNODC Brasil (10%)/CNOOC Petroleum (10%)/Total E&P Brasil (20%)/Shell Brasil (20%)		

		RESULTADO DA PRIMEIRA LICITAÇÃO DE PARTILHA DE PRODUÇÃO				
BACIA SEDIMENTAR	EXCEDENTE EM ÓLEO PARA A UNIÃO (%)	COMPROMISSO DE AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS NACIONAIS (%) <sup>3</sup>			BÔNUS DE ASSINATURA (R\$) <sup>3</sup>	PEM (EM R\$) <sup>3</sup>
		EXPLORAÇÃO	DESENVOLVIMENTO (MÓDULOS COM PRIMEIRO ÓLEO ATÉ 2021)	DESENVOLVIMENTO (MÓDULOS COM PRIMEIRO ÓLEO ATÉ 2022)		
<b>TOTAL</b>						
Santos	41,7%	37,0%	55,0%	59,0%	15.000.000.000	610.903.087

**FONTE:** ANP/SL, conforme Lei nº 12.351/2010.

<sup>1</sup>Para a contratação de atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Valores definidos no edital de licitação.

<sup>2</sup>A Petrobras será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurado, a este título, participação mínima no consórcio previsto, conforme art. 4º da Lei 12.351/2010. <sup>3</sup>Valores definido no edital de licitação.

Exercendo um comparativo entre o quadro acima e o previsto no edital da primeira licitação de partilha da pré-sal, tem-se que os resultados obtidos foram alcançados. Ora, o excedente de óleo para a União conferido foi de 41,7% (quarenta e um vírgula sete por cento) e o previsto no edital foi de 41,65% (quarenta e um vírgula sessenta e cinco por cento) para barril com valor entre \$ 100,01 a \$ 120,00.<sup>158</sup> O programa exploratório mínimo foi

156 (BRASIL). Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis: 2014** / Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. - Rio de Janeiro: ANP, 2008-2014, p. 194.

157 (BRASIL). Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis: 2014** / Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. - Rio de Janeiro: ANP, 2008-2014, p. 200.

#### 158 4.3 Composição das Ofertas

O percentual do excedente em óleo para a União, a ser ofertado pelos licitantes, deverá referir-se ao valor de barril de petróleo entre US\$ 100,01 (cem dólares e um centavo norte-americanos) e US\$ 120,00 (cento e

efetuado pelo próprio valor previsto no edital, bem como os percentuais de conteúdo local.<sup>159160161</sup>

---

vinte dólares norte-americanos) e a coluna correspondente à produção, por poço produtor ativo correspondente à compreendida entre 10 mil e um barris/dia e 12 mil barris/dia.

As ofertas deverão ser compostas exclusivamente com a indicação do percentual de excedente em óleo para a União, respeitado o percentual mínimo de 41,65%.

O procedimento relativo ao preenchimento da Tabela poderá ser acessado por meio de sistema disponível no sítio eletrônico identificado na Seção 8.2 deste Edital. (BRASIL) Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Edital da primeira licitação de partilha de produção**. Rio de Janeiro: ANP, 2013.

159 Alguns questionamentos e dúvidas têm sido levantados sobre a exploração econômica do Pré-Sal. Se seria viável ou não diante da baixa dos preços do barril do petróleo no mercado internacional. Em texto publicado em 6 de janeiro de 2015, a Petrobras informa aos acionistas sobre os padrões aferidos para justificar a viabilidade de produção: em relação à matéria intitulada “Petróleo desaba e já é ameaça ao pré-sal”, publicada hoje, 6/1, no jornal "O Globo", a Petrobras esclarece que está aumentando a sua capacidade de produção de petróleo e gás no pré-sal brasileiro de modo economicamente viável. A companhia informa que o *break even* (preço mínimo do barril a partir do qual a produção é economicamente viável) planejado no momento em que foram aprovados os projetos de produção do pré-sal, situava-se no entorno [sic] de US\$ 45 por barril, incluída a tributação e sem considerar os gastos com infraestrutura de escoamento de gás. Ao considerá-los, esse valor pode aumentar entre US\$ 5 e US\$ 7 por barril.

Além disso, o *break even* já mencionado, leva em consideração uma vazão de poços entre 15 e 25 mil barris por dia. Atualmente a Petrobras produz no pré-sal a uma vazão média de 20 mil barris por dia. Alguns poços do Polo Pré-sal da Bacia de Santos têm alcançado vazão superior a 30 mil barris de óleo por dia, com efeito positivo na economicidade dos projetos. [...] Esse cálculo considera que todos os dispêndios dos projetos (investimentos, custos operacionais e tributação) estão associados ao nível de preços dos insumos vigente no momento da sua aprovação. É importante destacar, ainda, que os custos da indústria fornecedora de bens e serviços são, historicamente, correlacionados aos preços de petróleo no mercado internacional. Quando há redução relevante, como no caso atual de preços do barril, ela é acompanhada, ainda que não imediatamente, de uma diminuição dos custos em segmentos importantes do setor de bens e serviços. O efeito dessa redução compensa, em parte, a perda de receita ocasionada pela queda do preço do barril. Vale ressaltar, também, que as decisões de investimento em projetos de Exploração & Produção – especialmente os destinados a águas profundas – são baseadas em cenários que incorporam uma visão de longo prazo, não só para os preços, como também para todos os demais insumos e custos dos projetos. [...] Como exemplo da melhor produtividade que vem sendo obtida desde 2010, destaca-se a redução da ordem de 60% no tempo de construção de poços dos campos de Lula e Sapinhoá, ambos no Polo Pré-Sal da Bacia de Santos. (BRASIL). Petrobras S/A. **Viabilidade econômica da produção no pré-sal:** nota de esclarecimento. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/esclarecimento-viabilidade-de-producao-no-pre-sal.htm>. Acesso em: 8 de mar. 2015. Como visto, a Petrobras informa que a produção é economicamente viável quando o barril se situa em um preço compreendido entre US\$ 50,00 (cinquenta dólares) e US\$ 52,00 (cinquenta e dois dólares), isto se a vazão dos poços se der entre 15(quinze) e 25(vinte e cinco) mil barris dia. Reporta que alguns poços apresentam produtividade maior, que os custos operacionais acompanham essa flutuação e que os custos do projeto estão em diminuição. Assim, entende ser no atual cenário viável a exploração, mormente por se considerar a visualização de um cenário de longo prazo.

160 Por outro lado, matéria mais recente de O globo, em consulta a especialistas, pondera que no longo prazo a perspectiva é a estabilização e o aumento do preço do barril do petróleo, em US\$ 60,00 (sessenta dólares) ou US\$ 50,00 (cinquenta dólares), o que talvez não implique na rentabilidade desejada e fixada no início da discussão do pré-sal. A matéria comenta que numa visão mais longa persiste a rentabilidade, mas que a queda das ações da Petrobras e os efeitos dos possíveis desvios apurados pela operação Lava-Jato podem inviabilizar a captação de recursos e os investimentos necessários à estatal para operacionalizar a exploração do pré-sal. ROSA, Bruno; ORDONES, Ramona; SETTI, Rennan. Barril do petróleo a US\$ 50 traz dúvidas sobre viabilidade do pré-sal. **O globo**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/petroleo-e-energia/barril-do-petroleo-us-50-traz-duvidas-sobre-viabilidade-do-pre-sal-14975118>. Acesso em: 8 mar. 2015.

161 Outrossim, existem entendimentos no âmbito externo reportando a viabilidade do pré-sal até em patamares mais baixos. Isso foi relatado em análise do Diário do Comércio, onde se noticia que o *Bank of America Merrill*

Em assim sendo, vê-se que o curso da partilha do pré-sal já se iniciou e que os padrões mínimos fixados pelo Estado foram atendidos.

#### 2.4 Análise jurídico-econômica das cláusulas do contrato de partilha de produção do pré-sal

Apresentadas diversas digressões sobre os fundamentos da análise, segue-se neste momento ao lanço de comentários sobre algumas cláusulas do Contrato de Partilha de Produção do Pré-Sal.<sup>162</sup>

Nesse passo, depreende-se que o contrato celebrado internalizou valores relevantes a sua compreensão como importante instrumento de repartição de benefícios e de alocação adequada de custos.

O item 1.3.41 do contrato predispõe o princípio do sem perda nem ganho. Ele trata da impossibilidade de o operador auferir lucro ou sofrer prejuízo junto aos contratados quando conduzir as operações em nome do consórcio segundo as melhores práticas do mercado. Este princípio demonstra e reafirma a vinculação da Petrobras às melhores práticas da indústria do Petróleo, sem o que ela não terá a imunização do prejuízo. Esse elemento representa uma noção de igualdade com os demais contratados, pois a Petrobras não vai

---

Lynch relata que o pré-sal brasileiro precisa de um barril com o valor mínimo de US\$ 23,00 (vinte e três dólares) para cobrir os custos de produção. In ?. Petróleo – produtores de fora da OPEP estão mais protegidos. **Diário do comércio.** Disponível em: [http://www.diariodocomercio.com.br/noticia.php?tit=petroleo\\_podutores\\_de\\_fora\\_da\\_opep\\_estao\\_mais\\_prot egidos&id=147127](http://www.diariodocomercio.com.br/noticia.php?tit=petroleo_podutores_de_fora_da_opep_estao_mais_prot egidos&id=147127). Acesso em: 8 mar. 2015.

162 Nesse momento, importante se faz a apresentação da compreensão de Nóbrega sobre os contratos: Contratos bem elaborados, bem como um adequado grau de *enforcement*, são condições fundamentais para o sucesso de empreendimento de longo prazo, sobretudo quando valores vultosos são envolvidos e consideráveis riscos avaliados. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura.** São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 99. Ademais, diante de um ambiente econômico e jurídico repleto de incertezas e imperfeições, necessária se torna a incompletude contratual, que também pode ser advinda de fatores estruturais, como assimetria de informação, deficiências na supervisão de conduta de uma parte pela outra (inobservabilidade) ou dificuldade de supervisão por um terceiro ao contrato (inverificabilidade). Logo, deverá haver um grau de completude (ou incompletude) contratual ótimo que maximize a função de utilidade dos contratantes. Contudo, destaca que a insuficiência estrutural dos contratos deve vir ponderada com uma análise neoinstitucionalista capaz de estruturar de criar regras supletivas avançadas, como contratos relacionais e o arbitramento, de forma a se maximizar a função de utilidade dos contratantes. Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura.** São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 102.

extrair lucro das atividades de operação. A atividade de operação importa em custos operacionais extras que são internalizados pela estatal nacional em virtude do seu percentual diferenciado de participação. Ela não terá resultado excedente, mas será remunerada por suas despesas.

Pelo item 2.5 temos a responsabilização plena do contratado por prejuízos decorrentes de caso fortuito e força maior, ampliando a matriz de risco para abarcar inclusive os eventos inesperados e imprevisíveis. Esse regime de responsabilização amplifica a matriz de risco ao implementar despesas por situações aleatórias. Contudo, é minorado pelas técnicas de segurança persistentes no modelo de partilha.

O item 2.8 ratifica a já dissecada propriedade do bem por parte do Estado, que a diferencia dos contratos de concessão, nos quais o bem é ativo da contratada. No caso, só a produção vira ativo.

Os itens 2.8.1 e 6.3 tratam das parcelas devidas ao Contratado. Por meio do seu teor, resta claro que ele terá direito à apropriação originária do volume correspondente ao Custo em Óleo e aos *Royalties* devidos e pagos, bem como à parcela do Excedente em Óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos no Edital e no Contrato. De maneira clara e contundente essa disposição contraria o disposto no art. 42, § 1º, da Lei 12.351/10, com redação da Lei 12.734/2012. Entende-se que o texto do contrato, muito embora a deslegalização ampla que lhe é concedida, contraria disposição expressa na composição dos riscos e dos custos envolvidos em prol das empresas exploradoras. A vedação ampla, por ser mais recente, quebra, pelos princípios da interpretação das normas, onde norma mais recente revoga a mais antiga, qualquer antinomia dentro do marco legal da Lei nº 12.351/10 nos seus artigos números 2º, I e III, 10, d, 15, V, 29, V. Esse equívoco é tão grave que pode desestabilizar a relação contratual e gerar futuras alegações de reequilíbrio econômico-financeiro em virtude de violação à tutela da confiança, muito embora seja um erro *contra legem* e que só repercutirá efeitos financeiros a partir, provavelmente, de 2019.<sup>163</sup> Nesse

---

163 FARIELLO, Danilo. ANP prevê produção do pré-sal no campo de Libra a partir de 2019. **O Globo**. 12 de jun. 2013. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/anp-preve-producao-do-pre-sal-no-campo-de-libra-partir-de-2019-8669418>. Acesso em: 25 jan. 2015.

ponto, urge a correção imediata do equívoco, quer seja por alteração legislativa, quer seja por Adi. A postura aqui defendida está atrelada à natureza de bem público do pré-sal, de forma que a terminologia de apropriação do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos se mostra como uma forma de ressarcimento, ou transferência de propriedade, o que é incompatível com o regime atual que considera o petróleo do pré-sal como um ativo estatal.

Na forma dos itens 16.3 e seguintes, o Programa anual de produção e sua entrega anual têm importância no sentido de se fixar projeções e limites de superação, com vistas a garantir uma produção sustentável em termos econômicos (bloqueio do excesso de oferta) e estratégicos (preservação das reservas).

O item 17.8 carrega disciplina que demonstra o caráter estratégico das reservas. Por meio dele existe a previsão de garantia do abastecimento do mercado nacional. Nessa hipótese, o Estado trabalha com o risco, não do empreendimento, mas da estagnação da sua economia. Para este caso, está prevista a limitação de exportações da produção, cuja parcela de limitação deverá ser direcionada ao atendimento do mercado nacional e à composição dos estoques estratégicos do país.

Os itens 36.4 e 36.5.1 carregam a possibilidade de um terceiro intervir na relação. No primeiro caso, por meio de processo arbitral, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento de Arbitragem (*Arbitration Rules*) da *United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL. No segundo caso, havendo disputa intragovernamental, a questão será submetida à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, da Advocacia-Geral da União, um verdadeiro exemplo de diálogo institucional. Essas medidas, relevantes, são essenciais para a solução mais rápida e eficiente de questões atreladas a um setor econômico muito forte e volátil. Como exemplo, pode-se solucionar de maneira mais rápida uma contenda de produção, com vistas a se evitar uma baixa projetada no futuro no preço do barril do petróleo. A solução pronta, assim, maximiza a eficiência da atividade.

Esses são os pontos de relevância dentro do contrato em si. Em seu Anexo X, existe a disciplina do Contrato de Consórcio, sobre o qual se deterá nas linhas vindouras.

De acordo com os itens 1.16 e 1.17, a votação terá um peso maior para a PPSA, responsável por 50% (cinquenta por cento) do poder decisório, além de ser dotada de voto de qualidade e poder de veto, sendo os demais 50% (cinquenta por cento) divididos entre os demais presentes na reunião, onde, desse percentual, a Petrobras detém o mínimo de 30% (trinta por cento). Ou seja, o Estado, em termos proporcionais, tem a capacidade decisória de 65% (sessenta e cinco por cento) no mínimo. Essa desproporção, em nosso entender, se justifica diante do forte caráter estratégico do pré-sal.

Pelos itens 2.1, 2.1.1 e 2.1.2 a Petrobras se reafirma como operadora do consórcio, que atua em seu nome e dentro dos limites do CO, com poderes para assinar contratos, executar ou assumir compromissos de despesas e realizar outras ações relacionadas com o exercício das atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural na Área do Contrato. Ao se verificar isto, vê-se que o Estado amplificou muito o seu controle e direção nesta atividade, que tem como ponderação as melhores práticas do mercado.

Ao item 7.1, que trata da distribuição do excedente em óleo, somado aos volumes relativos à restituição do custo em óleo e ao volume correspondente aos *royalties* devidos de cada Consorciado, reiteramos a mesma linha argumentativa dos itens 2.8.1 e 6.3 tratados linhas atrás.

Com relação ao item 7.2, vê-se que o óleo lucro é disponibilizado aos consorciados para venda de maneira livre, desde que observadas as disposições do contrato de partilha de produção e a legislação aplicável. Essa predisposição, insta dizer, carrega segurança ao investidor privado que já sabe de antemão quais são as restrições, dentre as quais o regime de abastecimento nacional, e qual vai ser o marco para precificar a sua produção.

Diante do item 11.4.6, que trata da solução de qualquer disputa, controvérsia, ou demanda resultante ou relativa ao contrato de consórcio nos mesmos moldes da cláusula trigésima sexta - do contrato de partilha de produção, obtempera-se pela aplicação dos mesmos comentários dos itens 36.4 e 36.5.1 alinhavados em parágrafo antecedente a este.

Como explanado, traçou-se aqui uma análise dos itens principais dentro da óptica do risco. Feita a primeira abordagem, ela será aprofundada nas linhas vindouras com o contributo da NEI.

A exposição de Nóbrega bem se amolda ao regime de partilha de produção, porquanto ela bem se assemelha à partilha dos riscos. Ao se usar o modelo agente-principal para explicar a repartição do risco, tem-se que o principal delega uma atividade que possui ao agente, detentor de uma vantagem informacional. O principal não tem condições de aferir totalmente o esforço do agente para a realização daquela atividade. Então, caso o agente seja risco neutro e o principal risco avesso, a melhor opção seria um contrato que pagasse pelo resultado obtido. Em nosso entender, é o caso da partilha de produção, onde o objeto é a produção de petróleo do pré-sal, não a transferência de um bem público. O risco exploratório, apesar de ser declarado como baixo, implica no investimento em área onerosa, onde os agentes via de regra aguardam pelo primeiro passo dado pelo Estado, que adota uma estrutura de governança que entende necessária para tentar minorar o seu risco, com vistas a maximizar o potencial de seu patrimônio. Em dado o primeiro passo, mormente, com a intervenção de uma estatal, cria-se a possibilidade de estimular a iniciativa privada para entrar no projeto. Isso se justifica, pois nesse formato a questão não é resolvida com o pagamento de um valor fixo, mais usual quando o agente é risco avesso e o principal risco neutro.<sup>164</sup> Ademais, até mesmo os debates e a controvérsia sobre o modelo e muito mais agora o escândalo da Petrobras reafirmam esse modelo, não o desconstituí.

Isto posto, deve-se, como muito bem ponderado por Nóbrega, aferir os custos *ex ante* do desenho do contrato, do estabelecimento de todas as contingências e peculiaridades que possam afetar a sua execução. Sobre esse tema foi elaborado o item 2.3 desta tese, por meio do qual se obtemperou que o caráter estratégico do pré-sal diferencia a forma de sua regulação, permitindo se inferir disto a necessidade de um Estado empresário. Esse Estado que se apresenta como investidor num cenário de risco bem calculado e cujos custos de transação são otimizados diante: a) da estrutura quase aberta e moldável do contrato de

---

164 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 108-109.

partilha, quase um contrato relacional, o que se pode depreender das atribuições do CO dos consórcios do pré-sal; b) do uso dos instrumentos da arbitragem em larga escala; c) do uso mecanismos de minimização das assimetrias informacionais expostos pela definição da Petrobras como operadora e pela estrutura complexa e dialógica das definições do modelo com uma participação quase policêntrica integrada pela Presidência da República, pelo CNPE, pelo MME, pela ANP, pela Petrobras, pela PPSA e pelas empresas privadas; e d) da integração vertical, muito comum nas tratativas da Petrobras com suas empresas subsidiárias. Assim, dentro desse panorama, vai se dar relativa segurança e previsibilidade na relação. Portanto, entende-se que o grau de incompletude foi usado de maneira adequada, protraindo *ex post* os custos dentro de uma relação dialogada com vários atores. Essa conformação apresenta grande importância na exploração do pré-sal diante da especificidade dos ativos, boa parte deles com impossibilidade de remanejamento, dado se apresentarem como ativos fixos.<sup>165 166</sup>

Destarte, a contratualização da partilha da produção faz uso das melhores e mais modernas técnicas de modelagem, o que pode gerar resultados positivos de maximização dos benefícios do empreendimento. Contudo, mesmo diante de uma adequada formatação, surgem elementos de preocupação que podem afetar os desideratos da proposta, onde surge como o maior deles o gerenciamento de diversos atores e o grau de *enforcement* do Estado para garantir que o plano traçado seja cumprido em sua inteireza.

Isto posto, nos capítulos seguintes serão ofertadas propostas de otimização da regulação e de uma governança para o setor que se entende necessárias à realização da boa-governança na exploração do pré-sal.

---

165 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, 106-107.

166 A vantagem informacional do agente gera uma certa perda de utilidade em virtude da sua necessidade de extração de renda, de forma que o principal deve otimizar a dualidade extração de renda *versus* eficiência. Para privilegiar a eficiência, deve diminuir a assimetria informacional, colocando uma auditoria; no entanto, isto gera custos que devem ser aferidos de forma a não diminuir a eficiência total. Como mecanismos de redução dos custos *ex post* são apresentados a renegociação periódica; a instituição de uma terceira via decisória, como a judiciária e a arbitral; a terceira opção seria o estabelecimento de arranjos contratuais como direitos de opções, contratos específicos de distribuição e integração vertical. Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, 113-114.

### 3 A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE COMPARADA – POR QUE ENTENDER A REGULAÇÃO DE ECONOMIAS LIBERAIS É IMPORTANTE PARA COMPREENDER A PERSPECTIVA MAXIMIZADORA DE LUCRO QUANDO O ESTADO NO PRÉ-SAL É O PRINCIPAL E O AGENTE DE MANEIRA CONCOMITANTE?<sup>167</sup>

#### 3.1 O direito comparado e o direito administrativo comparado

##### 3.1.1 Delimitação conceitual

A análise comparada entre os sistemas, mormente quando o *common law* não prevê diferenciação entre atos administrativos e atos civis é importante no caso dos contratos de partilha do pré-sal, pelo fato de se aproximar muito o Estado da figura de agente econômico privado. Assim, o enveredamento ora realizado será ficando na análise comparativa da experimentação prévia e mais antiga do sistema norte-americano na regulação da economia, para dela tentar extrair elementos de otimização e governança da regulação estatal brasileira em fórmulas mistas e multifacetadas de intervenção como se afigura o marco regulatório do pré-sal.

Direcionando a abordagem ao cerne deste capítulo, tem-se que grande parte dos autores trata o direito comparado como um método, por entendê-lo desprovido de um objeto específico e de institutos que o diferenciem de diversos outros ramos da ciência jurídica.

Nesse sentido é a lição de José Cretella Júnior:

*O direito comparado é a aplicação do método comparado à ciência jurídica. [...] O direito comparado, como se sabe, não é ramo da árvore do direito. Não é disciplina jurídica, autônoma. Não é direito. É método científico que, recorrendo à observação e ao cotejo, ressalta os traços determinantes de vários sistemas jurídicos, confrontando, no mesmo plano, institutos paralelos e sistemas, para depois concluir pela universalidade de um conceito ou pela*

---

167 O texto deste capítulo foi elaborado com subsídios do artigo a seguir especificado: GOMES, Filipe Lôbo. **A regulação estatal – análise comparativa dos sistemas norte-americano e brasileiro.** Artigo apresentado à disciplina Direito Constitucional Comparado do curso de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 2012.

tipificação de um instituto num dado sistema do direito. <sup>168</sup> (itálico do original)

Para ele, o Direito Administrativo Comparado, um dos ramos do Direito Comparado, deve ser entendido como método pelo qual se procede ao levantamento dos traços peculiares a vários institutos jurídicos administrativos, confrontando-os em suas diferenças e semelhanças, para atingir-se a noção categorial do instituto e o traçado genérico do lugar geométrico da figura estudada, analisando-se os resultados obtidos com o sistema administrativo em particular que se pretende esclarecer.<sup>169</sup> Para além disso, entende-se que o Direito Administrativo Comparado apresenta como elemento de diferenciação das demais vertentes do Direito Comparado, o fato de estar atrelado aos estudos das relações de administração, principalmente, para esta última hipótese, nos sistemas que adotam o *civil law*.

Em sentido oposto, tem-se com o Professor Ivo Dantas que o Direito Constitucional Comparado é caracterizado como ciência, e não como *método*, porquanto ele é dotado de um objeto formal, a pluralidade de ordens jurídicas, e de uma autonomia doutrinária e didática, em razão dos diversos trabalhos, cursos e instituições nacionais e internacionais que desenvolvem esta temática.<sup>170</sup><sup>171</sup> Nesse ponto, entende-se pela preponderância dessa linha argumentativa, porquanto as ciências apresentam como ponto de distinção principal o seu objeto, o elemento que lhe dá autonomia. No caso do Direito Comparado como um todo, por entender que o posicionamento de Ivo Dantas pode ser generalizado aos seus demais ramos, vê-se a sua nota distintiva na extração de novos significados dos institutos de sistemas vigentes por meio da comparação, uma comparação que precisa de uma técnica instrumentalizadora. O Direito Comparado, então, é uma ciência que faz uso do método comparativo.

---

168 CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Busgtsky e Edusp, 1972, p. 23-24.

169 CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Busgtsky e Edusp, 1972, p. 27.

170 Cf. DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2010, 97-98.

171 Segue está compreensão DIURNI, Amalia; HENRICH, Dieter. **Percorsi europei di diritto privato e comparato**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 3.

Ainda dentro da análise do Direito Administrativo Comparado, obtempera Cretella que ele pode ser sincrônico, com relação aos elementos comuns de um sistema, na mesma época, e diacrônico, quando trata de épocas distantes no tempo.<sup>172 173</sup>

Contudo, temos que nesse ponto deve ser dada primazia ao exposto pelo Professor Ivo Dantas, para quem o direito comparado diacrônico, e porque não o direito administrativo comparado diacrônico de Cretella, deve ser entendido como história do direito comparado. Para Ivo Dantas, é imprópria a classificação de direito constitucional diacrônico, entendido em sua concepção como História do Direito. Em suas palavras:

distinguiremos o *Direito Comparado da História do Direito*, visto que o primeiro (*Direito Comparado*) implica sempre existência de dois ou mais *sistemas jurídicos vigentes* que serão objeto de comparação, dos quais, preferencialmente, *um deles é o sistema jurídico nacional*. Não se admite, pelo visto, em nosso entender, falar-se em *comparação vertical*, no sentido de comparação no mesmo sistema, ou seja, fazendo a evolução do instituto em suas diversas fases, dentro do mesmo sistema jurídico.<sup>174</sup>

Desta forma, tem-se que o Direito Comparado se apresenta como uma ciência que faz uso do método comparativo para tratar das diferenças e similitudes de institutos de dois ou mais sistemas jurídicos vigentes.

O Direito Administrativo Comparado, a seu turno, seria informado pela análise das similitudes e diferenças daqueles institutos jurídicos de sistemas vigentes que tratem das relações entre a Administração e os administrados, as formas de controle da Administração e as relações entre Administração e servidores, mormente, para esta última hipótese, nos sistemas que adotam o *civil law*.

---

172 CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Busgtsky e Edusp, 1972, p. 26-27.

173 Seguindo a mesma linha de Cretella tem-se José Afonso da Silva, que ainda acrescenta ao conceito o estudo comparativo diárquico, que compara uma instituição atual com suas fontes, como, por exemplo, uma comparação entre o Direito Civil brasileiro e o Direito Romano. SILVA, José Afonso da. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24.

174 DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2010, p. 107.

### 3.1.2 A importância da noção de sistema para o direito comparado

Para Norberto Bobbio, o sistema seria uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem, entendida como um relacionamento e coerência destes entes com o todo em si, mediante condições que possibilitam esse relacionamento, o elemento aglutinante.<sup>175</sup>

A importância da noção de sistema para o Direito Comparado decorre da coerência que ele estabelece entre os institutos que estão ligados a um elemento aglutinante. Neste caso, as relações entre a Administração e os administrados, as formas de controle da Administração e as relações entre a Administração e servidores, estas últimas, para sistemas que adotam o *civil law*.

Segundo Cretella, o sistema de direito administrativo é informado pela existência de um elemento de aglutinação de dados, que permitem construções harmônicas e sistêmicas das normas reguladoras da atividade da Administração. Ele é informado por um bloco unitário de normas que apresenta traços comuns que permitam a identificação do bloco como um todo. Nesse sentido, o sistema jurídico-administrativo seria um conjunto ordenado de normas jurídicas que disciplinam a atividade da Administração Pública. Esse sistema, entretanto, em sua concepção, não é uno e puro, com derrogações e exorbitâncias do direito comum, porque existem sistemas jurídicos que repelem as normas administrativas, regendo-se, de preferência, por normas de direito comum, como é o caso do sistema administrativo do *common law*.<sup>176</sup> Ainda existem sistemas que adotam normas administrativas (sistema Francês), sem desprezar as normas privatísticas.<sup>177</sup>

---

175 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: São Paulo: Editora UNB/Polis, 1990, p. 71.

176 Cretella, nesse ponto, se referia ao sistema anglo-saxão. Contudo, alteramos o texto para colocar o entendimento de Ivo Dantas, para quem a expressão anglo-saxão se referia ao sistema de direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra. Para ele, o mais adequado é falar em sistema *Common Law*, por se aplicar a diversos Estados, independente de uma específica situação geográfica, e por se tratar de uma das grandes famílias do Direito. DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2010, p. 152. Em igual sentido: PIZZORUSSO, Alessandro. **Curso de derecho comparado**. Barcelona: Ariel-Derecho, 1987, p. 95.

177 Cf. CRETILLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Busgtsky e Edusp, 1972, p. 37 e 60.

Nesse passo, necessário se torna fazer remissão ao primeiro capítulo desta tese, onde se viu que a nova conformação do direito administrativo tem como base para a sua estruturação sistêmica a sua vinculação aos princípios e regras constitucionais, todos direcionados à concretização dos Direitos Fundamentais. Em assim sendo, o caráter sistêmico do direito administrativo não só deve reverência à atividade da Administração Pública como elemento aglutinante, mas a uma atividade da Administração Pública vinculada à concretização dos direitos fundamentais. Essa é, dentro desta exposição, a compreensão que se deve extrair do elemento aglutinante dos sistemas administrativos.<sup>178</sup>

### 3.2 A comparação entre o *civil law* e o *common law* – uma análise necessária para compreender o direito administrativo norte-americano – administrative law

A comparação entre o Direito Administrativo do *civil law* e do *common law* ganha em importância diante das diversas formas de intervenção estatal e das concepções técnicas que se estão desenvolvendo. As mudanças incorridas na concepção do Estado implicam na revisão de seus postulados e na comparação dos sistemas jurídicos para visualizar a forma que cada um deles se porta diante da realidade que se descortina.

Nesse intento, com vistas a iniciar o delineamento dos dois sistemas, carregam-se as lições de Gustav Radbruch, quando apresenta três significados distintos para o termo *common law*: a) No primeiro, *common law* indica o sistema jurídico típico dos países de influência inglesa, em contraposição à família romano-germânica nominada de *civil law*; b) No segundo sentido, *common law* expressa o conjunto de normas advindas das decisões jurisprudenciais – o *case law* -, o precedente que informa a decisão futura de outros casos concretos. Nesse sentido, ele contrapõe-se ao direito legislado produzido pelos parlamentos no *statute law*; c) no terceiro significado, mais específico para o Reino Unido, o *common law*

---

178 Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto ressalta que a continuidade da noção de sistema jurídico se dá mesmo diante das transformações pelas quais o Estado está passando: a diversificação e a especialização não trazem risco que implique na desestruturação do caráter sistêmico do Direito, transformando-o num mosaico de sistemas normativos autônomos e sem comunicação. Isto não procede diante do abandono da ideia de codificação própria ao Direito Moderno e que se transforma para fazer uso dos princípios jurídicos gerais, de cláusulas abertas e de regras de competência remetendo-se às instâncias de controle constitucional a função de articuladoras e agregadoras do sistema jurídico desde a matriz constitucional. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes p. 72-98, SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 83.

é o conjunto de precedentes jurisprudenciais derivados dos antigos Tribunais Reais de Westminster, que se contrapunham aos precedentes dos Tribunais de Chancelaria, que formavam o chamado *equity law*.<sup>179</sup>

A seu turno, Cretella relata que “a expressão técnica e consagrada “common law” designa o direito não escrito de um país, baseado no costume, no uso e nas decisões das Cortes de Justiça e que contrasta com o “Statute Law”, ou seja, sistema estabelecido por um corpo legislativo, que o reúne em códigos.”<sup>180 181</sup>

Apresentados que foram os significados do termo *common law*, insta traçar as linhas gerais dele, de modo a subsidiar a comparação com os institutos do *civil law*. Em linhas gerais, o *common law* é aberto, casuístico, baseado em decisões jurisprudenciais e orientado pelo precedente. Ele segue rumo a um movimento de indução, partindo de casos concretos para construir normas jurídicas para o futuro. Tudo isso forma o que se denomina chamar de *stare decisis*. A sua principal fonte é a jurisprudência.<sup>182</sup> Do contrário, o sistema romano-germânico se baseia no primado da lei, racionalmente construída para solucionar o maior número de casos possível, seguindo rumo a um movimento de dedução.<sup>183</sup>

Historiando as similitudes entre o sistema norte-americano, integrante da família do *Common Law*, e o romano-germânico, Cretella pontua:

---

179 Cf. RADBRUCH, Gustav. **O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana**. Tradução de Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47.

180 CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Busquets e Edusp, 1972, p. 88.

181 Deve-se pontuar com Carlos Siqueira Castro sobre o costume no *common law*: Não basta, por conseguinte, consoante sucede inclusive no âmbito do mais genuíno *common law*, a só geração popular e espontânea dos hábitos sociais revestidos da *opinio necessitatis*, por isso que, mesmo nos sistemas em que prevalece o mandamento do *stare decisis*, exige-se às regras costumeiras, como condição de sua eficácia normativa, o reconhecimento de sua existência e normatividade mediante a aplicação reiterada pelas Cortes de *Law* ou *Equity*. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade, p. 22-57, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 33.

182 Guido Fernando Silva Soares preconiza que nesse sistema, de natureza pragmática e processualizada, as universidades têm pouca relevância para o seu desenvolvimento. Nesse caso, há uma exacerbada importância dos procedimentos judiciais de defesa dos direitos. Cf. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

183 Cf. HORBACH, Carlos Bastide, O direito administrativo no sistema do Common Law, **Fórum administrativo**, p. 20-30, – Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009, 21.

Profundas, no entanto, são as diferenças entre o direito inglês e o direito norte-americano, aproximando-se êste, sob muitos aspectos, do sistema de base romanística. Em suma, trazendo a marca originária do “Common Law”, que se reflete em tôda a estrutura do direito norte-americano, empregando a nomenclatura inglesa e institutos ingleses, os norte-americanos criaram um tipo de *direito intermédio* que, no que se refere às fontes, se aproxima do sistema de base romanística e, em especial, do direito francês, mas no que concerne ao espírito se aproxima do direito originário do “Common Law”.<sup>184</sup>

Ao delimitar as características específicas do sistema norte-americano, Cretella preconiza que a influência do federalismo, o relativo desaparecimento das tradições históricas, em relação à Inglaterra, e as preocupações de rendimento, são traços específicos do sistema norte-americano. Nele a Administração é submetida ao controle do juiz, ela não possui uma jurisdição especial como o sistema francês, e se propagam diversos órgãos administrativos *quase jurisdicionais*. Nesse sistema, o desenvolvimento do direito administrativo encontra limitações nos conceitos de *rule of law* (império da lei), da *judicial supremacy* (supremacia judicial) e do *due process of law*, aplicados indistintamente no âmbito público e no âmbito privado. O domínio reconhecido ao direito administrativo se reduz às relações externas da Administração, suas relações com o público, relações estas processualizadas. As relações internas da administração são regidas pelo direito comum.<sup>185</sup>

Avençadas as distinções básicas entre os sistemas e adiantadas as principais características do sistema norte-americano, percebe-se que este foi construído com bases históricas no conceito de *rule of law*, por meio de decisões judiciais e de uma natureza eminentemente procedimental.<sup>186 187 188</sup>

---

184 CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Busgtsky e Edusp, 1972, p. 91.

185 Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Busgtsky e Edusp, 1972, p. 91-92 e 104-105.

186 Cf. HORBACH, Carlos Bastide, O direito administrativo no sistema do Common Law, Fórum administrativo – **Direito Público** - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, p. 20-30, jul. 2009, p. 21.

187 O objeto do direito administrativo no sistema do *common law* é bastante diverso daquele observado pelo jurista romano-germânico, contendo basicamente normas procedimentais que tutelam o administrado ante o poder público, reconhecendo, por exemplo, os *administrative tribunals* ingleses e as *quasi-judicial authorities* norte-americanas. HORBACH, Carlos Bastide, O direito administrativo no sistema do Common Law, **Fórum administrativo** – Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, p. 20-30, jul. 2009. 27.

188 Segundo FARSNSWORTH, o *Administrative Law* é um ramo do direito que lida principalmente, ainda que não de forma exclusiva, com o cumprimento, pelos agentes públicos, de funções relacionadas a edição de normas administrativas gerais (*rule-making*) e com a solução de conflitos envolvendo os administrados (*adjudication*), focando, também, o controle administrativo pelas cortes judiciais. FARSNSWORTH, Edward Allan. **Introduction to the legal system to the United States**. New York: Oceana, 1994, p. 134-135.

Como relatado, a despeito da histórica falta de aprofundamento doutrinário do *administrative law*, vê-se com o fenômeno do intervencionismo estatal e da *delegated legislation* - por meio do qual se transferem poderes normativos do parlamento aos órgãos executivos - a inversão dessa perspectiva, passando a existir um interesse maior dos autores norte-americanos no detalhamento desses institutos.

Como bem observa Horbach com relação ao atual estágio do Direito Administrativo norte-americano:

O assunto que prepondera – até mesmo por conta do New Deal de Roosevelt – é a análise do modo como funciona a Administração e dos meios pelos quais toma suas decisões; isto é, as grandes questões do direito administrativo dos Estados Unidos passam a ser o processo administrativo e as agências, ao qual se dedicaram importantes nomes dessa terceira geração de administrativistas americanos, tais como James Landis, Louis Jaffé e Walter Gellhon. A legislação administrativa norte-americana desponta, pois, em duas principais áreas, a organização de entidades burocráticas – em especial as *independent agencies* – e a disciplina do processo administrativo.<sup>189</sup>

Destarte, no que concerne ao sistema norte-americano, verifica-se que a sua origem histórica não foi bastante para torná-lo totalmente impermeável à influência do sistema romano-germânico. O que se vê é a evolução e o aprofundamento doutrinário do *Administrative Law* em decorrência da necessidade do intervencionismo estatal e da delimitação da *delegated legislation*.

### 3.3 As agências reguladoras em ambos os sistemas – do nascedouro até a concepção atual

Antes de entrar na análise das agências reguladoras, importante se torna delimitar o conceito de regulação.

---

189 HORBACH, Carlos Bastide, O direito administrativo no sistema do Common Law, p. 20-30, Fórum administrativo – **Direito Público** - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009, p. 25.

Listemos nesse momento as concepções gerais de regulação, ou seja, da Teoria Geral Regulatória.

Conforme Carlos Ari Sunfeld, a regulação:

é – isso, sim – característica de um certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica.<sup>190</sup>

No entender de Calixto Salomão Filho, a regulação engloba toda a forma de organização da atividade econômica por meio do Estado, seja a intervenção mediante a concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia.<sup>191</sup>

Como se depreende, a regulação possui trânsito nos mais variados sistemas jurídicos. Ela não pertence com exclusividade a nenhum.

Da parte de Alexandre Aragão, pode-se enumerar como formas de regulação *lato sensu* da economia: a) regulação estatal, feita pelas regras emitidas por órgãos do próprio Estado, mesmo que deles participem representantes de organismos intermédios da sociedade; b) regulação pública não estatal, feita por entidades da própria sociedade, mas por delegação ou incorporação das suas formas ao ordenamento jurídico estatal; c) regulação privada, levada a cabo autonomamente por instituições privadas, geralmente associativas, sem qualquer delegação de chancela estatal; e d) a desregulação, consistente na ausência de regulação institucionalizada, pública ou privada, ficando os agentes sujeitos apenas ao livre desenvolvimento do mercado.<sup>192</sup> Contudo, perfilha-se o entendimento de Eros Roberto Grau,<sup>193</sup> por meio do qual a desregulação seria uma nova estratégia, instrumentada em novas

---

190 SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras, p. 17-38, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

191 Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13.

192 Ivo Dantas segue essa mesma linha de pensamento. DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2010, p. 162.

193 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122-147.

formas de regulação,<sup>194 195</sup> porquanto designa uma mudança de postura, um rearranjo institucional para permitir que setores considerados essenciais, por critérios eminentemente políticos, sejam regulados com eficiência. Ela não quer significar a ausência de regulação, mas a regulação necessária e essencial ao controle eficiente das atividades econômicas. Em certa medida, é o que se apresenta na regulação do pré-sal, quando boa parte dos componentes do negócio são estabelecidos por meio dos contratos de partilha e do CO.

Delimitando-se a análise à perspectiva norte-americana do termo regulação, tem-se com Fernando Dias Menezes de Almeida que:

Em verdade, *regulação*, nos Estados Unidos, é expressão relacionada à própria gênese do Estado, dizendo respeito à generalidade de poderes jurídicos de que o Estado tem em relação aos indivíduos. Nesse sentido, a teoria norte-americana da regulação guarda um claro paralelo com a evolução das bases políticas e ideológicas da organização do Estado.<sup>196</sup>

De acordo com Sustain, a regulação estatal norte-americana decorre da sua preocupação com a criação de um sistema de divisão de poderes e com a criação de um sistema de repartição de competências federal, ambos com controles recíprocos (freios e

---

194 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas, p. 1.032-1.067, CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p.1.041.

195 Ao tratar da desregulação no âmbito norte-americano, Gérard Marcou bem sintetiza a tessitura histórica do termo: La reglamentación limitaba o incluso excluía la competencia, por los derechos exclusivos que ella podía otorgar. Las críticas que sufrió esta política durante los años 60 y 70 llevaron a que fuera cuestionada a partir de la presidencia de Jimmi Carter, quien llevó a cabo una política que tuvo el propósito de suprimir las reglamentaciones que obstaculizaban la libre competencia. [...] Esta política de desregulación, que habíamos traducido en ese entonces correctamente por “desreglamentación”, condujo a una revisión fundamental de la reglamentación de numerosos sectores económicos, aquellos todavía llamados “industrias reguladas”. Para crear condiciones para la libre competencia se eliminaron las reglamentaciones que apuntaban justamente a reducirla o a excluirla [...] Desde entonces, la reglamentación tiene el propósito de crear las condiciones para la competencia, y no sustituirla; la agencia, cuando existe, viene a ser una agencia sectorial para la competencia. Si hay una influencia estadounidense sobre las experiencias europeas, se da sobretudo teniendo en cuenta esa diferencia: es la *desregulation* estadounidense la que podemos considerar como una de las fuentes de la regulación en Europa, pero su verdadero alcance no se percibió: lo que estaba en juego era más la creación de condiciones de mercados competitivos que el aligeramiento del peso de la regulación. La otra lección de la evolución reciente de la regulación en los Estados Unidos muchas veces se omite: la regulación está sometida al control del Congreso, pero se asegura la independencia de la “función adjudicativa”, que corresponde a decisiones individuales. MARCOU, Gérard. La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado, p. 11-92, In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Frank (Directores). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 26.

196 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, p. 1013-1031, In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1016.

contrapesos) entre os órgãos estatais, com vistas a proteger os direitos individuais da interferência governamental.<sup>197</sup>

Traçando um comparativo entre as origens da regulação no Brasil e nos Estados Unidos, Eros Grau pondera que, nos Estados Unidos, a regulação foi implementada para coibir abusos, as falhas de mercado. No Brasil, a regulação teve o objetivo de diminuir a atividade estatal direta (decorrente da prestação de serviços de utilidade pública e da produção de bens pelas empresas estatais) ou indiretamente (pela instituição de normas que visem inibir ou induzir o setor privado a investir).<sup>198</sup>

A ideia de regulação vem vazada na Constituição Brasileira no seu art. 174. Por meio dela, deve-se ponderar que à regulação nacional é essencial o caráter normativo, um quase-regulamentar e quase-legislativo.

Por outro lado, nos Estados Unidos, dado o caráter jurisprudencial do seu Direito, resta difícil precisar a base constitucional da regulação. Entretanto, a doutrina norte-americana destaca o fundamento constitucional de um de seus principais instrumentos, as agências reguladoras. Nesse sentido, entende que elas, a despeito de surgirem na realidade jurídica dos Estados Unidos somente no final do século XIX, foram previstas pelos *founding fathers*, em especial quando disciplinaram, no texto constitucional de 1787, os departamentos de governo.<sup>199</sup> A doutrina se refere mais especificamente ao parágrafo 18, da seção 8, do art. 1º, cujo texto tem o seguinte significado em tradução livre: 18. Elaborar todas as leis necessárias e apropriadas ao exercício dos poderes acima especificados e dos demais que a presente Constituição confere ao Governo dos Estados Unidos ou aos seus *Departamentos* e funcionários.

Em que pese a abertura do texto, verifica-se que o desenvolvimento dessa disposição ficou a cargo dos comandos normativos das agências norte-americanas, das Leis do Congresso Norte-Americano e, em especial, dos precedentes da Corte Suprema.

---

197 Cf. SUNSTEIN, Cass. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 12-17.

198 Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 159.

199 Cf. REESE, John H. **Administrative Law – principles and practice**. Saint Paul: West Publishing, 1995, p. 6.

Já no Brasil, o ponto de maior relevo das agências reguladoras está relacionado ao seu Poder Normativo Técnico, ou seja, de produzir normas gerais e abstratas dentro de sua “discrecionalidade” normativa técnica, que se entende melhor chamar de grau de vinculação normativo técnico. Contudo, ao conformá-lo diante da Constituição Federal, vê-se que elas não são independentes diante do Judiciário, conforme o sistema de unidade de jurisdição, trazido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e não são independentes diante do legislativo, diante dos artigos 49, X, e 70 da Constituição Federal.

Daí que ponderando o caráter intermediário, quase regulamentar e quase legislativo das agências reguladoras brasileiras, é importante o escol doutrinário de Di Pietro, quando relata a relação direta da Constituição com a regulação do Estado. A regulação nacional possui um detalhamento legal maior, tendo em vista a sua relação com o *Statute Law*, e que, nos Estados Unidos, ganha contornos por meio dos regulamentos das agências e da função quase-legislativa da jurisdição. Veja-se:

Seja utilizando-se a terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro, seja utilizando-se o vocábulo 'regulação', os limites da atividade, no que diz respeito ao estabelecimento de regras de conduta aos particulares, são exatamente os mesmos. E têm que ser fixados em função do sistema hierárquico organizado internamente na Constituição. Pode-se alterar a terminologia, para uniformizá-la e torná-la útil em época de globalização, mas não há como fugir ao ordenamento jurídico constitucional de cada Estado.<sup>200</sup>

Delineado o quadro constitucional da regulação dos dois sistemas em enfoque, merece dirigir a análise à conceituação dos instrumentos da regulação, as *agencies* norte-americanas e as agências reguladoras brasileiras.

Fazendo um paralelo entre os sistemas norte-americano e o nacional, Fernando Dias observa que:

vale ressaltar que aquilo que os norte-americanos, com mais intensidade desde o início da década de 1980 do século passado, passaram a denominar

---

200 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). **Direito Regulatório** – Temas polêmicos. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 34.

*desregulation*, querendo significar diminuição da regulação pelo Estado (o que não significa a eliminação da ação reguladora do Estado, mas sua remodelação, v.g., por meio de entidades independentes, nos moldes das nossas agências reguladoras), corresponde mais ao significado atual de *regulação* no Brasil, em que pese ter gerado entre nós a tradução “desregulação”.<sup>201</sup>

Segundo Floriano Azevedo Marques Neto, os entes reguladores seriam:

entes administrativos dotados de autonomia e independência, que assumem, em nome do poder político, a função de regular um dado segmento da atividade econômica ou um dado conjunto de interesses metaindividuais. São dotados de grande especialidade, pois se prestam a atuar num subsistema jurídico (conjunto de regras, normas, princípios, finalidades e pressupostos adstritos a um dado setor da vida humana).<sup>202</sup>

No Brasil, a partir do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, a noção de agência autônoma foi introduzida no Brasil como meio de modernização administrativa. Logo em seguida, foram promulgadas as Emendas Constitucionais nº 8 e 9, ambas de 1995, que abriram espaço para a criação da ANATEL e da ANP, seguidas da constituição de outras agências reguladoras. Essas agências vieram como instrumento para operacionalizar a desestatização da economia. A participação dos interessados no processo decisório por meio de consultas públicas e pelo controle dos atos de regulação decorrente da revisão judicial foram amplificados. A lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, com forte influência do *Administrative Procedure Act* norte-americano, contribuiu decisivamente para esse novo panorama, com os institutos da consulta pública (artigos 31 e 32) e a identificação ampla dos interessados que se legitimam a participar do processo administrativo (art. 9º).<sup>203 204</sup>

---

201 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, p. 1013-1031, In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1016-1017.

202 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coords.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 84.

203 Cf. HORBACH, Carlos Bastide, O direito administrativo no sistema do Common Law, **Fórum administrativo** – Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, p. 20-30, jul. 2009, p. 28.

204 As influências foram tão agudas que Egon Bockmann Moreira identifica a existência de um fenômeno de mundialização do Direito Norte-americano: A mundialização do direito norte-americano trouxe consigo o prestígio e a processualização das tomadas de decisão num nível muito mais amplo do que sistemas anteriores poderiam comportar sem rupturas. Não se deu apenas uma modificação estrutural na Administração Pública (liberalização, privatização, agências reguladoras, terceiro setor etc.), mas também uma alteração do método decisório, na produção normativa e no foco de controle de decisão. MOREIRA, Egon Bockmann. Os limites à

Nesse importe, pontua-se que, a despeito da influência norte-americana, as agências reguladoras nacionais não gozam do amplo espectro de independência daquelas. Inventariando as suas limitações, Almeida preconiza que no cenário nacional importa: a) no exercício de poder normativo, contemplando: i) edição de normas para tratar de assuntos *interna corporis* do órgão regulador; ii) edição de normas para explicitar conceitos e definir parâmetros técnicos aplicáveis à matéria regulada; iii) edição de normas infralegais e – nos casos em que couber regulamento – infrarregulamentares visando a disciplinar detalhes de suas atividades, concretizando, assim, a previsão de normas superiores; b) importa ainda, seja pela edição de normas ou de atos, as funções de planejamento, incentivo (fomento) e fiscalização (controle).<sup>205</sup>

Já nos Estados Unidos, a criação das agências reguladoras deve partir da premissa de que as atividades econômicas sempre permaneceram em mãos particulares - a concepção de serviço público naquele País é bastante diferente da corrente em nosso país. As agências foram criadas em virtude da necessidade de regulação de atividades de especial interesse da coletividade, os chamados *business affected with a public interest* (negócio afetado pelo interesse público). Como o direito americano é casuístico, as agências surgiram segundo as contingências econômicas e sociais.<sup>206</sup>

Um dos maiores motivos para a profusão das agências reguladoras nos Estados Unidos foi limitar o crescimento desmensurado dos poderes do Presidente. Elas são entendidas nesse país como instituições públicas a que o congresso delega especialmente o controle econômico para a promoção do interesse social.<sup>207</sup>

---

competência normativa das agências reguladoras, p. 131-166, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 133.

205 Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, p. 1012-1031, In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1025-1031.

206 Cf. MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecimento de parâmetros de discussão. p. 99-137, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 119.

207 CUSTOS, Dominique. La noción estadounidense de regulación, p. 190-218, in: MARCOU, Gerard; MODERNE, Frank (Directores). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. T. I. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 197.

A história das agências reguladoras nos Estados Unidos passou por quatro fases principais. O nascimento desse modelo de regulação se deu em 1887, em resposta às disputas existentes entre as empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais no que concerne às tarifas. Lá era aplicado o mais alto preço que a clientela pudesse suportar, *as traffic would bear*. O movimento dos empresários, conhecido como *National orange*, em reação a essa prática, conseguiu organizar grupo de pressão junto ao Congresso para que fossem reguladas por lei as tarifas ferroviárias. Foi criado então o ICC – *Interstate Commerce Commission*, em 1887, e, logo depois, a FTC – *Federal Trade Commission*, em 1914, destinadas a combater práticas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas.<sup>208</sup>

Numa segunda fase, de 1930 a 1945, após a crise norte-americana, foram criadas inúmeras agências, como parte da política do *New Deal*, liderada pelo Presidente Roosevelt. Por meio dela, foram suprimidos princípios básicos do liberalismo e dada ampla autonomia às Agências.<sup>209 210</sup>

---

208 Deve-se destacar que os Estados americanos já praticavam a regulação das atividades econômicas por meio das *Public Utilities Commissions* e pelas *Public Service Commissions*. CUSTOS, Dominique. La noción estadounidense de regulación, p. 190-218, in: MARCOU, Gerard; MODERNE, Frank (Directores). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. T. I. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 193.

209 Após o *New Deal* ocorreu um verdadeiro embate entre a Suprema Corte norte-americana e o executivo. Em três oportunidades, a Suprema Corte declarou expressamente a inconstitucionalidade de leis que outorgaram poder normativo abusivo e ilimitado a órgãos e agências da Administração Pública, o que se deu em julgamentos de grande repercussão, ocorridos nos anos de 1935-1936, portanto, pouco antes da 2ª Guerra, a saber os casos *Panama Refining Co. v. Ryan* (293 US388, 1935), *Schechter Poultry Corp. v. United States* (295 US 495, 1935) e no caso *Carter v. Carter Coal* (298 US 238, 1936). Os dois casos envolviam delegações congressuais ao Presidente da República previstas em diferentes disposições da chamada lei de recuperação industrial do ano de 1933 (*national industrial recovery act*). O entendimento da Suprema Corte foi o de que não se tratava de delegação normativa sujeita às indispensáveis limitações congressuais, mas de abdicação legislativa ampla e genérica por parte do congresso em favor do executivo, o que é vedado pelo sistema constitucional norte-americano. Nesse sentido, a Suprema corte entendeu que deveriam ser estabelecidos *standards* mínimos orientadores e limitadores para o exercício da função normativa delegada. Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade, p. 22-57, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 53.

210 A concepção de regulação econômica estatal era majoritariamente rejeitada pelos norte-americanos do século XIX, inclusive a intervenção direta do Governo na vida econômica. Essa situação não impediu que fosse se desenvolvendo pressão política para o controle da indústria e dos trusts. Essas medidas foram consagradas com o *New Deal*, após a crise de 1929, onde o intervencionismo estatal passa a ser uma ideia hegemônica. Na evolução histórica norte-americana, a regulação passa a ser o grande instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico em prol do bem-estar social. Essa guinada de compreensão tem fundamentação em uma série de fatores: a) o da correção das falhas de mercado e necessidade de tornar o mercado mais eficiente; b) o da redistribuição de riqueza; c) o da promoção de valores sociais e aspirações democráticas. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal: reflexão sobre as lições do direito norte-americano em comparação com o direito brasileiro, p. 1.068-1.081, CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João

No terceiro momento, entre 1945 e 1965, marcado pela edição da lei geral do procedimento administrativo (*Administrative Procedure Act-APA*),<sup>211</sup> foi conferida maior uniformidade no processo de tomada de decisão das agências, de forma a dar-lhes maior legitimidade.

Entre 1965 e 1985, houve o recrudescimento do sistema regulatório norte-americano, decorrente da identificação da captura das agências reguladoras por meio dos agentes econômicos regulados.

Em 1985, o modelo foi redefinido para dar primazia à regulação independente, dotada de controles externos adequados à garantia dessa independência.<sup>212</sup>

Como narrado, pode-se ver que a evolução da regulação estatal norte-americana sempre teve por norte o alcance da delegação legislativa. Nesse sentido, este é um dos grandes temas que envolve as agências reguladoras até hoje. Tanto é assim que a Suprema Corte norte-americana foi detalhando esse regime ao longo do tempo: a) em 1876 reconheceu a identificação das atividades afetadas por um interesse público, que habilita o poder público a utilizar a sua função de polícia para regular mencionada atividade, fixando a coexistência entre a propriedade privada e o Poder Público “*Business affected with a public interest*”: *Munn v. Illinois*, (94 US 113, 1876); b) em 1886, a corte admite a competência do Estado federal na *Commerce Clause*; *Wabash St. L&P.R.Y. CO. v. State of Illinois*, (118 US 557, 1886) c) em 1934, ela estende substancialmente o poder regulador. Ela preconizou que o

---

Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, 1.070-1.071.

211 Segundo Medauar, o *Administrative Procedure Act* carrou toda uma nova estrutura procedimental para o *Administrative Law*. Ele foi um compromisso pelo qual as delegações de discricionariedade foram toleradas, desde que controladas por procedimentos extensivos. Por meio dele foram abrangidos a maioria dos temas do *administrative law*, a disciplina da atuação das *agencies*, a criação de direitos aos indivíduos no tocante ao modo de tomada de decisões por esses órgãos e a previsão de preceitos sobre o *judicial review*. Para além disso, foram trazidas disposições no sentido de: a) dar transparência aos procedimentos, regulamentos e estrutura da agência; b) possibilitar a participação popular na elaboração dos regulamentos; c) determinar a atuação das agências dentro dos padrões da autorização legal; d) dar maior garantia para a revisão judicial e administrativa das medidas regulatórias. Cf. MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed., rev., atual. E amp., São Paulo: RT, 2003, p. 56.

212 Cf. MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecimento de parâmetros de discussão. p. 99-137, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 120-121.

poder de polícia depende de circunstâncias determinadas pelo Congresso para cada caso, e não necessariamente da pertinência de dita categoria de atividades. *Nebbia v. New York*, (292 US 502, 1934).<sup>213</sup>

Então, sumariando as peculiaridades do sistema norte-americano, tem-se que ele é informado: a) pela ênfase no *rule-making*, nas atividades normativas típicas da regulação econômica, que acarretam a necessidade de resolução de conflitos; b) pela autolimitação do judiciário, que somente admite verificar a legalidade de atuação dos administradores, recusando-se a analisar o mérito de sua atuação. Quando a questão se encontra envolta na *expertise* técnica da administração, os juízes se recusam a penetrar; c) a par desses amplos poderes, tornou-se necessária a introdução de procedimentos para o desenvolvimento das atividades administrativas em relação aos administrados. Nesse passo foi publicada a *Administrative Procedure Act*, em 11 de junho de 1946, que fincou as bases processuais do *Administrative Law*, por meio da noção do *Due process of law*.<sup>214</sup> Justamente por esses fatores, na perspectiva norte-americana, as regras impessoais e gerais que as agências produzem são qualificadas de *legislative*, em oposição às *interpretative*, que modificam o ordenamento jurídico. Os seus agentes tomam decisões que afetam as empresas reguladas, exercendo um trabalho de *adjudication*. Eles são tidos como *administrative judges*, pelas garantias que lhes são conferidas, bem parecidas com a das instituições judiciais.<sup>215</sup>

Portanto, lançadas as premissas regulatórias de cada sistema, extrai-se que a diferença de pautas do debate político jurídico norte-americano e do brasileiro decorre do fato de que todo o arcabouço jurídico-administrativo dos EUA se estruturou, desde seu início, em torno da atividade regulatória (intervencionismo indireto) baseada em agências, sendo esta a base do seu Direito Público. A tradição brasileira, mais próxima da família romano-

---

213 Cf. CUSTOS, Dominique. La noción estadounidense de regulación, p. 190-218, in: MARCOU, Gérard; MODERNE, Frank (Directores). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. T. I. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 192.

214 Cf. HORBACH, Carlos Bastide, O direito administrativo no sistema do Common Law, **Fórum administrativo** – Direito Público- FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, p. 20-30, jul. 2009, p. 26.

215 Cf. CUSTOS, Dominique. La noción estadounidense de regulación, p. 190-218, in: MARCOU, Gerard; MODERNE, Frank (Directores). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. T. I. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, 198.

germânica, partia de pressupostos bastante distintos. Certo é, porém, que o nosso Direito caminha na direção da introdução de instrumentos próprios do modelo norte-americano.<sup>216</sup>

Delimitados os contextos regulatórios norte-americano e brasileiro, compete, enfim, listar os reflexos daquele sistema no Direito Administrativo Brasileiro. Nesse ponto, importantes são as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Do sistema *common law*, o direito administrativo herdou o princípio da unidade de jurisdição, o mandado de segurança e o mandado de injunção, o princípio do devido processo legal, inclusive, mais recentemente, em sua feição substantiva, e que praticamente se confunde com o princípio da razoabilidade, hoje já aplicado no direito brasileiro. *Em fins do século XX, também herdou do sistema common law o fenômeno da agencificação e a própria ideia de regulação.*<sup>217</sup> (itálico final nosso).

Como visto, grandes são os pontos de contato dos dois sistemas, muitos deles decorrentes do uso por parte do sistema nacional de institutos mais experimentados no sistema norte-americano. A agencificação deles e a experiência por quase um século são fundamentais para subsidiar os estudos e a proposta de uma regulação eficiente e concretizadora do direito fundamental ao desenvolvimento econômico.

3.4 Eles já passaram por isso. Será que existe alguma solução que possa ser apropriada dentro de um *benchmarking* institucional - análise da jurisprudência comparada – Supremo Tribunal Federal *versus* Suprema Corte Norte-americana

O Estudo comparado da Jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal é fundamental para se extrair fórmulas de otimização dos sistemas de regulação estatal. No que concerne à Suprema Corte norte-americana, a relevância de suas decisões, dada a influência do sistema *common law*, implica na fixação de comandos quase-legislativos. No Brasil, por mais que se desenvolva a teoria da americanização do processo e do Direito Administrativo, a decisão judicial possui um grau de importância um pouco menor

---

216 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coords.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 76.

217 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 26.

na escala de fontes do Direito, a depender da forma de controle da qual decorreu e da modalização dos efeitos. Mesmo assim, o estudo comparado empreendido segue com o intuito de verificar experiências e formatos exitosos com vistas a otimizar a governança da regulação do pré-sal.

Ressalvada a análise jurisprudencial já empreendida no item anterior, passa-se ao estudo comparado dos principais precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte no que concerne aos limites para a produção de comandos normativos por parte das agências reguladoras. Reporto que a análise empreendida vai estar cingida ao aspecto descritivo dos principais institutos, que serão interpretados de maneira crítica e contextual no subitem 4.6 e nas conclusões dessa tese.

O Supremo Tribunal Federal tem poucos pronunciamentos dentro dessa temática, apresentando grau de experimentação decisional bem menor do que o executado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nesse intento, tem-se que com relação à autorregulação, o Supremo Tribunal Federal, ao deferir a medida cautelar na ADI 1.717-6/DF,<sup>218 219</sup> entendeu que os conselhos profissionais devem ter personalidade jurídica de direito público, excepcionada a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, diante do que restou decidido no bojo da ADI 3.026-4/DF.<sup>220</sup>

Noutro giro, o Supremo Tribunal Federal, na decisão da ADI nº. 1.668-DF,<sup>221</sup> em sede cautelar, considerou constitucional a outorga de competência normativa em prol da ANATEL, conforme estabelecida pelo art. 19, IV, e X, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.742, de 16/7/97), desde que com estrita observância dos preceitos legais e regulamentares aplicáveis.

---

218 BRASIL, STF - ADI 1717 MC, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 22/09/1999, DJ 25-02-2000 PP-00050 EMENT VOL-01980-01 PP-00063.

219 Optou-se por não colocar nas referências finais os dados de jurisprudência.

220 BRASIL, STF - ADI 3026, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478 RTJ VOL-00201-01 PP-00093.

221 BRASIL, STF - ADI 1668 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/1998, DJ 16-04-2004 PP-00052 EMENT VOL-02147-01 PP-00127.

O Supremo, na AI nº 636883, entendeu que a atividade fiscalizatória e reguladora do mercado de combustíveis encontra sustentáculo na defesa do consumidor, de maneira a limitar o princípio da livre iniciativa.<sup>222</sup>

Na ADI nº 1949 MC, entendeu, em sede cautelar, haver ingerência à independência da agência, quando se estabelece a submissão à Assembleia Legislativa, por lei estadual, da destituição, no curso do mandato, dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS.<sup>223</sup>

Dentro do sistema norte-americano, vê-se que a Suprema Corte,<sup>224</sup> no que concerne à temática da autorregulação, tem uma persistente hostilidade judicial à delegação pelo Estado de poderes normativos a grupos privados. Uma das poucas exceções foi, pelas suas peculiaridades, a admissão de normas expedidas por tribos indígenas limitativas do consumo de álcool em seus respectivos territórios. Todavia, em outra oportunidade, a Suprema Corte, seguindo a linha principal do seu entendimento, declarou a inconstitucionalidade de legislação que dava força de lei a códigos de regulação elaborados por associações de indústrias, o que seria “contrário às prerrogativas e deveres do Congresso.”<sup>225</sup>

Já no que concerne à questão da delegação legislativa, vê-se que a temática principal gira em torno do princípio constitucional da separação dos poderes, no que se refere aos poderes quase-legislativos e quase-judiciais das agências reguladoras, e da ausência de

---

222 BRASIL, STF - AI 636883 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-040 DIVULG 28-02-2011 PUBLIC 01-03-2011 EMENT VOL-02473-01 PP-00219.

223 BRASIL, STF - ADI 1949 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/11/1999, DJ 25-11-2005 PP-00005 EMENT VOL-02215-1 PP-00058.

224 Reporta-se a dificuldade de análise dos precedentes jurisprudenciais norte-americanos. Ao contrário do Brasil, o sítio da Suprema Corte dos Estados Unidos - *Supreme Court of the United States*, [www.supremecourt.gov](http://www.supremecourt.gov), não possui buscas indexadas e nem estruturadas como as que se pode ver no sítio do STF, [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Boa parte do inventário é executado pela *American Bar Association*, a ordem dos advogados norte-americana, que lista os precedentes por datas, na forma exposta no sítio [http://www.americanbar.org/publications/preview\\_home/alphabetical.html](http://www.americanbar.org/publications/preview_home/alphabetical.html). Para além, existem outros sistemas de consulta privados. Desta forma, foi utilizada ampla pesquisa bibliográfica nos autores nacionais que efetuam uma análise de Direito Comparado na temática regulatória norte-americana e brasileira. As pesquisas analisaram os textos bibliográficos existentes até o mês de julho de 2013.

225 Cf. TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3 ed., v. 1, New York, Foundation Press, 2000, p. 991-993.

representatividade e responsabilidade democrática, isto para o caso das questões que se encontravam cingidas à transferência do poder normativo. Três teorias traçam os contornos da delegação nessa área: a) a teoria da transmissão democrática (*transmission belt model*), por meio da qual o legislador, legitimado constitucionalmente, faz a transferência do poder; b) a teoria dos burocratas técnicos (*expertise model*), pela qual determinadas matérias deveriam ser repassadas pela impossibilidade de o Congresso poder regulá-las; c) a teoria do procedimento (*procedural model*), por meio da qual as agências se legitimam por garantir aos interessados a participação no processo de tomada de decisões; e d) com relação ao poder de dirimir conflitos, foi consagrado que as agências podem usufruir dessa competência, desde que resguardem a igualdade entre as partes e admitam o posterior controle jurisdicional (*apellate review theory*).

Ainda dentro da análise dos parâmetros construídos pela Suprema Corte, deve-se reconhecer com Marçal Justen Filho:

que a jurisprudência norte-americana reputa plenamente constitucional a delegação de competência legislativa pelo Congresso a agências (e outras autoridades do Executivo), desde que respeitados certos limites. O judiciário não pode interferir sobre o conteúdo das decisões do congresso, a não ser quando presentes evidências de excesso ou abuso. Não se aceita a transferência do poder legiferante, sem limitações, o que conduziria transformar uma agência numa entidade dotada de competências equivalentes àquelas atribuídas para o Congresso. Entende que existem limites a serem respeitados pelas agências quanto a uma pretensa vontade legislativa de outorga de delegação.<sup>226</sup>

E mais adiante ele apresenta uma síntese dos fundamentos fixados pela doutrina norte-americana no sentido de estabelecer o controle acerca da delegação. Entretanto, destaca que alguns desses fundamentos perderam seu prestígio diante das decisões mais recentes. A sistematização desses fundamentos é apresentada da seguinte forma:

a) doutrina da “condição”: não há violação do princípio da não delegação quando o Congresso subordina a atuação do delegado a uma certa contingência especificada previamente. Esse entendimento foi aplicado em *Field v. Clark* (1892); b) doutrina do “preenchimento dos detalhes”: é válida a delegação quando o Congresso determina as condições estruturais da

---

226 JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. 1ª reimpressão, São Paulo: Dialética, 2008, p. 93-94.

legislação, incumbindo ao delegado apenas preencher os detalhes concretos. Nesse sentido, *United States v. Grimaud* (1911); c) doutrina do “ultra vires”: é válida a delegação quando se evidencia que a atuação do delegado ficou dentro dos limites determinados pelo Congresso, incumbindo ao ato que autorizar a delegação a fixação precisa dos pontos além dos quais o delegado não pode ir. É o enfoque de *Yakus v. United States* (1944); d) a doutrina do “princípio inteligível”: não há vício na delegação quando a lei delegante estabelecer um “princípio inteligível” para permitir a revisão acerca do respeito pelo delegado quanto ao conteúdo e os limites determinados pelo Congresso. É a orientação adotada em *Mistretta v. United States* (1989); Prevalece a compreensão de que nenhuma delegação pode fazer-se sem a imposição de limites, restrições e princípios para constringer a atuação do delegado. É inválida a delegação ilimitada e indeterminada.<sup>227 228</sup>

Ainda dentro dos ensinamentos de Justen, verifica-se que ele sustenta haver uma íntima interação entre o desenvolvimento da jurisprudência norte-americana e a modelagem parlamentar com relação às agências. Cada julgado da Corte Suprema influenciou as soluções posteriores acerca da estruturação e funcionamento das agências. Essa possibilidade de revisão judicial da atuação das agências importou na previsão em diversas leis da possibilidade da impugnação das decisões das agências. Em decorrência dessa influência, foi instaurada uma forte processualização das decisões das agências, de forma a permitir o controle judicial da ordem de formalidades.<sup>229</sup>

Nas trilhas de Justen, vê-se o inventário ao longo do tempo da relação entre o judiciário norte-americano e as agências, pontuando que nos períodos anteriores ao *New Deal*, havia uma posição mais rigorosa acerca da extensão da fiscalização das agências. Após 1930 e até o início da década de 60, a jurisprudência foi bastante condescendente com a atuação das agências. Ao longo dos anos 60 e 70, algumas cortes pugnaram pela necessidade de controle

---

227 Em sentido análogo, extrai-se dos ensinamentos de Hübner que, hodiernamente, a jurisprudência tem sido vocacionada pela aferição, dentro do conteúdo da lei editada pelo congresso, da existência de padrões mínimos que delimitem o âmbito de atuação das agências. Os entes do Poder Executivo devem, então, cumprir os fins e objetivos que o legislador estipulou no ato de criação (*contingencial delegatio*). Para tanto, o legislador deve conferir um mínimo de parâmetros de atuação, que sejam claros e concretos (*intelligible principle*), o que se convencionou chamar de “parâmetros significativos” (*meaningful standards*). Tais parâmetros, mais específicos ou mais genéricos, são fundamentais para definir a liberdade de ação de uma agência. Cf. MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecimento de parâmetros de discussão. p. 99-137, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 120-122.

228 JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. 1ª reimpressão, São Paulo: Dialética, 2008, p. 94.

229 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. 1ª reimpressão, São Paulo: Dialética, 2008, p. 107.

judicial das agências, inclusive quanto ao mérito de suas decisões. Após 1970, a Corte Suprema passou a adotar soluções cada vez mais rígidas, reconhecendo a impossibilidade de revisão judicial das atividades regulatórias das agências. Essa situação não foi alterada nem mesmo em face das iniciativas produzidas pelo Governo Reagan de restringir a autonomia das agências.<sup>230</sup>

Por fim, faz-se uso das lições de Marcos Antônio Rios da Nóbrega no que concerne ao panorama da deslegalização de matérias numa perspectiva comparada entre os Estados Unidos e o Brasil: a) a delegação no Brasil só é aceitável se for feita pela Constituição. No caso dos Estados Unidos, a Constituição norte-americana não possui distribuição de competências tão pormenorizada como a brasileira, o que lhe confere maior flexibilidade; b) o direito norte-americano é informado pelo *stare decisis*, possuindo sua jurisprudência o caráter de quase legislativa. O direito brasileiro, informado pelo *statute law* dá primazia aos comandos vazados em instrumentos legais; c) o direito norte-americano não é informado pela hiperconstitucionalização pátria, sendo resolvidas as questões empiricamente diante das demandas apresentadas; d) a elaboração das normas das agências norte-americanas está sujeita a um procedimento de participação popular, previsto no *Administrative Procedure Act*. No direito brasileiro, a despeito de previsões similares na Lei do Processo Administrativo Federal, não existe cogência deste instrumento para impor a participação popular nas elaborações normativas das agências; e) as leis norte-americanas são ricas em *standards*, conceitos jurídicos indeterminados, diretrizes, a serem preenchidos, no vazio, pelas normas baixadas pelas agências. O direito brasileiro é rico em conceitos determinados; f) o direito norte-americano idealizou a regulação pelas agências no momento em que se iniciava o período do Estado intervencionista, estando, desde a década de 80, em plena fase de desregulamentação; g) no direito brasileiro começou-se a falar em regulação quando diminuiu o papel intervencionista do Estado; h) no direito norte-americano existe o conceito de serviço de utilidade pública, sujeito ao poder de polícia do Estado, inclusive no que diz respeito ao valor das tarifas. As empresas que prestam tais atividades são empresas privadas que atuam no domínio econômico.<sup>231</sup>

---

230 JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. 1ª reimpressão, São Paulo: Dialética, 2008, p. 107-108.

231 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da Nóbrega. **Roteiro de Aula sobre regulação econômica**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2012.

Assim, vislumbra-se um distanciamento entre os dois sistemas, de modo a se inviabilizar a aplicação integral da independência regulatória norte-americana ao Brasil.

Sendo profundamente diverso o direito norte-americano, não há como aceitar que os mesmos fundamentos utilizados para justificar a função reguladora de suas agências sejam aplicados, com a mesma extensão, às agências brasileiras. A função normativa delas é consideravelmente menos ampla do que a das agências norte-americanas.

A competência normativa das agências reguladoras brasileiras deve se dar em nível hierárquico inferior às normas estatais, inclusive aos regulamentos baixados pelo Chefe do Poder Executivo. Elas, então, não devem baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica.<sup>232</sup>

Feita a análise dos fundamentos da regulação no ambiente norte-americano e no brasileiro, em termos jurisprudenciais, tem-se que extrair as melhores fórmulas do sistema estrangeiro com vistas a otimizar ou a criar uma sistematização da regulação do pré-sal. Da experiência norte-americana se destacam como passíveis de assimilação: a) a teoria do procedimento (*procedural model*), por meio da qual as agências se legitimam por garantir aos interessados a participação no processo de tomada de decisões. Essa medida é muito importante, quer em termos de legitimação, quer em termos de clarificação do entorno regulado. No caso dos contratos de partilha do pré-sal, é utilizada de maneira um pouco diferenciada por parte do CO, cujos atos são analisados pela ANP. Nele, muito embora os parceiros privados sejam minoria e a operação seja de competência da Petrobras, a procedimentalização das decisões se torna medida importante de aferição dos acertos e dos erros e possibilita que todos os agentes participem dialogicamente da tessitura da regulação econômica daquele empreendimento; b) a doutrina da “condição”, pela qual não há violação ao princípio da não delegação quando o Legislativo subordina a atuação do delegado a uma certa contingência especificada previamente. No Brasil, em termos de regulação do Pré-Sal, vê-se que a forte estrutura policêntrica do pré-sal, bem como a existência de diversos partícipes na sua concepção, acaba por vincular a atividade, mormente quando se estatuem as

---

232 Cf. NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da Nóbrega. **Roteiro de Aula sobre regulação econômica**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2012.

melhores práticas do mercado como elemento de aferibilidade da adequação da Petrobras aos termos da partilha de produção. Esse elemento serve, inclusive, como fórmula de adequação da atividade fiscalizatória e regulatória da ANP. Para além, a ANP estará sujeita à orientação efetuada pelo CNPE e pelo MME, conforme os artigos 9º e 10 da Lei nº 12.351/2010; c) doutrina do “preenchimento dos detalhes”: é válida a delegação quando o Legislativo determina as condições estruturais da legislação, incumbindo ao delegado apenas preencher os detalhes concretos. Em larga medida isto foi feito na regulação do pré-sal, quando se desloca a competência da agência e se carrega para o CO tal tarefa que é gerenciada por uma estatal, a PPSA, conforme art. 24, da Lei nº 12.351/2010; d) a doutrina do “princípio inteligível”, por meio da qual não há vício na delegação quando a lei delegante estabelecer um “princípio inteligível”. Para tanto, o legislador deve conferir parâmetros mínimos de atuação, que sejam claros e concretos (*intelligible principle*). Entende-se que a regulação do pré-sal singrou bem esse caminho ao fomentar a contribuição policêntrica de diversos atores na construção dos padrões mercadológicos da operação, os quais têm como elemento referencial as melhores práticas do mercado de petróleo.

Destarte, a análise comparada foi utilizada como meio para se construir um cenário de governança à regulação do pré-sal, do qual se tratará detidamente no último capítulo desta tese.

## 4 A REGULAÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO NACIONAL<sup>233</sup>

### 4.1 Preliminar teórica – a diferenciação entre intervenção direta e intervenção indireta do Estado

Feita uma análise comparada do direito norte-americano com o brasileiro e apresentados possíveis contributos daquele à conformação de uma governança adequada à regulação do pré-sal, direciona-se a abordagem para o estudo da regulação no âmbito nacional, com vistas a subsidiar as vindouras ponderações sobre padrões de governança aos contratos de partilha de produção do pré-sal.

Eros Grau, empós destacar que a intervenção estatal difere da atuação estatal, pois esta incide sobre todas as atividades econômicas, públicas ou privadas, e aquela exclui os serviços públicos e a sua regulação, classifica as formas de intervenção estatal da seguinte forma: a) intervenção por absorção ou participação; b) intervenção por direção; e c) intervenção por indução.

No primeiro caso, o Estado intervirá no domínio econômico, como agente econômico, seja atuando no regime de monopólio – caso de absorção – ou no regime de competição – caso de participação. Nos outros dois, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, regulando as atividades desenvolvidas no mercado. No caso da intervenção por direção,<sup>234</sup> o Estado imporá normas de comportamento obrigatórias, enquanto na intervenção por indução o Estado estimulará o mercado a agir conforme seus interesses.<sup>235</sup>

---

233 O texto dos itens 4.1 a 4.4 deste capítulo foi elaborado com subsídios do artigo a seguir especificado: GOMES, Filipe Lôbo. **Análise jurídico econômica da regulação estatal brasileira**. Artigo apresentado à disciplina Aspectos Econômicos da Regulação do curso de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 2012.

234 Em relação a essa forma de intervenção, o que se constata é que com a redução do papel do Estado como agente da atividade econômica ela se torna mais relevante para assegurar os princípios básicos, os direitos dos destinatários da atuação dos produtores dos bens e serviços e também dos direitos coletivos e difusos. CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica. **Revista trimestral de Direito Público**, nº 20, 1997, p. 73.

235 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 15ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 90-91; 143-142.

A seu turno Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti indica três formas básicas de intervenção estatal na ordem econômica: a) como agente da atividade econômica – a exploração direta da atividade econômica compete ao setor privado, sendo permitido o seu desenvolvimento pelo Estado quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173, da Constituição Federal de 1988); b) como ente regulador das atividades – possuindo papel importante na proteção dos princípios que pautam a ordem econômica. A regulamentação não tende a sofrer redução, mesmo com a nova postura (neoliberal) do Estado, ganhando realce a sua missão de fiscalizar as atividades econômicas exercidas pelo setor privado. c) como agente indutor – nesse campo, pode valer-se da política fiscal, com a concessão de incentivos setoriais ou regionais, utilizando maior ou menor incidência da carga tributária como mecanismo redutor de custos e estimulador de atividades econômicas.<sup>236</sup>

Diante das exposições trazidas acima, tem-se que, quer se opte por diferenciar os termos intervenção e atuação, quer se opte por verificar que o termo intervenção engloba a realidade econômica pública e privada, a questão principal é a de se saber se a intervenção se dará de forma direta ou indireta, no que as duas classificações trazidas apresentam uma certa similitude.

Dessa forma, entende-se que o texto constitucional quis deixar claro esse direcionamento, diante do que reza seu 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.

Nesse pensar, a orientação dessa explanação será dirigida pelo caráter direto ou indireto da intervenção do Estado na atividade econômica, entendida esta em seu sentido amplo, regedor da esfera pública ou privada.

---

236 Cf. CAVALCANTI, Francisco Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica. **Revista trimestral de Direito Público**, nº 20, 1997, p. 70-74.

Entretanto, deve-se alertar para o fortalecimento do intervencionismo indireto estatal, principalmente com o fortalecimento do que se convencionou chamar de Estado Regulador.

Com efeito, o intervencionismo indireto não trata mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si (intervencionismo direto), mas de sua concreta atuação de fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. Enfim, cuida-se da atuação estatal fortemente influente (por indução ou coerção) da ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia.<sup>237</sup>

Noutro enfoque, voltando-se a análise para o estudo da intervenção, importa detalhar o porquê de o Estado intervir no domínio econômico. Para além da determinação constitucional brasileira, que dedica um título seu à ordem econômica e financeira, tem-se que a intervenção estatal no domínio econômico se justifica diante de circunstâncias conhecidas como *falhas de mercado*, impeditivas do equilíbrio das forças competitivas, e que não consigam ser sanadas por meio dos agentes econômicos, ou seja, por sua autorregulação.<sup>238</sup>

Contudo, dentro da conformação constitucional brasileira, deve-se ter em vista que a intervenção do Estado na economia tem por norte a promoção do bem-estar, ao lado e a serviço da liberdade, e dos direitos fundamentais. Porém, para que se implemente o cunho prestacional estatal, é necessário se ter em mente que a intervenção estatal deve ser sensata,<sup>239</sup> no sentido de garantir a liberdade do mercado para que se capte a renda que promova o atendimento das demandas sociais.

---

237 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, p. 72-98, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, 72 e ss..

238 TAVARES, André Ramos Tavares. A intervenção do Estado no Domínio Econômico, p. 225-256, in: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 227.

239 A intervenção sensata de Egon Bockman Moreira deve ser “proporcional e razoável ao mercado e aos interesses públicos e privados em jogo. Num sistema capitalista que celebra constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência (Constituição art. 170), a intervenção do Estado na Economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual – com finalidade pública específica. In MOREIRA, Egon Bockman. “O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata”, in CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 81.

A inteligência desses elementos é fundamental para a compreensão da tese que ora se empreende. Ora, na exploração do pré-sal, o Estado atua como Regulador, por meio da Agência Nacional do Petróleo; como interventor direto por participação, por meio da Petrobras, quando partilha com o setor privado a produção, muito embora as atividades delegadas tenham forte cunho monopolístico; e como interventor indireto, por meio das atividades desempenhadas pela PPSA, que fiscaliza e orienta as atividades do CO, quase numa concepção de atuação direta por absorção (dado o elevado grau de controle), mas muito mais numa participação direta por participação. Todo esse complexo cenário se justifica, como se verá adiante, pelo caráter diferenciado da partilha de produção do pré-sal, onde se reafirma o patrimônio do Estado e se divide o produto do negócio com o empreendedor privado, tudo movido pela concepção estratégica e fundamental ao desenvolvimento do País que cerca esse importante ativo público.

Como se depreende, esse modelo de produção, que será visto nas próximas linhas, apresenta uma conformação transversal entre o público e o privado que torna difícil delimitar, ao menos dentro dos padrões conceituais atuais, a sua conformação doutrinária.

Isso, em nosso entender, é devido à reforma ampla das concepções administrativas elencada atrás que impõe a revisão dos postulados clássicos. Tem-se, então, um modelo misto, público e privado, direto e indireto, como forma de garantir maior eficiência no empreendimento.

Assim sendo, entende-se que no caso de classificação, a exploração do pré-sal poderia ser uma forma de intervenção mista e policêntrica com vistas a otimizar os resultados e aumentar o controle do Estado no aporte de recursos.

## 4.2 A conformação do termo regulação

A ideia de regulação vem vazada no texto constitucional no art. 174:

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.

Diante do dispositivo, ao se ver a distinção entre “normativo” e “regulador”, deve-se ponderar que à regulação é essencial o caráter normativo, mas não um normativo que se assemelhe a “legislativo” ou a “regulamentar”. Seria um meio termo entre o aspecto legislativo e o regulamentar, ou seja, um quase-regulamentar e um quase-legislativo.

Antes de se lançar a análise sobre o conceito de regulação, compete indagar o motivo, o fundamento que ampara o Estado a regular a economia. Ricardo Rivero Ortega responde essa questão da seguinte forma:

es una cuestión sobradamente tratada por la teoría económica, siendo bien conocidas las respuestas sobre fallos del mercado: competencia insuficiente, externalidades negativas o carencias de información. Estos problemas, concretados en abusos sobre los consumidores, riesgos para el entorno natural (deterioro del ambiente) y prácticas de aprovechamiento de la ventaja informativa, obligan al Estado y a la Administración a poner límites, pues de otra manera los fraudes y los excesos serían constantes. Aun reconociendo también la existencia de fallos del Estado,<sup>240241242243</sup> hoy se acepta que la

240 Na década 70, iniciou-se uma inflexão crítica em relação à regulação econômica realizada pelo Estado. Os teóricos começaram a identificar as falhas de governo. Em 1971, George J. Stigler, da Universidade de Chicago, publicou um artigo com a tese central de que a “regulação é adquirida pela indústria e é desenhada e operada primariamente para o seu benefício.” Nesse artigo, é deixada de lado a visão do Estado como um ente benevolente. O Estado é retratado como uma fonte potencial de ameaça aos recursos e a toda atividade econômica na sociedade. STIGLER, George J. The theory of economic regulation, in: **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3, Spring, 1971. Nesse período, foi estendida a intuição básica da teoria da captura, por meio da qual o setor regulado influenciaria o ente regulador.

241 As agências seguem também passíveis dos riscos da captura. Que podem ser decorrentes do risco de concussão, ou seja, da corrupção dos seus agentes; da captura por contaminação de interesses, quando a agência entroniza os valores e interesses do regulado, como se fossem os interesses gerais da coletividade; pela captura da insuficiência de meios, ou seja, quando o órgão regulador tem esvaziados os seus recursos materiais, logísticos, financeiros e humanos, implicando na falta de interlocução por falta de expertise e falta de autoridade, pela captura por parte do poder político, ou seja, pelos interesses conjunturais do bloco de poder, das vicissitudes eleitorais. Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, p. 72-98, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coords.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89.

242 Nas lições do professor Ricardo Rivero Ortega: La teoría de la rent-seeking (búsqueda de rentas) pone de manifiesto los fallos del Estado y del sector público, contrapunto de los fallos del mercado. Muchas veces se

intervención pública en la Economía es imprescindible, como explica el informe del Banco Mundial de junio de 1997 sobre el papel del Estado en un mundo en cambio, y no sólo como aparato de coacción y represión, sino también por su efecto catalizador.<sup>244</sup>

Vê-se, da exposição, que a regulação estatal tem origem na resposta do Estado às falhas de mercado, decorrentes, em grande medida, de competências insuficientes, insuficiência de bens públicos, externalidades negativas<sup>245</sup> e carências de informação, ou seja, assimetrias informacionais.<sup>246</sup> Além disso, ela surge como instrumento de retificação das próprias falhas do Estado, dentre as quais se destaca o risco da captura.

---

politizan las decisiones económicas públicas (public choice) dando lugar al despilfarro y a las regulaciones ineficientes. [...] La competencia por la búsqueda de rentas implica a sujetos públicos y privados, en actividades legales e ilegales (corrupción), dando lugar a “mercadeos legislativos”, captura de los reguladores por los grupos de presión, y a la creciente importancia del papel de la Administración y de los burócratas como intermediadores de este proceso. ORTEGA, Ricardo Rivero. Nociones generales sobre derecho administrativo económico, p. 15-34. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31.

243 Fazendo um inventário das concepções e dos fundamentos da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*), temos com Humberto Campos que: O modelo de política e democracia da escolha pública é bastante simples. Presume-se que a política seja um sistema que consiste em quatro grupos de tomadores de decisões – eleitores, políticos, burocratas e grupos de interesses. Presume-se que indivíduos sejam maximizadores racionais de utilidade que buscam benefícios do sistema político: os políticos buscam votos; os burocratas buscam segurança no trabalho e orçamentos; grupos de interesses e eleitores buscam mais riqueza e renda.

A Teoria da *Public Choice* procura fornecer modelos positivos realistas da política e tenta achar métodos de fazer escolhas coletivas que tenham características normativas desejáveis. Ela avalia, então, os problemas da relação entre representantes e representados e preocupações com comportamento estratégico, centrais para governos representativos democráticos e para o funcionamento das burocracias. A análise normativa especifica condições desejáveis para procedimentos de escolha coletiva e procura processos decisórios que satisfaçam essas condições.[...]

A tese, portanto, é que a ação regulatória é resultado da interação de interesses privados, orientados exclusivamente pela busca de benefícios. As indústrias reguladas querem se proteger da concorrência e outros atores buscam benefícios, criando uma demanda regulatória. Os reguladores, em contrapartida, criam uma oferta de regulação em troca de apoio político. Tratar-se-ia, então, de um verdadeiro comércio regulatório, totalmente estranho a qualquer ideia de interesse público. CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-370, jul./dez. 2008, p. 357 e 363.

244 ORTEGA, Ricardo Rivero. Nociones generales sobre derecho administrativo económico, p. 15-34. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 22.

245 Cf. ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de. Microeconomia, p. 34-114, *In*: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 67;70. Para melhor compreensão desse conceito, vide o quanto explanado no item 4.5.1.

246 A assimetria de informação decorre dos custos necessários à sua obtenção, o que pode resultar no risco moral e na seleção adversa. O risco moral decorre da impossibilidade de se observar as ações das partes na formulação de um contrato, de maneira que elas não podem ser nele incorporados. É uma ação oculta. A seleção adversa ocorre quando um lado do mercado não pode observar a qualidade ou tipo dos bens no outro lado do mercado. O tipo é oculto. O exemplo disso é o mercado de seguros de saúde. A insuficiência de bens públicos também é uma falha de mercado e decorre da não-rivalidade insita ao seu consumo, ou seja, todos dele podem se beneficiar. Além disso, eles são não exclusivos e universalizáveis. A assimetria de informação – que é uma falha de mercado – surge do fato que o regulador não tem todas as informações a respeito dos custos do regulado ou

Destarte, deve-se entender a regulação como um processo dinâmico de equilíbrio, ou da melhor solução aos agentes envolvidos. Como relatado, as falhas de governo influenciam na tessitura do marco regulatório, estando cada um dos agentes interessado em maximizar suas vantagens. Posto isso, a compreensão do contexto reinante é fundamental para a fixação dos padrões que melhor se amoldem às necessidades de todos os grupos envolvidos e que se coadunem com o sistema jurídico nacional.

Perpassados os fundamentos da regulação, compete direcionar o foco a sua delimitação conceitual. O Estado passou por duas ondas regulatórias. A primeira, de regulação exclusivamente econômica,<sup>247</sup> marcada por uma intervenção estatal destinada a suprir as deficiências e insuficiências do mercado. A segunda, informada pela regulação social, que parte da constatação de que o funcionamento perfeito do mercado pode não conduzir à realização de determinados fins de interesse comum. Dessa forma, seria possível a intervenção do Estado para assegurar a distribuição de rendas e assegurar o consumo obrigatório de certos serviços, bem como para a realização de fins de natureza sociopolítica, diante da redução da intervenção estatal direta.<sup>248</sup>

A onda econômica da regulação, que merecerá um estudo mais detido nessa tese, é analisada por duas ópticas. A da análise normativa como uma teoria positiva, que se baseia no que *deve ser* a regulação econômica, a partir de um ponto de vista de eficiência econômica, e a da análise positiva, elaborada pela economia política, que destaca a distância entre os objetivos da regulação e a dinâmica própria dos entes regulatórios, condicionada às motivações de diversos grupos de interesse.

---

nível de esforço empreendido por ele. Dessa forma, a regulação eficiente, que deveria buscar a eficiência regulatória máxima - *first best* -, maximizando o equilíbrio entre consumidores e produtores, somente conseguiria atingir a solução *second best*, tendo em vista as restrições decorrentes da assimetria de informação entre regulador e regulado. In: CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-370, jul./dez. 2008, p. 348 e ss.

247 Nos termos de Posner, “regulação econômica é a expressão que se refere a todos os tipos de impostos, subsídios, bem como os controles legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado e outras facetas da atividade econômica” POSNER, Richard A. **Theories of economic regulation**. [S.l.]: NBER, 1974. (Working paper, n. 41), p. 1.

248 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 31-38.

Sumariando os conceitos das duas análises da regulação econômica, têm-se as lições de Humberto Alves de Campos:

A análise normativa enfatiza que o mercado apresenta falhas que devem ser corrigidas pelo governo por meio de atividades regulatórias. As principais falhas são imperfeições na concorrência – em geral monopólios ou oligopólios –, externalidades, assimetrias de informação e insuficiente provisão de bens públicos.

A análise positiva – denominada Teoria Econômica da Regulação– incorpora elementos da ciência política para avaliar as limitações da aplicabilidade das soluções normativas. Nesse sentido, a teoria analisa as falhas de governo que dificultam a implementação de políticas que *deveriam ser* estabelecidas – sob o ângulo normativo – para solucionar falhas de mercado.<sup>249</sup>

Assim, diante da exposição, pode-se antever que a análise normativa leva em conta uma postura estática da regulação e que a análise positiva leva em conta uma postura dinâmica. Para os fins dessa tese, far-se-á uso das duas análises, a primeira para verificar a conformação da regulação e a segunda para propor soluções de redimensionamento institucional.

Lançadas as premissas teóricas, direciona-se o estudo para o conceito de regulação no âmbito do direito pátrio. Nesse passo, Alexandre Santos de Aragão conceitua o termo regulação da seguinte forma:

A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.<sup>250 251</sup>

---

249 CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-370, jul./dez. 2008, p. 365.

250 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 37.

251 Há três poderes inerentes à regulação: o de editar a regra, o de assegurar sua aplicação e o de reprimir as infrações. In: GENTOT, Michel. **Les Autorites administratives independants**. 2e ed., Paris: Montcherestien, 1994, p. 41.

Para Diogo Figueiredo Moreira Neto:

*A regulação, até mesmo por suas características enunciadas, é uma função administrativa, que não decorre, assim, do exercício de uma prerrogativa do poder público, mas, muito pelo contrário, decorre da abertura para a lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais, potenciais ou efetivos.*<sup>252</sup>  
(itálico do original)

Como se depreende dos conceitos lançados, verifica-se que a regulação estatal utiliza de uma pluralidade de fontes para controlar e influenciar os agentes econômicos dentro de uma concepção de atendimento aos desígnios da Constituição Econômica.

Todavia, para compreender a regulação nacional, compete delimitar o seu contexto de implantação. Como consignado no capítulo anterior, diferente do que ocorreu nos Estados Unidos, onde a regulação foi implementada para coibir abusos (as falhas de mercado) a regulação brasileira teve o objetivo de diminuir a atividade estatal direta (decorrente da prestação de serviços de utilidade pública e da produção de bens pelas empresas estatais).

A regulação, no Brasil, para além da finalidade de diminuição do Estado sobre a atividade econômica, teria o objetivo de: que o Estado desempenhasse suas atividades de forma eficiente; fosse efetuado o aumento do acesso à iniciativa privada interessada em prestar serviços públicos por meio dos procedimentos específicos; fosse assegurado o direito de todos os cidadãos aos serviços essenciais, quer seja no espectro das redes de fornecimento do serviço regulado, quer seja pela universalização dos serviços, por meio de tarifas razoáveis aos cidadãos de baixa renda.<sup>253</sup>

É essa a orientação que deve permear a nova compreensão do Estado Regulador, um Estado que, para além da garantia dos direitos do indivíduo, promova o adimplemento de interesses de maior dimensão.<sup>254</sup>

---

252 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132-133.

253 Cf. FABRI, Andréa Queiroz. A contradição entre a concessão administrativa em monopólio e o direito de acesso aos mercados: desafios para a regulação e para os direitos dos usuários dos serviços públicos, p. 41-57, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008, p. 50-51.

254 Vital Moreira distingue três instrumentos de regulação: a *estatal*, orientada pelo interesse público e pela regulação autoritária; a do *mercado* (nos moldes da mão invisível de Adam-Smith), orientada pelo interesse

Para compreensão dessa nova formatação institucional, importa carrear as lições de Gaspar Ariño Oriz. Ao falar sobre a privatização (nós entendemos que o termo correto seria desestatização) e seus significados, ele destaca:

A) *Significado político*

[...]

Responden a un nuevo enfoque filosófico político de cómo debe ordenarse la vida social y, por lo tanto, son un instrumento más dentro de una tarea revisora de los fines del Estado, para la consecución de una sociedad más libre y más eficaz.

[...] constituyen como un mecanismo técnico para conseguir dinero y obtener mayor eficiencia en la producción y prestación de bienes y servicios, que tienden a la consecución de una mejora en la estructura industrial de un país, guiadas por una finalidad puramente pragmática, sin llevar a cabo mayores planteamientos significativos de alternancia o de orientación política.

[...]

B) *Perspectiva jurídica*

[...]

a) Puede significar el traspaso o venta de *propiedades y empresas* del Estado a los particulares.

b) En segundo lugar, puede implicar la devolución de *tareas o servicios*, hasta entonces gestionadas por el Estado y encomendadas ahora a particulares, vaya acompañada o no de la venta paralela de la propiedad.

c) Finalmente, con esta expresión a veces se alude a la utilización, por el Estado, de formas privadas en el modelo de gestión. Es el fenómeno conocido como «huida del derecho público» y asunción por el Estado de técnicas organizativas y funcionales, propias del mundo jurídico-privado.

[...]

C) *Justificación económica*

[...]

En definitiva, la verdadera razón, la de mayor peso, es que la privatización puede mejorar la eficiencia de las empresas, reducir la carga que éstas suponen, antes o después, para el Estado y contribuir a un mayor dinamismo de la economía nacional. Esto es algo empíricamente demostrado cuando se trata de empresas que actúan en sectores competitivos.<sup>255</sup>

Como preconizado pelo autor, a desestatização tem como marcos a obtenção de recursos públicos, a transferência ou devolução de atividades, bem como a transferência de

---

peçoal e pela concorrência; e a autorregulação (quando as organizações privadas assumem funções regulatórias), orientada pelo interesse público e privado e pela autodisciplina. In: MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 21.

255 ORTIZ, Gaspar Ariño. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica, p. 19-35, in **AFDUAM** 3 (1999), p. 26-28. Disponível em: <http://www.uam.es/otros/afduam/sumario-3.html>. Acesso em: 25 de jan. 2015.

bens e o aumento da eficiência, que ocorre em larga escala quando estão envolvidos setores competitivos.

Ele obtempera que a despublicização, ou para ele, a devolução de tarefas para a sociedade, pode se dar em dois graus, por meio de uma “*privatización organizativa*”, onde a tarefa segue pública, mas a gestão é privada, e a “*privatización funcional*”, onde a tarefa deixa de ser pública e fica aberta à iniciativa privada.<sup>256</sup>

Direcionando a abordagem ao marco regulatório do pré-sal, vê-se um intervencionismo estatal maior, justificado pela importância estratégica dos recursos de lá provenientes. Nesse escopo, a regulação do pré-sal carrega uma série de elementos para a análise, dado o caráter de intervencionismo misto e policêntrico. De uma parte, o Estado faz uma privatização de gestão, pois empodera parcialmente os agentes privados no CO, mas centraliza o controle e o direcionamento da exploração por meio de estruturas complexas e por meio da ANP, que se torna fiscal e fomentadora da moldura de governança do marco regulatório nos seus contratos. O MME e o CNPE atuam na definição dos pontos políticos da questão, fortemente informada pelo reiterado caráter estratégico dos ativos, de forma que direcionam e induzem comportamentos no parceiro privado com vistas a tornar sustentável a produção. A eles compete definir os blocos de licitação e o regime de exploração. A PPSA gere as atividades e verifica a conformidade delas com a governança proposta. O arranjo, então, é multifacetado e faz uso de técnicas regulatórias de indução e direção e de intervenção direta, todas concomitantes, com vistas a aumentar os resultados públicos. O problema, ao que parece, segue no sentido de como coordenar essas diversas estruturas. Essa, adianta-se agora, é a orientação do último capítulo desta tese.

#### 4.3 A delegação, a desregulação, a re-regulação, a autorregulação e a regulamentação

A especialização, a complexidade e a variedade de questões regulatórias determinam a necessidade de que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador. Isso se torna possível diante dos instrumentos de mediação e interlocução

---

256 ORTIZ, Gaspar Ariño. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica, p. 19-35, in **AFDUAM** 3 (1999), p. 26-28. Disponível em: <http://www.uam.es/otros/afduam/sumario-3.html>. Acesso em: 25 de jan. 2015, p. 29-30.

que viabilizam a produção de regras, instrumentos e decisões com maior possibilidade de produção de efeitos.<sup>257 258</sup>

A desregulação designa uma mudança de postura, um rearranjo institucional para permitir que setores considerados essenciais, por critérios eminentemente políticos, sejam regulados com eficiência.<sup>259 260</sup>

Em larga medida se pode ver a desregulação no marco regulatório do pré-sal, quando as opções estratégicas e mais importantes de sua conformação são direcionadas ao CNPE, que orientará o Presidente da República, e à PPSA, como representante dos interesses da União. Assim, a regulação deixa ao cargo de comitês e de múltiplos órgãos e entidades a fixação dos elementos comerciais da exploração. Como visto, em larga medida, a agência trabalha como auxiliar na concepção dos instrumentos que lhe seriam tipicamente destinados.

Além da desregulação, surgem as ideias de re-regulação e autorregulação.

---

257 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, p. 72-98, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. Introdução às agências reguladoras, p. 82.

258 Contudo, deve-se ponderar com Marcelo Rebelo de Sousa que a possibilidade de delegação não afasta a reserva legal, sendo imperiosa a técnica da densificação normativa para fixar os contornos da atuação administrativa: A reserva da lei exige, portanto, que a norma habilitante de actuação administrativa tenha uma determinada *densidade* – ou seja, um determinado grau de especificação e pormenorização, quer dos pressupostos, quer dos meios, de tal actuação. Se uma norma habilitante de actuação administrativa não possuir o grau necessário de densidade, ela é inconstitucional por violação ao princípio da reserva de lei. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral: introdução e princípios fundamentais**. T. I, 3 ed., reimp., Alfragide: Dom Quixote, 2010, P. 176-177. Nesse sentido, o grau de densidade normativa varia de acordo: a) com a incidência da atuação administrativa habilitada na esfera social. Ele será maior quando se trate de agressão a direitos, liberdades e garantias e menor quando se trate de administração prestacional ou com incidência tendencialmente neutra.; b) a previsibilidade da atuação administrativa, independente de previsão legal. Quanto maior a imprevisibilidade, maior o grau de densificação; c) o grau de legitimidade da administração normativamente habilitada. Quanto maior o teor democrático, menor a densificação. Cf. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral: introdução e princípios fundamentais**. T. I, 3 ed., reimp., Alfragide: Dom Quixote, 2010, p. 176.

259 Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, p. 1013-1031, In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1016-1017. Nesse sentido, veja-se: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 140 ss., e JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 42 e ss.

260 MARCOU, Gérard. La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado, p. 11-92, In: MARCOU, Gerard; MODERNE, Frank (Directores). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 26.

A re-regulação, nas palavras de Justen Filho, “significa a defesa da substituição das regras inadequadas por outras, mais compatíveis com a nova realidade social e tecnológica, menos onerosas para a sociedade em seu conjunto e produzidas segundo parâmetros de participação da sociedade civil.”<sup>261</sup>

Nesse passo, mesmo não tendo ocorrido a substituição do marco anterior, vê-se uma certa adequação do novo marco com a terminologia de re-regulação. Com efeito, entorno e o contexto que cercam o pré-sal impulsionaram a revisão do modelo até então vigente.

A autorregulação, por sua vez, seria a regulação privada, a regulação de determinado setor da sociedade por entes privados, voltada à ação de outros entes privados.<sup>262</sup> Há, no formato proposto para os contratos de partilha de pré-sal essa possibilidade, franqueada pelo uso da arbitragem para a solução de contendas envolvendo o novo marco produtivo. Todavia, ela tem forte círculo público diante da sobreposição de diversos órgãos e entidades que gravitam em torno da questão.

Em contraposição à regulação, tem-se no sistema jurídico nacional a Regulamentação. Ela envolve o exercício do poder normativo de caráter geral e abstrato inerente à Administração, de competência privativa própria do Presidente da República.

Além do *regulamento de execução*, fundado na regulamentação, há no Brasil regulamentos que não têm como objeto a execução de lei. São regulamentos que sequer dependem da existência de lei sobre a matéria, podendo-se dizer *regulamentos independentes*.<sup>263</sup> <sup>264</sup>São casos de regulamentos sobre organização da própria Administração (exemplo: CF, art. 84, VI, com a redação dada pela Emenda 32/2001); ou sobre matérias que

---

261 JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 45.

262 Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, p. 1013-1031, In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1017.

263 Nos dizeres de Pontes de Miranda: “O poder regulamentar não deriva de delegação legislativa.” In: MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. 2ª ed., t. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 312.

264 Existem vozes na doutrina que preferem o uso da terminologia regulamentos autônomos no Direito Nacional. Dentre todas, veja-se DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 91 e ss.

dizem respeito a direitos e obrigações dos indivíduos, excepcionalmente indicadas pela Constituição (exemplo: CF, art. 84, IX, c/c os arts. 136 e 139; art. 84, X, c/c os arts. 34 e 36).

Assim, esses são os conceitos próximos, derivados e contrapostos ao de regulação no âmbito do cenário nacional. Como visto, de certa forma, a regulação do pré-sal transita por cada um dos itens explanados, quer seja com maior proximidade, ou não.

#### 4.4 O principal instrumento da regulação no direito nacional

As agências reguladoras se constituem como autarquias especiais, pessoas jurídicas de direito público interno, que fazem parte da Administração Indireta. Elas são criadas por lei, e possuem autonomia administrativa e financeira. Dentro desse escopo, possuem o poder de expedir normas que vinculam todo o setor regulado e não somente regras de ordem interna. Assim, as resoluções das agências, no Brasil, servem para complementar os aspectos em que a lei que as instituiu se mostra falha, ou melhor, que o próprio legislador, por carência de conhecimento técnico especializado, delegou a elas. Assim, elas possuem poder de sanção.<sup>265</sup>

Elas possuem outras características legais, a seguir listadas: ampla publicidade de normas, procedimentos e ações; celeridade processual e simplificação das relações entre consumidores e investidores; participação das partes interessadas no processo de elaboração de normas, em audiências públicas; limitação da intervenção estatal na prestação de serviços públicos aos níveis indispensáveis à sua execução.<sup>266</sup>

Sobre o acento constitucional das agências reguladoras, Tércio Sampaio Ferraz Júnior se posiciona da seguinte forma:

---

265 Cf. FABRI, Andréa Queiroz. A contradição entre a concessão administrativa em monopólio e o direito de acesso aos mercados: desafios para a regulação e para os direitos dos usuários dos serviços públicos, p. 41-57, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008, p. 49.

266 Cf. NUNES, Edson. Agências regulatórias: gênese, contexto, perspectivas e controle, p. 163-220, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 2, abr./jun, 2003, p. 179.

A competência das agências reguladoras encontra embasamento no art. 174 da CF, consoante o qual o Estado é “agente normativo e regulador da atividade econômica” e exerce “as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” Mas ela vem informada pelo dever de racionalidade, que, imposto ao Legislador, combina a atividade (agente) normativa com a reguladora. Pela primeira, cabe ao Estado, mediante lei, fixar diretrizes para a economia. Pela segunda, realizar o que os economistas chamam de intervenção conforme, isto é, orientar e influenciar os agentes econômicos por meio de políticas globais que equilibrem níveis de demanda, condições de repartição, eficiência na alocação e distribuição de recursos, sem lhes eliminar a livre determinação.

Em suma, o poder regulador das agências encontra limites no princípio da eficiência, o que faz com o que o seu controle seja exercido sobre a *razoabilidade* de seu conteúdo.<sup>267</sup>

Todas essas linhas orientam as funções legislativa e administrativa a criar agências com procedimentos mais democráticos, quer seja por meio do acesso nos mercados, quer seja por maior participação na tomada de decisões, dentro dos parâmetros constitucionais.

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão assesta ser o estudo das agências reguladoras uma importante oportunidade para a renovação do direito administrativo. Para ele, as agências reguladoras são um modelo organizativo totalmente novo que representa importante oportunidade de renovação do direito administrativo como um todo, principalmente pelo fato de estar diretamente relacionada ao direito administrativo econômico.<sup>268</sup>

Da análise do Contrato de Partilha de Produção do Pré-Sal, consegue-se verificar a existência da ampla função regulatória da ANP na concepção de seus conteúdos. Inclusive,

---

267 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Como regular agências reguladoras? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, jul./set., 2008, p. 22.

268 Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações. **Interesse Público**, Rio de Janeiro, Fórum, ano 10, nº 51, set/out 2008, p. 73.

com relação à participação dos envolvidos, tem-se que a discussão do Contrato e do Edital se deu por meio de Consulta Pública e Audiência Pública, na forma do Aviso nº 16/2013, publicado no Diário Oficial da União em 31 de maio de 2013. Além disso, o viés fiscalizatório e de consultoria ao Estado resta marcante na definição de suas atribuições no novo marco legal.

#### 4.5 Qual a importância das instituições diante dos custos de transação<sup>269</sup>

##### 4.5.1 Da compreensão dos custos de transação a sua internalização institucional

Como relatado no item retro, os custos de transação dizem respeito aos fatores que não se encontram intrinsecamente no valor do negócio e são representados pelos custos de procura e obtenção de informações, pelos custos de negociação e de execução do contrato. A origem deles decorre da racionalidade limitada dos pactuantes, do oportunismo e da compreensão de que nenhum bem será transferido de uma atividade para outra a custo zero.

Sumariada a compreensão do que sejam os custos de transação, importa analisar qual a importância das instituições diante dos custos de transação. A importância das instituições está em que, em determinados casos, as forças do mercado restam impossibilitadas de garantir a eficiência do sistema. Nesta hipótese, fica transferida às instituições legais a responsabilidade pela maximização do bem-estar social. Desse modo, as instituições podem agir de duas formas sobre o resultado econômico final. Uma *ex ante*, determinando os custos de transação da economia. Outra *ex post*, de maneira a corrigir os resultados ineficientes.<sup>270</sup> Então, o estudo do custo dos direitos contribui para que se garanta maior qualidade às decisões de alocação de recursos. Dentro desse escopo e na reiteração da

---

269 O texto deste item e seus subitens foi elaborado com subsídios do artigo a seguir especificado: GOMES, Filipe Lôbo. **A análise judicial dos custos de transação na Administração Pública**. Artigo apresentado à disciplina Constitucionalização do Controle da Administração Pública do curso de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 2012.

270 Cf. YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do Direito do Trabalho, 318-339, *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 321.

diferenciação entre a análise econômica do direito e uma análise jurídica dos postulados econômicos, merece reportar que:

O ponto central, como se vê, não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode se beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios.<sup>271</sup>

Apresentado o posicionamento doutrinário acima, com o qual se concorda, deve-se pontuar que o desperdício, ou seja, a ineficiência, por outro lado, apresenta-se como injusta. Esta afirmação é extraída do posicionamento de Ivo Gico Júnior, quando trata da importância da análise econômica do direito para a fixação de decisões socialmente desejáveis, senão vejamos:

Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável.<sup>272</sup>

Todavia, a atividade institucional que faça uma análise jurídico econômica do direito deve ser exercida com prudência. Todas as formas de intervenção estatal na economia, quer seja judicial, quer seja administrativa, devem seguir em compasso com uma análise proporcional e razoável do mercado e dos interesses públicos. Dentro de nossa Constituição, orientada que está pela liberdade de iniciativa, a intervenção deverá ser necessária, ponderada, excepcional e pontual.<sup>273</sup>

---

271 SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010, no prelo.

272 GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia, p. 28, *In*: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-33.

273 Cf. MOREIRA, Egon Bockman. O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata, *in* CUELLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 81.

Discutiu-se até o momento sobre a importância da análise econômica do direito como importante instrumento para aumentar a qualidade das decisões na alocação de recursos e para os efeitos positivos que podem advir de adequadas interpretações em prol do desenvolvimento nacional. Porém, resta especificar qual é a forma pela qual as instituições podem exercer esta atividade. A resposta está no fato de ser possível às instituições internalizar as externalidades, com o objetivo de consagrar a Constituição.

Mas o que são as externalidades. As externalidades decorrem de ações que geram em contrapartida não apenas custos (benefícios) para as partes envolvidas, mas custos (benefícios) para terceiros, de forma a se configurarem, respectivamente, externalidades negativas (positivas). O surgimento das externalidades decorre da ineficiência da alocação de recursos, que não foi devidamente analisada pelos executores das ações. Há, a par dessas duas modalidades de externalidades, uma terceira, nominada de externalidade pecuniária. Ela tem origem em uma ação que gera externalidades positivas e negativas que mutuamente se anulam.<sup>274</sup>

Também se pode alertar para a existência de externalidades intergeracionais e intrageracionais. Para a compreensão desses posicionamentos, importante é a análise dos entendimentos de Todd Sandler sobre os bens públicos e sobre os efeitos das atividades exploratórias de uma geração em termos intergeracionais:

Um bem público puro (ou mal público puro) intergeracional gera benefícios (ou custos) não rivais e não exclusivos dentre e entre gerações. [...] <sup>275</sup>  
Uma geração anterior pode, por exemplo, tirar partido de sua vantagem de primeira jogadora e pôr o fardo maior de um bem público intergeracional nas costas da geração seguinte. [...] Quando as instituições são planejadas para corrigir as falhas de mercado vinculadas aos bens públicos transgeracionais, o cálculo dos ganhos líquidos do vínculo depende do resultado na ausência de um acordo.[...] <sup>276</sup>

---

274 Cf. ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de. Microeconomia, p. 67;70, In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34-114.

275 Verifica-se que essa definição econômica de bem público é bem diversa da exposta na Constituição Federal, de maneira que se pode usar na área econômica, com sérias ressalvas numa perspectiva jurídica.

276 SANDLER, Todd. Bens públicos intergeracionais: estratégias, eficiência e instituições, 59-89, in KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. Tradução de Zaida Maldonado. **Bens Públicos Globais**. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 59-60.

Assim, ele preconiza que a eficiência intergeracional de Pareto decorre da aplicação da eficiência de Pareto no tempo e no espaço, com vistas a alocar adequadamente os recursos entre as gerações.<sup>277</sup> Entende-se, nesse caso, que melhor seria a perspectiva intergeracional temporal e espacial de Kaldor-Hicks, por dar primazia ao aumento do excedente total, mesmo que alguém perca em prol de outrem.

Tratando sobre os bens intergeracionais, depois de destacar os clubes intergeracionais como meios privados da coletividade internalizar externalidades intergeracionais na forma de congestionamento e depreciação por utilização (o ativo repassado de um clube intergeracional anterior a uma nova geração, ajuda a determinar os ativos e pensão, que serão maiores se a geração anterior cuidou bem do clube), pondera que a análise dos bens públicos intergeracionais deve levar em conta diversas considerações: a) inclusão de uma perspectiva intergeracional se o vínculo inter-regional pretende tratar tanto das externalidades espaciais e temporais. Isto pode ser feito com a tomada de decisão por gerações sobrepostas, jovens, adultos de meia-idade e idosos; b) estabelecimento de estruturas institucionais de longa permanência que fortaleçam a perspectiva intergeracional, com a flexibilidade necessária a permitir a evolução ao longo do tempo; c) instituições eficazes em proporcionar bens intergeracionais têm de suprir a geração atual com uma cota suficientemente ampla de benefícios para que a motive a agir dentro dessa perspectiva. O ideal é que essas estruturas sejam livres, sem a necessidade de mecanismos para reforçar seu cumprimento, de maneira a reduzir seus custos transacionais; d) promoção de um desenvolvimento sustentável, de maneira a estender as oportunidades geradas às gerações seguintes. Devem ser estabelecidos acordos transacionais de visão previdente. Para isso, a geração atual deve ter uma compreensão melhor das perdas associadas às suas decisões. Isso pode ser garantido se se levar à contabilidade da receita nacional a inclusão da depreciação do estoque do capital natural.<sup>278</sup>

---

277 Cf. SANDLER, Todd. Bens públicos intergeracionais: estratégias, eficiência e instituições, 59-89, in KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. Tradução de Zaida Maldonado. **Bens Públicos Globais**. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 67.

278 Cf. SANDLER, Todd. Bens públicos intergeracionais: estratégias, eficiência e instituições, 59-89, in KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. Tradução de Zaida Maldonado. **Bens públicos globais**. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 80-83.

Apresentados os conceitos, compete detalhar a função das instituições diante das externalidades. A elas compete, como dito, internalizar as externalidades, ou seja, fazer com que as partes arquem com os custos – no caso de externalidades negativas, como se dá com a poluição decorrente de uma atividade econômica – ou que aufram benefícios – no caso de externalidades positivas, como se dá com o subsídio para a compra de vacinas – diante dos efeitos que causam em terceiros. Ao exercer esta tarefa, as instituições estatais ajustarão por meio das normas constitucionais,<sup>279</sup> em larga medida, os recursos ao seu nível eficiente, promovendo, via de consequência, a maximização do bem-estar e a configuração de condições propícias ao desenvolvimento econômico.<sup>280</sup>

Visando a questão dentro do novo marco regulatório do pré-sal, verifica-se a necessidade de se ponderar adequadamente as externalidades envolvidas na questão. Elas, dentro dessa perspectiva são positivas e negativas, intrageracionais e intergeracionais. As positivas intrageracionais se apresentam pelo acréscimo do aporte de recursos públicos e pelo crescimento das regiões no entorno das áreas de produção. Para além, o marco regulatório apresenta uma série de induções e direções adequadas, e porque não externalidades positivas. Impõe que se afira como ativo a produção, não o bem do patrimônio do Estado, o que induz a um comportamento que priorize e efficientize a produção. Coloca o Estado como repartidor do risco, de forma a estimular a participação privada. Como externalidades negativas intrageracionais têm-se o excesso de controle estatal, isto dentro da óptica do parceiro privado; a maioria decisória no CO, por parte do Estado, isso na óptica do parceiro privado; a possibilidade de elevados danos ambientais; a ineficiência da operação por possíveis entraves burocráticos e políticos; a captura dos partícipes da operação. Com relação às externalidades intergeracionais, vislumbra-se, do ponto de vista positivo, o aumento do desenvolvimento nacional, por meio da aplicação adequada do excedente de recursos, e, do ponto de vista negativo, a perda da qualidade de vida pelas gerações futuras em virtude da poluição e a diminuição do aporte de capitais, de maneira comprometedora das finanças públicas,

---

279 As Constituições são geralmente vistas como dispositivos para amenizar os custos de agência (agency costs). Através da criação de estruturas que impedem a tomada de controle por certos grupos de interesse, as Constituições podem assegurar uma melhor governança. GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. *Análise econômica e direito comparado*, p. 150, in: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 139-157.

280 TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise econômica dos contratos*, p. 166, In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 158-200.

caracterizando a doença holandesa. Isto se dará no caso de não ocorrer a adequada aplicação dos recursos da partilha.

Como visto, existe uma miríade de fatores que devem ser ponderados quando da aplicação da internalização das externalidades. Desta forma, entende-se que o uso do roteiro para a conformação institucionalmente adequada da intervenção do Estado na economia em face da Constituição Econômica Brasileira apresentada no item retro servirá como importante instrumento auxiliar nessa operação.

Por fim, deve-se ter em vista que a Administração Pública deve vislumbrar a transcendentalidade de sua ação, sempre. Só assim, ela poderá de maneira sustentada alocar da melhor maneira possível os recursos de que dispõe. Portanto, pugna-se pela análise para além do hoje dos efeitos das decisões administrativas, de maneira a visar as dimensões espaciais e temporais da atividade estatal.

4.5.2 Análise de jurisprudência selecionada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no que concerne aos termos eficiência, custos de transação, custos sociais, análise econômica do direito e princípio da eficiência<sup>281</sup>

#### 4.5.2.1 Posições lançadas pelo Supremo Tribunal Federal

Na ADC nº 12, o Supremo Tribunal Federal - STF internalizou os prejuízos decorrentes da pessoalidade nas nomeações para cargos comissionados em órgãos públicos, moldando os contornos de mencionadas nomeações para que se respeitasse o princípio da

---

281 Com vistas a tornar menos extenso o conteúdo pós-textual, optou-se por excluir das referências bibliográficas os dados dos precedentes jurisprudenciais consultados, os quais restam integrados nas notas de rodapé desta seção. Para além, os comentários apresentados são descritivos, ou seja, de análise da atual compreensão dos tribunais superiores quanto aos temas enfrentados. Para tanto, foram utilizados os sistemas de pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sítio [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), e do Superior Tribunal de Justiça, no sítio [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). As pesquisas foram realizadas no mês de janeiro do ano de 2014 e possuíram como norte os termos litados no título deste subitem.

moralidade. Nesse intento, analisou o bem-estar geral e aplicou a eficiência de Kaldor-Hicks.<sup>282</sup>

No RE-AgR 422.941, o STF internalizou os prejuízos decorrentes da fixação de preços por parte do Estado em dissonância com a realidade, de modo a fixar o direito de propriedade dos prejudicados e, em decorrência, a indenização pelo seu descumprimento. Adotou, *in casu*, a eficiência de Kaldor-Hicks, repartindo os prejuízos entre a coletividade do equívoco da ação estatal. Nesse intento, pode-se ponderar que a continuidade da atividade das empresas gera um benefício maior para o todo.<sup>283 284 285</sup>

Na ACO-MC-AgR 876, o STF ponderou o direito ao desenvolvimento econômico e a proteção ao meio ambiente, de sorte a dar primazia aos benefícios gerais que o desenvolvimento econômico pode gerar, dentro de um típico enquadramento na eficiência de Kaldor-Hicks. No ementário foi ponderado que “O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens.”<sup>286</sup>

Na Rp 1048, o STF internalizou os valores saúde, segurança, comodidade da população e preservação do patrimônio ecológico e paisagístico existentes para declarar constitucionais os dispositivos da Constituição do Estado da Paraíba que tratavam de limitações urbanísticas, dentre as quais a limitação de pavimentos na avenida da orla marítima

---

282 BRASIL, STF - ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237, DIVULG 17-12-2009, PUBLIC 18-12-2009, EMENT VOL-02387-01 PP-00001, RTJ VOL-00215-PP-00011, RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149.

283 BRASIL, STF - RE 422.941, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 24-03-2006, PP-00055, EMENT VOL-02226-04, PP-00654, LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 273-302.

284 Em sentido análogo: BRASIL, STF - RE 583.992 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-108, DIVULG 10-06-2009, PUBLIC 12-06-2009, EMENT VOL-02364-04 PP-00703, RT v. 98, n. 887, 2009, p. 167-168.

285 Em sentido análogo, só que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL, STJ - RESP 200501092437, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:27/11/2008.

286 BRASIL, STF, - ACO 876 MC-AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2007, DJe-142, DIVULG 31-07-2008, PUBLIC 01-08-2008, EMENT VOL-02326-01, PP-00044, RTJ VOL-00205-02, PP-00537.

de João Pessoa. Vê-se que o bem-estar coletivo foi consagrado dentro da aplicação da eficiência de Kaldor-Hicks.<sup>287</sup>

No RE 407688, o STF entendeu pela constitucionalidade da penhora do imóvel do fiador caracterizado como bem de família. Foram vazados entendimentos de que a figura do fiador é muito utilizada nos contratos de locação, donde seria instrumento para a consagração do direito à moradia. A decisão seguiu em compasso com a eficiência de Kaldor-Hicks, dando primazia ao bem-estar geral, sem que se levasse em conta os prejuízos a incidir sobre a esfera jurídica do fiador.<sup>288</sup>

#### 4.5.2.2 Posições lançadas pelo Superior Tribunal de Justiça

Diversos são os precedentes em que o Superior Tribunal de Justiça - STJ tem se pronunciado sobre a duração razoável de processos administrativos. A jurisprudência do STJ, com o objetivo de dar solução a este problema, tem determinado: a) a fixação de prazo para sanar a omissão do Estado;<sup>289 290</sup> b) a determinação de abstenção de medidas interventivas por parte do órgão regulador;<sup>291</sup> c) a fixação de indenização.<sup>292</sup> Em todos os casos, vê-se o controle da boa governança administrativa, por meio da duração razoável do processo administrativo. A eficiência, nesses posicionamentos, está mais voltada ao seu conteúdo jurídico de boa governança, isto quando se analisam as decisões de maneira individualizada. Quando se analisam as decisões no plano dos precedentes, vê-se a sinalização do judiciário no sentido de internalizar a duração razoável do processo como patrimônio do cidadão.

---

287 BRASIL, STF - Rp 1.048, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 04/11/1981, DJ 30-04-1982, PP-14004, EMENT VOL-01252-01, PP-00001, RTJ VOL-00101-02, PP-00474.

288 BRASIL, STF -RE 407.688, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06-10-2006, PP-00033, EMENT VOL-02250-05, PP-00880, RTJ VOL-00200-01, PP-00166, RJSP v. 55, n. 360, 2007, p. 129-147.

289 BRASIL, STJ - MS 12.701/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 03/03/2011.

290 BRASIL, STJ. - AgRg no REsp 1.143.129/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 25/11/2009.

291 BRASIL, STJ - REsp 1.062.390/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 26/11/2008.

292 BRASIL, STJ - REsp 1.044.158/MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 06/06/2008.

No EDcl no MS 13.101/DF, o STJ ponderou que a declaração de inidoneidade de uma empresa perante a Administração Pública geraria mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que incidiria em diversos outros contratos da mesma empresa que estavam sendo devidamente cumpridos. Desta forma, entendeu que seria o caso de delimitar a declaração de inidoneidade para o contrato não cumprido, visando evitar o cancelamento de outros contratos e os decorrentes prejuízos para a eficiência da atividade administrativa. Nesse posicionamento, vê-se típico enquadramento na eficiência de Kaldor-Hicks, onde se buscou maximizar o bem-estar geral da coletividade.<sup>293</sup>

No RMS 16.367/MT, o STJ ponderou que a ausência de exigência de formação em Administração de Empresas para o cargo de Administrador Hospitalar não é ilegal. Fundamentou o posicionamento na internalização da realidade cotidiana, no sentido de que inúmeras clínicas médicas são administradas pelos próprios médicos, a demonstrar que conquanto seja importante a noção de administração, ela não é exclusiva para administradores de empresas. No presente caso, houve uma análise quanto à maximização do bem-estar geral diante da proximidade que o profissional médico tem com a rotina hospitalar. Desse modo, vê-se orientação no sentido de implementar a eficiência de Kaldor-Hicks.<sup>294</sup>

No RESP 601.356, o STJ ponderou que a execução de valor irrisório, *in casu*, R\$ 561,88 (quinhentos e sessenta e um reais e oitenta centavos) a título de honorários advocatícios, mostra-se desprovida de interesse processual diante dos custos sociais necessários à satisfação do crédito. Nesse posicionamento, vislumbra-se típica aplicação da eficiência de Kaldor-Hicks, onde se dá primazia à maximização do bem-estar geral sem levar em conta a redistribuição da riqueza.<sup>295</sup>

O STJ, no REsp 870.600, reconheceu a inexistência de ilegalidade na cobrança de tarifa básica, uma vez que ela leva em conta a disponibilização do serviço de forma contínua e

---

293 BRASIL, STJ - EDcl no MS 13.101/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009.

294 BRASIL, STJ - RMS 16.367/MT, Rel. Ministro PAULO MEDINA, Rel. p/ Acórdão Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 30/05/2006, DJe 30/06/2008.

295 BRASIL, STJ - RESP 200501929102, CASTRO MEIRA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:25/11/2009.

ininterrupta ao usuário, acarretando dispêndios financeiros à concessionária. Nesse caso, mais uma vez, fez-se uso do método de Kaldor-Hicks, distribuindo-se os custos da transação entre a coletividade.<sup>296</sup>

#### 4.6 Um contributo à regulação<sup>297</sup>

##### 4.6.1 A perspectiva institucional

Sumariado o quadro jurídico econômico da regulação, deve-se volver o olhar para o contributo da perspectiva neoinstitucional em relação à regulação nacional.

Como relatado no item 4.2, a regulação tem como seu fundamento a correção das falhas do mercado, assegurando-lhe o equilíbrio, ou seja, a correção das competições imperfeitas. Para além disso, dentro da ordem constitucional brasileira, ela deve introduzir objetivos que não seriam alcançados pela iniciativa privada. Nesse sentido, ela busca redimensionar as externalidades, as assimetrias de informação e as insuficientes provisões de bens públicos,<sup>298</sup> além de reduzir os riscos de captura. Ela também tenciona corrigir as falhas de percurso, ou seja, as falhas de governo.

Nesse passo, deve-se, preliminarmente, aclarar o que é a perspectiva neoinstitucional. A virada institucional leva em conta o fato de serem insuficientes as técnicas de interpretação dos fenômenos econômicos que não considerem os efeitos sistêmicos e a capacidade institucional do órgão responsável pela decisão.

A nova economia institucional busca oferecer uma renovada concepção das firmas no sistema capitalista, enfatizando a interação com o arranjo institucional, dada a notória

---

296 BRASIL, STJ - REsp 870600/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2007, DJe 27/03/2008.

297 O texto deste item e dos seus subitens foi elaborado com subsídios do artigo a seguir especificado: GOMES, Filipe Lôbo. **Análise jurídico econômica da regulação estatal brasileira**. Artigo apresentado à disciplina Aspectos Econômicos da Regulação do curso de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 2012.

298 Cf. CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-370, jul./dez. 2008, p. 343 e ss.

incapacidade da teoria neoclássica em dar atenção adequada ao papel preponderante das instituições no funcionamento dos mercados.<sup>299</sup>

Nesse sentido, no entendimento da Nova Economia Institucional, é impossível obter o funcionamento perfeito dos mercados diante da impossibilidade de se criar modelos probabilísticos para tratar das incertezas em relação ao futuro. As incertezas são geradas por uma série de fatores, quais sejam: a) racionalidade limitada dos agentes, que os impede de tomar continuamente decisões maximizadoras de bem-estar; b) o comportamento oportunístico dos agentes, que os motiva a agir de modo a obter benefícios de outros agentes com os quais transacionam; c) a assimetria de informações, que implica num acesso desigual dos agentes às informações pertinentes à troca por eles realizada, impedindo que ela se dê da maneira mais vantajosa do ponto de vista da sociedade; d) a impossibilidade de contratos completos, capazes de prever todos os eventos possíveis num ambiente de incerteza.<sup>300</sup>

Apresentadas essas singelas linhas sobre os fundamentos da Nova Economia Institucional, nesse momento importa delimitar o seu aspecto principal, a conformação do que sejam as instituições. Segundo Douglas North, as instituições:

são as restrições humanamente concebidas que estruturam a interação humana. Elas são feitas de restrições formais (regras, leis, constituições), de restrições informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta autoimpostos) e de suas respectivas características impositivas. Juntas, elas definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especificamente, das economias. As instituições e a tecnologia empregada determinam os custos de transação e de transformação que se somam aos custos de produção. [...] O resultado neoclássico dos mercados eficientes somente é obtido quando não existem custos para se transacionar. [...] Quando se tem custo para transacionar, as instituições são importantes.<sup>301 302</sup>

299 SILVA FILHO, Edison Benedito da. A teoria da firma e a abordagem dos custos de transação: elementos para uma crítica institucionalista, p. 259-277, **Pesquisa & debate**, São Paulo, vol. 17, número 2 (30), pp. 259-277, 2006, p. 262.

300 SILVA FILHO, Edison Benedito da. A teoria da firma e a abordagem dos custos de transação: elementos para uma crítica institucionalista, p. 259-277, **Pesquisa & debate**, São Paulo, vol. 17, número 2 (30), 2006, p. 263.

301 NORTH, Douglas C.. Desempenho Econômico através do tempo. Tradução de Antônio José Maristello Porto, p. 13-30, In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 255, set./dez., 2010, p. 16.

302 A importância das instituições, em especial, de seu desenho institucional, é bem delineada por Marcos Lisboa: A solidez e o impacto de boas instituições são determinados por seu desenho específico e pela consistência de longo prazo dos incentivos gerados pelas regras do jogo. A maioria dos mercados funciona adequadamente desde que os contratos sejam respeitados e os acordos, cumpridos. Em alguns casos, porém, é

Para a Nova Economia Institucional - NEI, é a interação entre as instituições e as organizações que modela a evolução institucional de uma economia. Se as instituições são as regras do jogo, as organizações e seus empresários são os jogadores. As organizações são constituídas por grupos de indivíduos unidos por um elemento comum para atingir certos objetivos.<sup>303</sup>

Mas para se compreender a dinâmica das relações entre as instituições e as organizações, essencial se torna a compreensão de um dos conceitos mais importantes da NEI, qual seja dos custos de transação.

O conceito de custos de transação foi apresentado por Ronald Coase em 1937, no artigo *The Nature of the Firm*.<sup>304</sup> Coase se referiu aos custos de transação como os custos para a utilização dos mecanismos de preços. Por meio desta concepção, percebe-se que qualquer interação econômica implicará no dispêndio de recursos para a sua operacionalização. Kenneth Arrow definiu os custos de transação como os custos para conduzir o sistema econômico.<sup>305</sup>

Décio Zylberstains destaca a importância dos custos de transação dentro da NEI:

---

necessário maior regulação por parte do setor público, ou regras institucionais específicas, para que se garanta maior bem-estar social. São principalmente as especificidades do desenho institucional, e não a maior ou menor participação do Estado, que determinam a distribuição e o provimento dos serviços. [...] o cuidado com a construção das instituições – ou seu descuido gerado por pressões do momento – não gera resultados significativos no curto prazo, mas é fundamental no longo prazo. Não se deve medir um governo ou uma gestão pelos resultados obtidos durante sua ocorrência, e sim, por seus impactos no longo prazo, pelos resultados que são verificados nos anos que se seguem ao seu término. Instituições importam, e os impactos decorrentes da forma como são geridas ou alteradas se manifestam progressivamente, porém são inexoráveis. LISBOA, Marcos. Instituições e crescimento econômico. Discurso pronunciado ao receber o prêmio de economista do Ano de 2010, publicado com pequenas modificações em BACHA, E.; BOLLE, M. (Orgs.). **Novos dilemas da política econômica: ensaios em homenagem a Dionísio Dias Carneiro**. Rio de Janeiro: Casa das Garças/LTC, 2011, p. 232-233.

303 NORTH, Douglas C.. Desempenho Econômico através do tempo. Tradução de Antonio José Maristello Porto, p. 13-30, In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 255, set./dez., 2010, p. P. 18.

304 COASE, Ronald H.. The nature of the firm, **New Series**, Vol. 4, nº 16, (nov., 1937), p. 386-405, *passim*.

305 ARROW, Kenneth. The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus non-market allocation. The analysis and evaluation of public expenditures. **THE PBB- SYSTEM, JOINT ECONOMIC COMMITTEE**, 91<sup>st</sup> Congress, 1<sup>st</sup> session, v. 1. Government Printing Office: Washington, D.C., 1969, *passim*.

O objetivo fundamental da nova economia institucional, também denominada de Economia dos Custos de Transação (ECT) é o de estudar o custo das transações como o indutor dos modos alternativos de organização da produção (governança), dentro de um arcabouço analítico institucional. Assim a unidade de análise fundamental passa a ser a transação, operação onde são negociados direitos de propriedade [...].<sup>306</sup>

Os custos de transação dizem respeito ao conjunto do trabalho, tempo e dinheiro que envolvem um negócio. Eles não representam um valor intrínseco ao negócio. São situações relacionadas ao levantamento de informações contratuais objetivas, ao exame sobre as pessoas dos respectivos contratantes, à elaboração dos contratos, à proteção ao meio ambiente e ao controle da execução contratual etc.<sup>307</sup>

Os custos de transação incorrem diante da presença de três suposições, são elas: a racionalidade limitada; o oportunismo, que consiste na maneira mais forte de se buscar o interesse próprio, que pode passar por práticas desonestas, incluindo mentir, trapacear, roubar, esconder ou distorcer informações; e a de que o capital nem sempre pode ser transferido de uma atividade para outra a custo zero, sendo frequente que um determinado ativo muito produtivo em uma atividade (transação) seja menos produtivo em outra.<sup>308</sup>

Mencionados custos podem ser de três tipos: (i) custos de procura e obtenção de informações; (ii) custos de negociação; (iii) custos para garantir a execução do contrato. Mencionados custos, então, implicam em menor eficiência nas transações.<sup>309</sup>

A importância dos custos de transação e das instituições pode ser extraída do teorema de Coase. Por meio dele, em situações onde os custos de transação são baixos, a barganha livre e cooperativa entre os agentes tende a um resultado de maximização de ganhos, ou seja, a eficiência. Entretanto, quando os custos de transação se apresentam

---

306 ZYLBERSTAINS, Décio. **Estruturas de governança e coordenação do agribusiness**: uma aplicação da nova economia das instituições. Tese de Livre docência. USP: São Paulo, 1995, p. 15.

307 MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. 4ª ed., rev. e aum., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 97.

308 WILLIAMSON, O. E.. Why Law, Economics and Organization? (December 2000). **UC Berkeley Public Law Research**. Paper Nº. 37. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=255624>>. DOI: 10.2139/ssrn.255624. Acesso em: 8 de julho de 2012, p. 7.

309 TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos, p. 158-200, *In*: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 168.

significativos, as livres forças do mercado, neste caso, não podem garantir a eficiência do sistema. Nesse sentido, caberia às instituições legais a responsabilidade pela maximização do bem-estar social. São as instituições que, na verdade, governam o desempenho da economia. Assim, as instituições agem de duas formas sobre o resultado econômico final. Uma *ex ante*, determinando os custos de transação da economia. Outra *ex post*, de maneira a corrigir os resultados ineficientes.<sup>310311</sup>

Como relatado, os custos de transação dizem respeito aos fatores que não se encontram intrinsecamente no valor do negócio e são representados pelos custos de procura e obtenção de informações, pelos custos de negociação e de execução do contrato. A origem deles decorre da racionalidade limitada dos pactuantes, do oportunismo e da compreensão de que nenhum bem será transferido de uma atividade para outra a custo zero.

Dentro do contexto regulatório, a execução das políticas governamentais por meio da regulação, ou seja, por seus instrumentos, as agências reguladoras, moldaria significativamente o desempenho econômico, porque elas definem e aplicam as regras da economia. Portanto, uma parte essencial da política do desenvolvimento é a criação de instituições que criem e façam valer os direitos de propriedade eficientes, no caso, a condução das atividades econômicas de forma eficiente.<sup>312</sup>

Assim, ao efetuar uma análise institucional, deve-se levar em conta a idoneidade de cada uma das funções estatais, em virtude de sua estrutura orgânica, legitimidade democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc.<sup>313</sup>

Destarte, fazendo uso dos fundamentos aqui alinhados, tem-se que na exploração do pré-sal os custos de transação se apresentam significativos, mormente os custos

---

310 Cf. COASE, Ronald. The problem of social cost. In: **Journal of Law and Economics**, 1960, passim.

311 Cf. RAVINA, Carlos Morales de Setién; POSNER, Richard A.; LANDES, William M.; KELMAN, Mark G.. **Análisis Económico del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2011, p. 50-57.

312 NORTH, Douglas C.. Desempenho Econômico através do tempo. Tradução de Antônio José Maristello Porto. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 13-30, set./dez., 2010, p. 27-28.

313 KRELL, Andreas Joachin. **Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e as competências dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 45 e ss.

exploratórios. O Estado sinalizou que o risco é mínimo e coloca uma estatal sua para operar o negócio, o que dá uma certa garantia ao parceiro privado. Dessa forma, institucionalmente, ele induz o agente privado a participar da exploração e produção, remunerando os dispêndios dele por meio do custo óleo, numa estrutura de contrato de êxito. Para além, a remuneração do parceiro privado é conferida diante da produção, de maneira que se reforça o seu interesse em produzir de maneira a maximizar o bem-estar social. *Ex ante*, dentro do modelo adotado, o Estado determina os custos envolvidos no marco regulatório do pré-sal. *Ex post*, por outro lado, o CO e o MME vão definir o ritmo e os ajustes na execução do contrato de partilha de produção.

#### 4.6.2 Propostas de revisão institucional da regulação

Entende-se ser questão preliminar ao lance de propostas de revisão institucional da regulação a identificação das falhas que se encontram no sistema regulatório pátrio.

Nesse intento, como declinado em todo o transcurso deste trabalho, verifica-se que as falhas do mercado, ou seja, das assimetrias informacionais, da insuficiente provisão de bens públicos e das externalidades, e as falhas do Estado, diante da possibilidade de captura pelos grupos de pressão, impõem a necessidade de propostas de rearranjo institucional necessárias a dar solução para alguns problemas encontrados.

Em compasso com os problemas elencados, pede-se vênua para listar e adaptar ao contexto nacional os problemas encontrados por Cass Sunstein em relação à regulação. Nesse intento, ele destaca as falhas de coordenação do executivo, a falta de deliberação política e responsabilidade, a falta de controle político (accountability) e a influência de grupos políticos atuantes em favor dos próprios interesses. Em decorrência desses argumentos, levanta os seguintes problemas: a) decorrentes da modelagem concebida na lei que institui o regime regulatório: a.i) a identificação da lei com interesses de grupos privados bem organizados

(*stakeholders*),<sup>314</sup> a.ii) leis baseadas em diagnósticos equivocados, análise deficiente de políticas e má informação; a.iii) insensibilidade das leis às dificuldades práticas; a.iv) falhas do legislativo no entendimento de complexos e sistêmicos efeitos das intervenções regulatórias; a.v) falhas de coordenação decorrentes da multiplicação de leis que regulam o mesmo objeto, por vezes, de forma incoerente; a.vi) falhas legais em razão da mudança de circunstâncias e da obsolescência das disposições existentes; a.vii) falhas legais decorrentes da substituição de razões tecnocráticas pelas políticas; b) decorrentes dos erros de implementação dos comandos legais: b.i) insucesso nas estratégias de implementação da regulação; b.ii) pressão de grupos de interesse sobre as agências; b.iii) inadequada informação e equívocos de análise técnica por parte dos funcionários das agências; b.iv) insuficiente consciência dos membros das agências em relação aos efeitos sistêmicos da regulação; b.v) falhas de coordenação na atuação das agências; b.vi) obsolescência de instrumentos e estratégias regulatórias; b.vii) inadequada execução da lei, ou inexecução em virtude da captura por grupos de interesse (*stakeholders*), em decorrência da preservação de interesses da burocracia e por lentidão, torpor ou omissão administrativa; b.viii) controles excessivos ou insuficientes, distorcendo os legítimos fins da regulação legal; b.ix) desvio nos objetivos de leis de regulação e de redistribuição, gerando efeitos oblíquos (beneficiando não exatamente os destinatários da lei) ou perversos (prejudicando, direta ou indiretamente, os próprios destinatários da lei);<sup>315</sup> b.x) processos de decisão não democráticos, de pouca ou nenhuma transparência.

Feitos os devidos temperamentos, vislumbra-se que o rol apresentado por Sustain se adapta à realidade regulatória brasileira, devendo-se destacar que a nossa forma de regulação é bem mais abrangente do que a dos norte-americanos e que a noção de serviço público no Brasil abrange setores mais largos da vida econômica.

---

314 Nos Estados Unidos, a prática de *lobby* é institucionalizada. Ao contrário, no Brasil, há pouca institucionalização, que tem como similares dessa prática as associações, sindicatos e representações de classe. Contudo, em termos de responsabilização, deve ser citada no âmbito nacional a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

315 Sustain também faz uso do termo paradoxos regulatórios, que são resultados opostos aos pretendidos pela regulação. In: SUNSTEIN, Cass. Paradoxes of the regulatory state, in **The University of Chicago Law Review**, vol. 57, nº 2, Administering the Administrative State, 1990, pp. 407-441.

A esse amplo rol, acrescentamos os relevantes achados do Tribunal de Contas da União em termos de governança regulatória<sup>316</sup> realizada nas agências brasileiras, sintetizados da seguinte forma:<sup>317</sup>

Entre os achados, destacavam-se: heterogeneidade entre as reguladoras na forma de relacionamento com interessados, no suporte ao controle social, na divulgação de suas ações e na transparência de suas ações, que sugere carência de uma lei que padronize questões de governança regulatória, tais como essas; alguns conselhos setoriais não estavam fornecendo diretrizes estratégicas que delimitassem objetivos de longo prazo a serem atingidos pelas reguladoras; não foram detectados mecanismos formais que garantissem maior estabilidade dos recursos orçamentários destinados às reguladoras, que são autarquias especiais dotadas de autonomia financeira, o que poderia prejudicar a autonomia decisória dos entes reguladores; os ministérios vinculadores não dispunham de metodologias sistematizadas e instituídas formalmente para avaliar o desempenho das reguladoras; o nível de transparência do processo decisório em algumas reguladoras era insuficiente e prejudicava o acompanhamento de suas ações pela sociedade; observou-se baixa participação da sociedade nos processos de controle social; os processos de audiência e consulta públicas não tinham padronização mínima de procedimentos ou de tratamento uniforme; grande heterogeneidade do papel das ouvidorias das agências reguladoras; não foram detectados processos de gerenciamento de riscos formalmente institucionalizados.

Desta forma, listados os problemas inerentes à regulação, apresenta-se roteiro para a conformação institucionalmente adequada da intervenção indireta do Estado na economia em face da Constituição Econômica Brasileira:<sup>318</sup> a) dentro de uma perspectiva material, a regulação nacional deve: a.1) na hipótese de aplicação de uma regra, dar reverência a decisões com alto teor de densidade normativa; a.2) no caso de conceitos jurídicos indeterminados, decidir de maneira mais rigorosa nas zonas de certeza negativa e positiva, mediante a demonstração de sua existência; nas zonas de incerteza, aparelhar-se com padrões de

---

316 Governança regulatória são as regras e as práticas que regem o processo regulatório, a sistemática de interação entre os atores envolvidos e o desenho institucional no qual estão inseridas as Agências, bem como os meios e instrumentos utilizados pelos reguladores em prol de uma regulação eficiente, transparente e legítima. (BRASIL). Tribunal de Contas da União. **Governança Pública:** referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014, p. 31.

317 (BRASIL). Tribunal de Contas da União. **Governança Pública:** referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014, p. 33.

318 Cf. CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório:** elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 301-302 e 307-310.

densificação normativa, dentre os quais os efeitos do princípio da eficiência; a.3) nas zonas de penumbra, de conceitos jurídicos indeterminados, ou na aplicação dos princípios da ordem econômica, deve dar primazia à proporcionalidade das medidas, à análise jurídico-econômica e ao diálogo institucional; a.4) buscar uma racionalidade administrativa comprometida com a eficiência e com a eficácia, isto é, com a concretização dos objetivos fundamentais da República, dentre os quais a promoção do bem de todos, conforme o art. 3º da Constituição Federal. Uma racionalidade que se encontre amparada nas consequências, no caráter empírico das decisões;<sup>319</sup> a.5) ter uma maior preocupação com a motivação, não meramente formal de seus atos,<sup>320</sup> de modo a que o órgão regulador exponha seus fundamentos jurídicos, econômicos e sistêmicos; a.6) entronizar os princípios constitucionais da prevenção e da precaução nas relações administrativas brasileiras, de modo a adotar de maneira cautelosa as medidas necessárias. Isto redundará na adoção de medidas proativas de concretização dos direitos fundamentais e na análise dos efeitos intergeracionais das decisões;<sup>321</sup>; a.7) diante da existência de várias soluções na fixação dos parâmetros regulatórios, buscar a medida menos restritiva; a.8) efetuar a análise dos custos e benefícios, aferindo se os efeitos sistêmicos da medida: i) causam resultados contrários às finalidades pretendidas; ii) apresentam efeitos colaterais que não compensem as eventuais vantagens; ou iii) se apresentam como dirigidos para beneficiar um grupo específico.<sup>322</sup> Assim, dentro do sopesamento do custo-benefício, devem ser analisados: i. a verificação sobre a violação dos direitos fundamentais ligados às liberdades básicas, em especial sobre a violação ao mínimo existencial, que deverão preponderar, quando for necessário, diante da análise fria do custo-benefício; ii. a

319 Cf. FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras, p. 13-24, In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, nº 60, mar./abr., 2010, p. 15-23.

320 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes p. 72-98, SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79.

321 Cf. FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras, p. 13-24, In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, nº 60, mar./abr., 2010, p. 15-23.

322 Na França, existe um controle de gestão que compatibiliza *a posteriori, ex post*, os objetivos traçados com os resultados alcançados: Le contrôle de gestion qui est, on l'a vu, un des éléments de la rationalisation des Choix, n'a plus rien à voir avec les contrôles de type classique: integer à la gestion qu'il encadre de manière permanente, il se présente comme un instrument de mesure des écarts entre les résultats présente come un instrument de mesure des écarts entre les résultats atteints et les résultats attendus, dont l'objet n'est plus la sanction, mais la réorientation de l'action. Tant Dans sa finalité que dans ses modalités, ce contrôle diffère donc profondément Du contrôle de régularité traditionnel: c'est à la fois un contrôle d'efficacité, par la confrontation des objectifs visés et des résultats obtenus, un contrôle d'efficience, par la confrontation des moyens utilisés et des résultats atteints, et un contrôle de pertinence, par la confrontation des moyens et des objectifs. CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 2e édition refondue, Paris: PUF, 1994, 514.

consideração do risco de erro administrativo na previsão dos efeitos futuros e sistêmicos da medida; iii. a consideração quanto aos custos para a estabilidade do mercado diante da mudança das regras do jogo; iv. a consideração do nível de tecnicidade da matéria; v. a capacidade real (empírica) de o ente regulador tomar decisões interventivas; a.9) afastar as imunidades dos agentes políticos rumo à sindicabilidade ampla das condutas omissivas e comissivas;<sup>323</sup> b) por outro lado, dentro de um viés procedimental, a regulação deve se pautar: b.1) pelo exercício de uma autoridade governamental negocial em permanente construção, em substituição à autoridade unilateral. Esta autoridade deve ser orientada pelo respeito às regras do jogo, pela interlocução com os diversos atores e pela detenção do conhecimento técnico necessário;<sup>324</sup> b.2) pela racionalidade do procedimento regulatório, que deverá ser processualizado, com subordinação a regras, ritos e procedimentos claros e preestabelecidos.<sup>325</sup> Dessa forma, deve exercer a atuação administrativa com controle de racionalidade das decisões dadas, de forma a que se compreenda o processo decisório como rigorosamente vinculado aos princípios e direitos fundamentais, decisões estas que só devem ser admitidas quando dotadas de repercussão universalizável em termos sociais, evitando-se considerações estritamente econômicas ou eleitoreiras.<sup>326</sup> Destarte, a regulação deve reafirmar e legitimar procedimentalmente a sua independência diante das demais funções estatais.<sup>327</sup> <sup>328</sup>Nesse intento, a regulação deve ser reconfigurada para operar como atividade do Estado, não propriamente de governo, competindo o necessário estudo das omissões da não regulação

---

323 Cf. FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras, p. 13-24, In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, nº 60, mar./abr., 2010, p. 15-23.

324 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, p. 72-98, SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, 91-92.

325 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, p. 72-98, SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79.

326 Cf. FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras, p. 13-24, In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, nº 60, mar./abr., 2010, p. 15-23.

327 As agências reguladoras, dentro do aspecto independência, devem servir de instrumento às políticas governamentais, não às políticas de um governo. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes p. 72-98, SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

328 A expedição de regulamento deve ser fundamentada, apresentando fundamentação pública de fato e de direito, contemporânea à sua edição. Ainda que geral e abstrato, o regulamento é ato administrativo – e como tal deve ser emanado. CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 126.

ou da regulação inoperante;<sup>329</sup> b.3) por uma maior capacidade de arbitramento democrático de interesses, o que implica numa maior especialização e monitoramento das atividades reguladas.<sup>330</sup> A gestão deve ser direcionada para a correção acordada, com ênfase na solução administrativa de conflitos, aperfeiçoando-se o uso de termos de ajustamento de conduta, mediação e conciliação no âmbito administrativo. Ela deve ser imparcial e equitativa, vedando-se discriminações negativas e determinando compensações positivas. Desse modo, os apriorismos excludentes, aqueles que delimitam a questão dentro de apenas um princípio constitucional, devem ser obstados. Enfim, deve harmonizar as demandas existenciais e os textos normativos;<sup>331</sup> b.4) pela necessidade do franqueamento de diálogo institucional quando surgido conflito de competências regulatórias; b.5) pelo desenvolvimento de uma radical transparência, traduzida na radicalização do princípio da publicidade e na introdução de efetivos mecanismos de controle pelos sujeitos e interessados no exercício desta atividade.<sup>332</sup> b.6) por uma compreensão de maximização de resultados diante dos direitos fundamentais, dentro de um processo de legitimação contínua; b.7) pela observância do tempo útil para a promoção do direito fundamental à boa administração, ou seja, deve atender a tempo e modo o bem de todos.<sup>333</sup>

Volvendo-se essas perspectivas à regulação do pré-sal, tem-se que: a) a regulação do pré-sal deve ter por princípio reitor a maximização da eficiência com vistas a promover o desenvolvimento nacional intergeracionalmente sustentável; b) a decisão dos padrões de mercado, produção e contratações deve ser antecedida de uma análise projecional do futuro com ponderação das possíveis causas e efeitos; c) o procedimento decisório e os seus documentos devem ser devidamente procedimentalizados e registrados, ressalvada na

---

329 Cf. FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras, p. 13-24, In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, nº 60, mar./abr., 2010, p. 15-23.

330 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes p. 72-98, SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, 90-92.

331 Cf. FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras, p. 13-24, In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, nº 60, mar./abr., 2010, p. 15-23.

332 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes p. 72-98, SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79.

333 Cf. FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras, p. 13-24, In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, nº 60, mar./abr., 2010, p. 15-23.

publicidade os potenciais efeitos de divulgação que enseje perda de competitividade comercial, sempre sobre o prisma da acomodação dos interesses estratégicos nacionais em ponderação com os interesses dos parceiros privados; d) toda a atuação deve ser informada pela prevenção e pela precaução; e) a regulação exercida deve ser entendida como atividade de Estado, não de governo, ou seja, ela não deve ser transitória, mas sempre volver o olhar para o futuro; f) o controle deve ser exercido em maior amplitude em hipóteses de limitada racionalidade técnica; g) devem ser evitadas manifestações ineficientes, dentro dos padrões assinalados neste trabalho, inexigíveis e sem uma adequada relação de custo e benefício; h) no caso de insuficiência de regulação, devem ser adotadas medidas para otimizar os resultados, como a arbitragem e a decisão dialogada e fundamentada no CO; i) a análise técnica e de custos sempre deve ter em mente os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana; j) deve-se utilizar dos meios menos restritivos possíveis, sempre filtrados pela relevância do interesse estratégico como critério preponderante em possíveis antinomias ou harmonizações de interesses; k) deve pontuar como elemento determinante a estabilidade do mercado; l) deve afastar as imunidades relativas aos agentes envolvidos na operação, de maneira a se aumentar o risco de reprimenda e a induzir comportamentos previdentes e cautelosos; m) fomentar o diálogo institucional.

Em sequência, e no que interessa a esta análise, deve-se pontuar que a independência do regulador é medida essencial para que se evitem as influências dos grupos de interesse (*stakeholders*). O ente regulador deve ser independente diante da relação tripartida que se estabelece em serviços ou atividade de relevância coletiva, que é informada pelo produtor da utilidade pública (entes econômicos), pelo seu consumidor (no caso do pré-sal, pelo cidadão) e pelo Poder Público (titular último ou *dominus* da rede necessária a essa produção ou do monopólio de sua exploração).<sup>334 335</sup>

---

334 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, p. 72-98, SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85.

335 A função do regulador não é tanto a de se 'se impor' aos regulados, mas de convencer, persuadir, levar as partes a uma solução convencional, na medida do possível. [...] Em muitas das questões que se colocam ao regulador não existe apenas uma única solução 'justa', devendo quase sempre articular uma composição entre interesses contrapostos, uma transição, uma arbitragem. O desejável é que a decisão seja, em princípio, aceita pelas partes, o que será facilitado quando a autoridade reguladora, com o passar do tempo, adquira a maturidade e experiência necessárias para cumprir a sua missão, isto é, quando ganhe o respeito dos operadores do sistema e, além da competência legal, goze da *auctoritas moral* sobre os mesmos. (tradução livre) ORTIZ, Gaspar Ariño.

A regulação deve ponderar estas três relações de modo a se evitar o maior peso para um dos polos. Assim, deve ser obstado o populismo regulatório, deve ser ponderada a proteção dos cidadãos, deve ser mantida a estabilidade do empreendimento, de maneira a se minorar a solução das questões pelo reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, acarretando em contrapartida o aumento dos gastos públicos, e deve ser atendido todo o programa constitucional da regulação.<sup>336</sup>

Como se viu, a questão da regulação está intrinsecamente relacionada à alocação de direitos.

É nesse passo que ganha importância a função reguladora, com sua relevante atividade de harmonização de subsistemas, de forma a direcionar os setores da convivência social e econômica na busca do máximo de eficiência na solução de seus problemas, ponderando para cada hipótese o uso da flexibilidade negocial privada com o rigor da coercibilidade estatal.<sup>337</sup>

Assim, propõe-se que o Estado deve avançar paulatinamente para uma Administração que siga de acordo com o princípio da correção de erros (*trial and error*), ou seja, “no esforço de controlar as consequências de suas ações a fim de as corrigir a tempo. Portanto, avançará apenas passo a passo e sempre acompanhará cuidadosamente os resultados perspectivados com os realmente alcançados, estando continuamente atento aos efeitos secundários indesejáveis.”<sup>338</sup>

Nesse sentido, os autores europeus propugnam por uma neoregulação, ou regulação por competência, em superação da regulação econômica. Para eles, a regulação estatal buscaria principalmente o estabelecimento dos quadros para que o mercado se

---

**Principios de derecho público económico.** Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999, p. 598-599.

336 Cf. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes, p. 72-98, SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico.** 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 86-87.

337 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.107.

338 ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado.** Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, Coord. de J. J. Gomes Canotilho, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 469-470.

desenvolvesse livremente e regulasse naturalmente suas atividades,<sup>339</sup> respeitando-se, no contexto nacional, a ordem constitucional econômica.

Destarte, o Estado deveria compreender a incompletude do sistema regulatório, de maneira a executar um planejamento estatal que acompanhe diuturnamente os efeitos de suas ações e anteveja os seus efeitos futuros.

Dessa forma, propõe-se como solução para a regulação brasileira a eficiência adaptativa e a análise da eficiência em seu plano dinâmico temporal e espacial, devidamente explanados linhas atrás.

Assim, a regulação deve ser vista como uma atividade em constante evolução, retroalimentada pelo *feedback* de suas decisões. Ela deve compreender o contexto fático e histórico em que se encontra para se moldar ao seu fim último, promover o desenvolvimento nacional, sem que isso se configure num excesso de regulação, mas numa regulação ponderada, essencial, que coteje a dualidade valor social *versus* manutenção das atividades econômicas, quer sejam prestadas pelo Estado, ou pela iniciativa privada.

Então, o direito público tem a complexa missão de regular, *de* modo equilibrado, as relações entre o Estado – que exerce a autoridade pública e o consequente poder de mando – e os indivíduos – que devem se sujeitar a ele, sem olvidar que eles são os donos do poder e os titulares de direitos próprios.<sup>340</sup>

---

339 ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999, p. 549-603.

340 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed., 7ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 110.

## 5 APONTAMENTOS SOBRE GOVERNANÇA NO MARCO REGULATÓRIO DO PRÉ-SAL

### 5.1 Globalização e ressignificação do Estado. Será que a resposta está na governança?

Num ambiente globalizado, onde a supremacia estatal se relativiza diante das diversas mudanças que transpassam as fronteiras físicas, o Estado ganha importância e ressignificação, pois evolui para absorver novas e importantes tarefas com vistas a tornar sua economia competitiva e sustentável diante dos mais diversos entes soberanos e organizações internacionais. Ele passa a ser responsável por mediar, estimular e promover intervenções e regulações.

Como visto no primeiro capítulo desta tese, esse novo cenário exige dos governantes a adoção de ações inovadoras na gestão do setor público. Ao Estado se impõe um perfil inteligente-mediador-indutor, um Estado empreendedor. Ele, para esse intento, necessita de instituições democráticas sólidas; deve ser orientado para a eficiência, eficácia e efetividade; pela busca pela excelência; pela criação de valor público;<sup>341</sup> pela geração de capital social; pela promoção do engajamento cívico; pela coordenação de atores públicos e privados; pela inclusão social e pelo compartilhamento de responsabilidades; pela flexibilidade e inovação; por uma abordagem gerencial; e por um *ethos* no serviço público e competência em recursos humanos, entre outras.<sup>342 343</sup>

Dentro desse cenário multifacetado, impõe-se o uso de novas técnicas de Administração Pública com vistas a se alcançar os anseios de uma sociedade cada vez mais

---

341 Tem-se que o valor público: diz respeito à capacidade da administração pública de atender de forma efetiva e tempestiva as demandas ou carências da população que sejam politicamente desejadas (legitimidade); sua propriedade seja coletiva; e, requeiram a geração de mudanças sociais (resultados) que modifiquem aspectos da sociedade. Cf. MATTIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. In **APGS**, Viçosa, v.2, n.1, pp. 109-134, jan./mar. 2010, p. 125.

342 Cf. MATTIAS-PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública: Foco nas instituições e ações governamentais**. 2. ed. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2009.

343 Cf. MATTIAS-PEREIRA, José. **Governança no Setor Público**. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.

plural e interconectada. Assim, propõe-se o estudo do termo governança como elemento primordial para este desiderato.

Antes, porém, deve-se volver a análise para a sua origem, gestada nas teorias econômicas, onde essa terminologia foi desenvolvida a partir dos estudos da teoria dos custos de transação<sup>344 345 346</sup> e da teoria institucional.<sup>347</sup>

Os primeiros estudos sobre governança, justamente, couberam a Coase.<sup>348</sup> Anos depois, eles foram aperfeiçoados por Williamson.<sup>349</sup>

A governança, conforme as análises de Coase e Williamson, representaria os dispositivos operacionalizados pela firma para conduzir coordenações eficazes voltadas a dois registros: a) os protocolos internos, quando a firma desenvolve suas redes e questiona as hierarquias internas; b) os contratos e as aplicações de normas, quando ela se abre à terceirização. Esse movimento se orienta pela substituição de firmas hierarquizadas, integradas verticalmente, por organizações globais e em rede.<sup>350</sup>

São evidenciados na literatura desses autores sobre a governança: a legitimidade do espaço público em constituição; a repartição do poder entre governantes e governados; os processos de negociação entre os atores sociais (os procedimentos e as práticas, a gestão das interações e das interdependências que desembocam ou não em sistemas alternativos de regulação, o estabelecimento de redes e os mecanismos de coordenação); e a descentralização da autoridade e das funções ligadas ao ato de governar.<sup>351</sup>

---

344 WILLIAMSON, O. E.. **Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications**, New York: Free Press, 1975.

345 WILLIAMSON, O. E.. **The economic institutions of capitalism: Firms markets, relational contracting**. New York: Free Press, 1985.

346 WILLIAMSON, O. E.. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, Ithaca, v. 36, n. 2, p. 269-296, Jun. 1991.

347 MEYER, J.W.; ROWAN, B. **Institutionalizes organizations: formal structure as myth and ceremony**. In: MEYER, J.; SCOTT, R., **Organizational environments: ritual and rationality**. London: Sage Publications, 1992.

348 COASE, Ronald H.. The nature of the firm, **New Series**, Vol. 4, nº 16, (nov., 1937), p. 386-405.

349 WILLIAMSON, O. E.. **Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications**, New York: Free Press, 1975.

350 Cf. MATTIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro, pp. 109-134, In **APGS**, Viçosa, v.2, n.1, jan./mar. 2010, p. 113.

351 MATTIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro, pp. 109-134, In **APGS**, Viçosa, v.2, n.1, jan./mar. 2010, p. 115.

A governança, como exposto, se amolda perfeitamente a responder às novas demandas de uma sociedade globalizada, porquanto evidencia a reformulação dos modelos clássicos de hierarquia e de centralização, passando a analisar como se dão as relações numa sociedade em que é paulatinamente revista a relação entre governantes e governados e onde são desenvolvidas novas formas de negociação entre os diversos atores sociais, nos mais variados âmbitos dos multimeios. Ela, analisa, outrossim, a descentralização da autoridade e das funções de governar, com vistas a dar o adequado atendimento às demandas multipolos. Nesse cenário, então, a governança salta como um importante instrumento de revolução da concepção do Estado, entremeado que está pelos efeitos da sociedade de informação.

No caso da presente tese, a concepção calha perfeitamente diante da natureza jurídica dos polos envolvidos na exploração do Pré-Sal, quais sejam estatais, uma delas com função de gerenciamento, entidades privadas e órgãos do Estado, estes últimos que são presentantes<sup>352</sup> dos desígnios de seus acionistas por assim dizer, ou seja, da coletividade que empreende seus recursos no anseio de vê-los bem administrados.

## 5.2 A conformação da governança dentro de suas concepções econômicas, gerenciais e legais

Nesse momento, passa-se à análise do conceito de governança, quer seja em termos jurídicos, quer seja em termos econômicos, quer seja em termos empresariais, para daí cotejarmos sua compostura como governança do e para o setor público.

Antes, porém, necessário se torna apresentar os elementos que separam a *new public management* da governança. Nesse passo, listam-se os ensinamentos de Pieranti et al.<sup>353</sup>

---

352 Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas, 4ª ed., São Paulo: RT, 1974, p. 286-287 e 412. Para quem o exercício da capacidade das pessoas jurídicas por meio dos órgãos se dá por apresentação, uma vez que os seus administradores são em verdade os órgãos da pessoa jurídica e manifestam a vontade do ente personificado, sendo ele naquele momento.

353 PETERS, Guy; PIERRE, John. **Governance without government? Rethinking public administration**. *Journal of Public Administration Research and Theory*. 8. (2).1998. e PRATS I CATALÁ, Joan. Veinte años de modernización administrativa en los países de la OCDE. Lecciones aprendidas. In: ARGENTINA. Protejo de

***New Public Management X Governança***

<b>Características</b>	<b><i>New Public Management</i></b>	<b>Governança</b>
Desenvolvimento de novos instrumentos para controle e <i>accountability</i> .	Ignora ou reduz o papel dos políticos eleitos, recomendando a independência dos burocratas; <i>accountability</i> é uma questão pouco resolvida; o foco está na introdução dos mecanismos de mercado.	Enfatiza a capacidade de liderança dos políticos eleitos, responsáveis pelo desenvolvimento e gestão de redes público-privadas; <i>accountability</i> continua uma questão pouco resolvida; o foco está na participação de <i>stakeholders</i> , especialmente, no cliente cidadão.
Redução da dicotomia público-privado.	A dicotomia é considerada obsoleta, por causa da ineficiência do Estado. Solução proposta: importação de técnicas gerenciais do setor privado.	A dicotomia é considerada obsoleta, por causa da maior participação de outros atores. Solução proposta: o setor público deve assumir um papel de liderança na mobilização de redes público-privadas.
Ênfase crescente na competição.	A competição é a estratégia central para o aumento da eficiência da gestão pública e para responder melhor ao cliente.	A competição não é vista como estratégia central; o foco está na mistura de recursos públicos e privados, com maior competição, onde for o caso.
Ênfase no controle dos resultados em vez do controle dos insumos.	Foco nos resultados e crítica ao controle dos insumos; Mecanismos como contratos de gestão e acordos de resultados são incentivados.	Existe dificuldade em especificar os objetivos e, conseqüentemente, resultados das políticas públicas; Mecanismos como contratos de gestão ou

		acordos de resultados são incentivados.
Ênfase no papel articulador do Estado.	O Estado deve ser capaz de cortar gastos, ao mesmo tempo em que responde às expectativas crescentes e diversificadas da clientela.	O Estado deve ser capaz de aumentar as coalizões com outros atores, definindo prioridades e objetivos. A comunicação entre os diversos atores é estimulada pela ação do Estado.
Desenho das estruturas organizacionais.	Estruturas governamentais mínimas; Diferença entre formulação e execução de políticas, a partir da lógica <i>agent-principal</i> .	Estruturas interorganizacionais, acompanhadas por modificações na estrutura de pessoas, procedimentos, instrumentos de gestão, planejamento e orçamento e transparência.
Compostura ideológica e política.	Neoliberal com o foco de transformar organizações públicas em similares das privadas, reconhecendo a diferença do produto entregue; Foco em práticas organizacionais privadas; Menos flexível com relação ao contexto.	Democrático. Voltado para parcerias com o setor privado e o terceiro setor por impulso da sociedade; Foco interorganizacional, onde o setor público faz o controle político e desenvolve estratégias para sustentar as ações governamentais por meio das redes; É maleável, adapta-se aos contextos ideológicos e culturais; É multifacetada, plural, busca a eficiência adaptativa e exige flexibilidade, experimentação e aprendizagem via prova e erro.

Apresentado o painel distintivo desses dois importantes modelos, volvemos o estudo à conformação do termo Governança.

Inicialmente, deve-se assestar que sua origem está associada ao trespasse da administração das organizações dos proprietários para terceiros, os quais receberam poderes para administrar os recursos daqueles. Nesse relacionamento, muitas vezes, surgem divergências de interesses em virtude da orientação de cada um dos polos para maximizar seus próprios benefícios.<sup>354</sup>

A partir desses conflitos, com vistas a melhorar o desempenho das organizações e reduzir os conflitos, alinhar ações e trazer mais segurança, foram sendo desenvolvidas as estruturas de governança.

Dessa forma, vê-se que o início de sua concepção se deu nos embates surgidos nas empresas privadas e nas relações de poder nelas existentes, o que fortaleceu e direcionou diversos estudos que paulatinamente foram sendo internalizados na governança do setor público.

Nesse intento, desenvolveram-se estudos aprofundados no âmbito estatal, dentre os quais o mais importante é *Governance and development*, por meio do qual a governança é definida como "a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos econômicos e sociais do país, com vistas ao desenvolvimento."<sup>355</sup>

Pouco tempo depois, a *International Federation of Accountants* (IFAC), apresentou o conceito de governança no setor público: compreende os arranjos políticos, econômicos, sociais, ambientais, administrativos e legais postos em prática para garantir que os resultados pretendidos pelas partes interessadas são definidos e alcançados.<sup>356</sup>

---

354 Cf. (BRASIL). Tribunal de Contas da União. **Governança Pública**: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014, p. 13.

355 WORLD BANK. **Governance and development**. Washington D.C.: World Bank, 1992, p. 1. No original: "governance is defined as the manner in which power is exercised in the management of a county's economic and social resources for development."

356 IFAC. International Federation of Accountants. **Governance in the Public Sector**: A Governing Body Perspective. Study 13. 2001. Disponível em <<http://www.ifac.org>>. Acesso em: 25 fev. 2015, p. 47.

De sua parte, para o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, a governança pública é tida como um:

[...] sistema de gestão e monitoramento das instituições Públicas pelas boas práticas de Governança, orientadas para a ampliação do valor social agregado para a sociedade. Envolve o comprometido ético com a sustentabilidade democrática do Estado de Direito, obedecendo aos princípios de transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade social.<sup>357358</sup>

Mais recente, é o conceito de governança no setor público exposto pelo Banco Mundial:

Governança pode ser amplamente definido como o conjunto de tradições e instituições pelas quais a autoridade de um país é exercido. Isso inclui (1) o processo pelo qual os governos são selecionados, monitorados e substituídos, (2) a capacidade do governo para formular e implementar políticas sólidas de forma eficaz, e (3) o respeito dos cidadãos e do Estado às instituições que governam as interações econômicas e sociais entre eles.<sup>359</sup>

Essa governança pública, voltada a bem administrar os recursos em prol do desenvolvimento, está centrada essencialmente nos mecanismos de liderança, estratégia e controle para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, sempre orientada pela condução de políticas públicas e da prestação de serviços de interesse da sociedade.<sup>360 361</sup>

---

357 IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: < [www.ibgc.org.br/Download.aspx?Ref=Eventos&CodArquivo](http://www.ibgc.org.br/Download.aspx?Ref=Eventos&CodArquivo) > Acesso em: 28 jul. 2010.

358 O IBGC entende que a Governança Corporativa, isto num conceito amplo e mais relacionado ao escopo privado: é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para sua longevidade. IBCG. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 4ª ed., São Paulo: IBGC, 2009, p. 19.

359 WORLD BANK. The International Bank for Reconstruction and Development. **Worldwide Governance Indicators (WGI)**, 2013. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#faq-1>>. Acesso em: 25 Fev. 2015.

360 Cf. (BRASIL). Tribunal de Contas da União. **Governança Pública**: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria / Tribunal de Contas da União. –Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014, p. 40.

361 Segundo a ISO/IEC 38500:2008, a governança pública envolve três funções básicas: a) de avaliação – de maneira a compreender o ambiente, os cenários, o desempenho e os resultados atuais e futuros; b) de direcionamento – de forma a orientar a preparação, a articulação e a coordenação de políticas e planos, alinhando as funções organizacionais às necessidades dos interessados (usuários dos serviços, cidadãos e sociedade em

No âmbito nacional, isto em termos estatais, a governança pública é tratada pela primeira vez no Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), onde é definida como a capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos, ou seja, para a sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas.<sup>362</sup>

A despeito dessa primeira sinalização de conteúdo, foi positivado por meio do Decreto nº 6.021, de 22 de janeiro de 2007, o conceito de governança corporativa no espectro público, senão vejamos:

Art. 1º [...]

IV - governança corporativa: conjunto de práticas de gestão, envolvendo, entre outros, os relacionamentos entre acionistas ou quotistas, conselhos de administração e fiscal, ou órgãos com funções equivalentes, diretoria e auditoria independente, com a finalidade de otimizar o desempenho da empresa e proteger os direitos de todas as partes interessadas, com transparência e equidade, com vistas a maximizar os resultados econômico-sociais da atuação das empresas estatais federais;

Como exposto, vê-se que o conceito legal não avançou nos pontos mais importantes da governança do setor público, limitando-se ao estabelecimento de um padrão de governança voltado às estatais públicas. Mas, mesmo assim, depreende-se dele alguns elementos relevantes do conceito clássico, dentre eles o de transparência, equidade e vocação para a maximização dos resultados econômico-sociais das estatais públicas.

Por outro lado, já dentro da perspectiva constitucional, vê-se que os padrões de governança existem no caput do art. 1º “a República Federativa do Brasil [...] constitui-se em

---

geral), de modo a assegurar o alcance dos objetivos estabelecidos; e c) de monitoramento – de maneira a aferir os resultados, o desempenho e o cumprimento de políticas e planos, confrontando-os com as metas estabelecidas e as expectativas das partes interessadas. ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. In **NBR ISO/IEC 38500**: Governança corporativa de tecnologia da informação, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=40015>>. Acesso em: 1 Out. 2013.

362 Cf. (BRASIL). Presidência da República. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> Acesso em: 25 de fevereiro de 2015, p. 11 e 45.

Estado Democrático de Direito”. Esses elementos indicam que o cidadão escolhe seus representantes e que o poder não está concentrado no governo, mas emana do povo.

Postas as premissas, dentro do cenário nacional, propõe-se que o conceito de governança deve representar os seguintes elementos: é um sistema de gestão e monitoramento do exercício do poder do Estado, um Estado que deve assumir o papel de liderar e mobilizar os atores sociais e as redes, orientado pelo aumento do valor social agregado e pelo desenvolvimento e sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, mediante a maximização dos resultados sociais, propiciada pelo comprometimento ético, pela transparência, pela equidade, pela prestação de contas, pela responsabilidade social, por processos de escolha qualificados, por estruturas interorganizacionais flexíveis, pela participação e compreensão dos interessados, com vistas a garantir políticas públicas eficazes, efetivas e eficientes, estas últimas em seu modo adaptativo.

### 5.3 A importância das dimensões que envolvem o termo governança

As dimensões do termo governança implicam nos quadrantes sobre os quais a sua influência e interpenetração se torna fundamental para o atendimento dos seus fins.

Nesse passo, direciona-se a análise ao aprofundado estudo *Governance and development*, onde são apresentadas as dimensões necessárias à boa governança: administração do setor público; quadro legal para o desenvolvimento; participação e *accountability*; e informação e transparência.<sup>363</sup>

Essas dimensões são descritas pelo Banco Mundial da seguinte forma: a) primeira dimensão: relacionada à melhora da capacidade de gerenciamento econômico da prestação de serviços sociais. Trata-se de preocupação com questões relacionadas à capacidade burocrática

---

363 Cf. WORLD BANK. **Governance and development**. Washington D.C.: World Bank, 1992, p. 6.

do Estado;<sup>364</sup> b) segunda dimensão: é relativa ao estabelecimento de um marco legal, que se oponha à "síndrome da ilegalidade", e que garanta os direitos de propriedade contra o roubo, a violência e outros atos predatórios. Para além, deve obstar o exercício arbitrário e inesperado do governo na regulação e deve garantir a previsibilidade das decisões judiciais;<sup>365</sup> c) terceira dimensão: relaciona-se ao quadro legal para o desenvolvimento. Envolve os elementos formais para a existência de um sistema legal e os elementos materiais do conceito de justiça, equidade e liberdades civis e políticas. Trata da existência de regras conhecidas previamente, cujo cumprimento é garantido por um órgão judicial independente, e procedimentos para modificá-las, quando elas não se prestem mais aos seus propósitos;<sup>366</sup> d) quarta dimensão: transparência e participação. Elas aumentam a eficiência econômica e envolvem a disponibilidade de informações sobre as políticas governamentais, a transparência dos processos de formulação de políticas e alguma oportunidade para que os cidadãos possam comentar ou influenciar a elaboração das políticas públicas.<sup>367</sup>

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE, a seu turno, em seu texto *Governance of state-owned enterprises*, estabeleceu seis dimensões para a efetiva governança, estas mais voltadas para a temática das estatais públicas: a) ações que assegurem uma estrutura jurídica e regulatória efetiva para as empresas estatais; b) ações que respaldem o papel do Estado como proprietário; c) tratamento igualitário de acionistas, d) políticas de relacionamento com os *stakeholders*; e) transparência e divulgação de informações; f) definição das responsabilidades dos Conselhos.<sup>368</sup>

Em publicação mais recente, o Banco Mundial refinou o posicionamento de 1992, muito embora se entenda que as dimensões outrora apresentadas não sejam de todo

---

364 WORLD BANK. **World Development Report 1997: The State in a Changing World**, Washington, D.C., World Bank, 1997, p. 116.

365 WORLD BANK. **World Development Report 1997: The State in a Changing World**, Washington, D.C., World Bank, 1997, p. 41 e ss.

366 WORLD BANK. **Governance and development**. Washington D.C.: World Bank, 1992, p. 30.

367 WORLD BANK. **Governance and development**. Washington D.C.: World Bank, 1992, p. 40.

368 OECD. **Governance of State-Owned enterprises**. Guidelines on the corporate. 2005. Paris: OECD. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/34803211.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

dispensadas, e assestou a existência de seis dimensões para a governança do setor público, que são medidas por meio dos seguintes indicadores: a) voz e responsabilização- que captura a medida em que os cidadãos de um país são capazes de participar na seleção de seu governo, com liberdade de expressão, de associação e com mídia livre; b) Estabilidade Política e Ausência de Violência / Terrorismo - captura as percepções do risco de instabilidade política e / ou violência politicamente motivada, incluindo o terrorismo; c) efetividade governamental - captura a percepção da qualidade dos serviços públicos, a qualidade dos serviços civis e o seu grau de independência das pressões políticas, a qualidade da formulação e implementação de políticas, e a credibilidade e o compromisso do governo com tais políticas; d) Qualidade Regulatória - captura a percepção da capacidade do governo para formular e implementar políticas e regulamentos que permitam promover o desenvolvimento do setor privado; e) Estado de Direito - captura as percepções e a medida em que os agentes têm confiança e respeitam as regras da sociedade, e em particular a qualidade da execução de contratos, direitos de propriedade, a polícia, os tribunais, bem como a probabilidade de crime e violência; f) controle da corrupção - - captura a percepção da extensão em que o poder público é exercido para ganhos privados, incluindo tanto as formas insignificantes de corrupção, assim como a "captura" do Estado por elites e interesses privados.<sup>369</sup>

Essas dimensões são fundamentais para se compreender os desideratos e os fins da governança corporativa, bem como para entender os fundamentos para se falar dos princípios informadores dessa nova técnica de gestão governamental. Elas predisõem e sinalizam que o Estado deve possuir técnicas mais eficazes de gerenciamento da sua atividade econômica e de seus serviços sociais. Ele deve possuir um quadro legal que assegure a superação da síndrome da ilegalidade, que se socorre da existência de leis falhas que não interpretam em sua inteireza o contexto fático em que se situa o Estado investidor e os efeitos das oscilações do mercado. Um quadro que desenvolva a atividade empreendida, que reafirme o Estado como proprietário, que garanta a estabilidade necessária aos empreendimentos econômicos em decorrência de um judiciário independente, que trate igualitariamente todos os acionistas e que defina as responsabilidades dos dirigentes. Situação essa que só pode se firmar em um

---

369 WORLD BANK. The International Bank for Reconstruction and Development. **Worldwide Governance Indicators (WGI)**, 2013. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#faq-2>>. Acesso em: 25 Fev. 2015.

ambiente transparente e participativo, onde acionistas, cidadãos e os grupos de interesse (*stakeholders*) possam ter vez e ter ponderada a sua relevância na complexa estrutura relacional. Esse Estado, portanto, deve criar um clima de estabilidade institucional aurida mediante a qualidade de seus serviços, de suas leis e de suas políticas, que devem ser cumpridas em sua inteireza com a compreensão firme da existência da necessidade de se instituírem óbices ao ganho privado decorrente dos desvios do uso do poder público.

#### 5.4 Princiologia da governança pública

É de se citar nesse ponto o estudo da *International Federation of Accountants* (IFAC), denominado *Governance in the public sector: A governing body perspective* (2001). Por meio dele são listados três princípios fundamentais de governança no setor público: a. *Openness* (Transparência): serve para assegurar às partes interessadas (sociedade) a confiança no processo de tomada de decisão e nas ações das entidades do setor público, na sua gestão e nas pessoas que nela trabalham; b. *Integrity* (Integridade): trata de procedimentos honestos e perfeitos. É baseada na honestidade, objetividade, normas de propriedade, proibidade na administração dos recursos públicos e na gestão da instituição; c. *Accountability* (dever de prestar contas): as entidades do setor público e seus agentes devem responder por suas atividades e explicar e justificar as suas decisões e ações, de maneira a possibilitar que os usuários e grupos de pressão entendam e deem o retorno com relação a essas atividades, particularmente com relação às finanças públicas.<sup>370</sup>

Avançando e aprofundando os princípios carreados acima, trazemos à liça os ensinamentos de Marques. Para ela, os princípios norteadores da governança pública seriam:<sup>371</sup> a. liderança - com uma clara identificação e articulação da responsabilidade, que

---

370 IFAC. International Federation of Accountants. **Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective**. Study 13. 2001. Disponível em <<http://www.ifac.org>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

371 MARQUES, Maria da Conceição da Costa. **Aplicação dos princípios de governança corporativa no setor público**. Rev. Adm. Contemp. vol.11 no.2 Curitiba Abr./Jun., 2007, p. 19-20. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-65552007000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000200002)> Acesso em: 24 fev. 2015.

compreenda a real relação com os *stakeholders*, que gerencie os recursos e os resultados pretendidos e que se mova por uma transparente comunicação e definição clara das prioridades do governo; b. compromisso - diz respeito ao comprometimento dos envolvidos, mediante uma boa orientação das pessoas, que envolve comunicação, ênfase nos valores da entidade, conduta ética, gestão de risco, amplo relacionamento com cidadãos e os clientes e a prestação de serviços com qualidade; c. integridade – relacionada com a honestidade, a objetividade e os altos valores sobre a propriedade e probidade na gestão dos negócios. Ela depende da eficácia dos controles adotados, dos padrões pessoais e do profissionalismo dos componentes da organização. É refletida nas práticas e processos de tomada de decisão e na qualidade e credibilidade do relatório de resultados; d. responsabilidade (*accountability*) – está relacionada à identificação das tarefas de todos os interlocutores na organização, as suas responsabilidades, com o reconhecimento da relação entre os *stakeholders* e aqueles a quem confiam à gestão dos recursos e de resultados; e. transparência – garantir aos *stakeholders* a confiança na tomada de decisão e nas ações de gestão das entidades públicas, por meio da abertura e conhecimento das informações. A informação é um recurso público e não pode ser detida por ninguém; f. integração – garantir que os vários elementos de uma governança corporativa estão integrados, dentro de uma gestão sistêmica, integrada e bem compreendida e aplicada por todo corpo da organização.

Todo esse cabedal principiológico, e nisso se concorda com o IFAC, permite: a) garantir a entrega de benefícios econômicos, sociais e ambientais para os cidadãos; b) garantir que a organização seja, e pareça, responsável para com os cidadãos; c) ter clareza acerca de quais são os produtos e serviços efetivamente prestados para cidadãos e usuários, e manter o foco nesse propósito; d) ser transparente, mantendo a sociedade informada acerca das decisões tomadas e dos riscos envolvidos; e) possuir e utilizar informações de qualidade e mecanismos robustos de apoio às tomadas de decisão; f) dialogar com e prestar contas à sociedade; g) promover o engajamento das partes interessadas; h) garantir a qualidade e a efetividade dos serviços prestados aos cidadãos; i) promover o desenvolvimento contínuo da liderança e dos colaboradores; j) definir claramente processos, papéis, responsabilidades e limites de poder e de autoridade; k) institucionalizar estruturas adequadas de governança; l) selecionar a liderança tendo por base aspectos como conhecimento, habilidades e atitudes

(competências individuais); m) avaliar o desempenho e a conformidade da organização e da liderança, mantendo um balanceamento adequado entre eles; n) garantir a existência de um sistema efetivo de gestão de riscos; o) utilizar-se de controles internos para manter os riscos em níveis adequados e aceitáveis; p) controlar as finanças de forma atenta, robusta e responsável; q) fornecer aos cidadãos dados e informações de qualidade (confiáveis, tempestivas, relevantes e compreensíveis); r) fortalecer o compromisso com a integridade, com os valores éticos e com o Estado de Direito; e s) determinar as intervenções necessárias para otimizar a realização dos resultados pretendidos.<sup>372</sup> <sup>373</sup>

Portanto, a governança na Administração Pública deve possuir como elementos retores: a transparência, como salvaguardadora da tutela da confiança; a integridade, auferida por procedimentos honestos e de qualidade; o dever de prestar contas, inerente à responsabilização do agente por seus atos, ao dever de explicar e justificar suas escolhas e à compreensão das suas funções e missão na instituição; a liderança, conquistada pela adequada compreensão dos grupos de interesse e de uma comunicação clara; o compromisso, decorrente da ênfase nos valores, na ética, na gestão de risco e na qualidade dos serviços; a integração, ou seja, a garantia da interconexão de todos os elementos da organização. Enfim, ela se orienta pelo fato de deixar claro o papel de cada ator, definindo as suas competências, responsabilidades, procedimentos, sempre voltados a uma máxima interlocução e transparência no atuar administrativo, com vistas a se possibilitar a entrega dos benefícios esperados com qualidade e efetividade.<sup>374</sup>

---

372 Cf. (BRASIL) Tribunal de Contas da União. **Governança Pública**: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014, p. 16.

373 Cf. IFAC. International Federation of Accountants. **Good governance in the public sector**: consultation draft for an international framework, 2013. Disponível em: <<https://www.ifac.org/publications-resources/good-governance-public-sector>>. Acesso em: 25 Fev. 2013.

374 Para IVANEGA, a governança seria: un modelo de gobierno, cuyos fines y relaciones políticas, sociales y económicas, se articulan con la sociedad y el mercado. [...] De esta forma, se configuran redes intergubernamentales e interadministrativas que intervienen en la elaboración y ejecución de las políticas públicas y que colaboran con las organizaciones gubernamentales y otros agentes sociales. IVANEGA, Miriam Mabel. Reflexiones acerca de los contratos administrativos en el siglo XXI, p. 93-116, in MOLINA B., Carlos Mario; Rodríguez R., Libardo. **El derecho público en iberoamerica**: evolución y expectativas. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2010, p.105.

## 5.5 Propostas de otimização para o marco legal do pré-sal

Perpassado o ambiente que deve informar a concepção da governança estatal, listam-se os principais conceitos e recomendações contidas no código de melhores práticas de governança corporativa, e porque não de condutas, formulado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa: a) transparência: o gestor deve ser informado pelo “desejo de informar.” Fazendo isso, cria um clima de confiança tanto nas relações internas quanto na relação com a sociedade. Devem ser prestadas todas as informações, inclusive aquelas que norteiam a ação gerencial e a condução à criação de valor público; b) equidade: O tratamento justo e igualitário a todos os grupos minoritários, sejam de capital ou dos chamados *stakeholders* (colaboradores, clientes, fornecedores etc.). Qualquer atitude ou política discriminatória é considerada inaceitável; c) *Accountability*. É o dever de prestar contas. Os gestores têm obrigação de prestar contas, assumindo integralmente as consequências de seus atos e omissões; d) responsabilidade corporativa. Os gestores devem zelar pela sustentabilidade da organização, incorporando, para isso, considerações de ordem social e ambiental na definição dos negócios e operações.<sup>375</sup>

Mas como alcançar a governança no âmbito da Administração Pública. De acordo com o CIPFA , deve-se: a) focar o propósito da organização em resultados para cidadãos e usuários dos serviços; b) certificar-se de que os usuários recebem um serviço de alta qualidade; c) certificar-se de que os contribuintes recebem algo de valor em troca dos aportes financeiros providos; d) realizar, efetivamente, as funções e os papéis definidos; e) tomar decisões embasadas em informações de qualidade; f) gerenciar riscos; g) desenvolver a capacidade e a eficácia do corpo diretivo das organizações; h) prestar contas e envolver efetivamente as partes interessadas; i) ter clareza acerca do propósito da organização, bem como dos resultados esperados para cidadãos e usuários dos serviços; j) definir claramente as funções das organizações e as responsabilidades da alta administração e dos gestores, certificando-se de seu cumprimento; k) ser claro sobre as relações entre os membros da alta administração e a sociedade; l) ser rigoroso e transparente sobre a forma como as decisões são

---

375 IBCG. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 4ª ed., São Paulo, SP: IBGC, 2009, p. 19. A primeira edição deste código foi lançada em 1999.

tomadas; m) ter e usar, estruturas de aconselhamento, apoio e informação de boa qualidade; n) certificar-se de que um sistema eficaz de gestão de risco esteja em operação; o) certificar-se de que os agentes (comissionados ou eleitos) tenham as habilidades, o conhecimento e a experiência necessários para um bom desempenho; p) desenvolver a capacidade de pessoas com responsabilidades de governo e avaliar o seu desempenho, como indivíduos e como grupo; q) equilibrar, na composição do corpo diretivo, continuidade e renovação; r) compreender as relações formais e informais de prestação de contas; s) tomar ações ativas e planejadas para dialogar com e prestar contas à sociedade, bem como engajar, efetivamente, organizações parceiras e partes interessadas; t) tomar ações ativas e planejadas de responsabilização dos agentes; u) garantir que a alta administração se comporte de maneira exemplar, promovendo, sustentando e garantindo a efetividade da governança; e v) colocar em prática os valores organizacionais.<sup>376 377</sup>

Primeiramente, tem-se que deve haver uma mudança organizacional a ponto de haver não um dever de informar, mas um desejo de informar. Informação essa que, no caso das estatais, não deve adentrar na composição dos preços do negócio, por ser matéria resguardada pelo segredo das operações de qualquer empresa. Contudo, na relação com os acionistas, essas informações devem ser dadas de maneira ponderada e num nível ótimo tal que consiga aplacar os interesses dos *stakeholders*. Pensa-se até que a informação deve ser modalizada, como não poderia deixar de ser, dentro do grau de necessidades de cada grupo de interesses.

Com relação à equidade, deve-se fomentar e pesar os interesses das minorias com o das maiorias. Contudo, tratando-se de atividade exercida por estatal, este peso deve ser ponderado de forma a que se estabeleçam padrões, ou um quadro mínimo de direitos às minorias, configurando como um núcleo intangível de invasão pela maioria.

---

376 Cf. CIPFA. Chartered Institute of Public Finance and Accountancy. **The good governance standard for public services**, 2004. Disponível em: <<http://www.jrf.org.uk/system/files/1898531862.pdf>>. Acesso em: 25 Fev. 2015.

377 Cf. (BRASIL). Tribunal de Contas da União. **Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria** / Tribunal de Contas da União. –Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014, p. 49-50.

No que se refere ao dever de prestar contas, os gestores devem ter um regime de responsabilização claro, que pondere de igual forma o risco das atividades da corporação. O estabelecimento de matrizes de risco então serve como salvaguarda das decisões destes e como elemento de aferição do desvio de poder a eles conferido.

A ponderação quanto à sustentabilidade da organização na ordem social e ambiental salta em relevância quando da fixação dos padrões decisórios, que devem fazer um juízo prospectivo de futuro e ponderar a possibilidade da interferência de externalidades intergeracionais. Nesse ponto, pondera-se a necessidade da existência de uma terceira via, ou de uma posição contramajoritária obrigatória, ou seja, da existência de um posicionamento contra o que for deliberado. A partir desse elemento, a decisão deve ser ponderada com relação à superação ou justificativa para não se dar crédito ao cenário oposto ao deliberado. A isso, pode-se dar, então, o nome de teoria da refutação da oposição vinculante. Refutação da oposição vinculante por servir de elemento obrigatório para subsidiar a decisão de uma determinada questão, antecedendo, inclusive, os piores e mais negativos cenários.

Feitas essas ponderações, trilhemos uma análise pragmática e empírica de como se deve alcançar a governança nos termos do CIPFA, na produção do pré-sal: a) no caso da PETROBRAS, o foco nos cidadãos e nos usuários se daria pela compreensão da dimensão de *strategic commodity* dos recursos do pré-sal e realizar sua exploração de forma a garantir as ações do Estado de forma sustentável, ou seja, sem explorações exaurientes, nem muito menos explorações lentas demais; b) o serviço de alta qualidade pode ser aferido pelo uso no pré-sal das melhores práticas do mercado, nos termos dos contratos de partilha de produção; c) a certificação do retorno dos investimentos dos contribuintes é justificada pela necessidade de forte combate à corrupção, de maneira a obstar a desvalorização da empresa que inviabilize os investimentos necessários aos futuros empreendimentos; d) a definição dos papéis dos agentes envolvidos decorre da compreensão por parte de cada um dos partícipes do comitê operacional das funções dos outros, de modo a poderem cobrar a correção de desvios de conduta; e) a fundamentação em informações de qualidade pode decorrer de análises técnicas

apuradas e auditadas a integrar o procedimento decisório. Tudo deve estar inventariado e procedimentalizado, para além de sofrer revisão por grupos interdisciplinares. Nesse passo, deve-se fazer uso da teoria da refutação da oposição vinculante, justificando o seu descrédito com fundamentos que atestem a inviabilidade do cenário negativo proposto; f) o gerenciamento de riscos deve se pautar por matrizes de riscos obrigatórias e vinculantes que justifiquem a razoabilidade de uma decisão ou o seu descompasso em manifesto desvio do poder conferido; g) o desenvolvimento da capacidade e eficácia do corpo diretivo da organização se dá por meio do estabelecimento claro das competências, das metas de atingimento e de treinamentos pontuais e estratégicos capazes de adequar as atividades desse corpo às mudanças ocorridas no contexto fático. Assim, passa por uma estruturação forte e precisa em gestão de pessoas, de forma que o setor identifique de maneira pronta os focos de distorção e oferte e engaje os gestores para a compreensão e superação dos fatos encontrados. A eficácia, assim, virá da produção de efeitos relevantes qualitativamente em decorrência de deliberações bem fundamentadas do corpo diretivo; h) a prestação de contas com o envolvimento dos interessados impõe a clareza da informação e a prestação delas num nível que seja compreendido e que atenda às necessidades dos grupos de interesses. Essa informação deve ser demonstrada com dados técnicos a justificar e fundamentar as opções adotadas; i) a clareza no propósito e nos resultados vem justamente da delimitação das atribuições e dos serviços que devem ser prestados pela organização, de modo a se evitar o velho jargão personalíssimo de que “isto não pode ser feito, mas para você”; j) a definição clara das funções permite o acompanhamento e a certificação do cumprimento por parte de seus atores. Assim, caso incorrido em descumprimento, a responsabilização do gestor ficará mais clara, bem como servirá de elemento inibidor de comportamentos dissonantes; k) a clareza na relação entre membros da administração e os membros da sociedade é elemento fundamental para se garantir a efetividade de sua atividade. Nesse ponto, deve-se compreender a real importância e dimensão dos grupos de interesse para o sucesso da organização, por meio do estabelecimento claro de um quadro negocial, assim digamos, onde os grupos de interesse saberão que os seus pleitos podem ir até determinado ponto. Nesse sentido, eles devem ser treinados para entender o regime jurídico da organização e os elementos que condicionam as deliberações políticas. Assim, propõe-se como padrão mínimo para isto, o estabelecimento de dois limites iniciais, a qualidade do serviço e o menor dispêndio de gastos públicos. Ou seja, pode-se utilizar as melhores e mais econômicas

práticas do mercado como elementos de definição das políticas. A clareza da relação deve estar atrelada a um dever de integridade, ou seja, de honestidade e objetividade na condução das atividades; l) o rigor e a transparência na tomada das decisões da organização, decorre da instituição de procedimentos que assegurem os registros necessários a recompor a base decisória. Isso pode ser extraído de reuniões devidamente registradas em atas e da compreensão do que é o âmbito político e do que é o âmbito técnico da decisão, de maneira a que as decisões técnicas sejam amparadas em grupos multidisciplinares a fundamentar a escolha a ser adotada; m) as estruturas de aconselhamento, apoio e informação de boa qualidade são fundamentais a uma boa governança. O aspecto político da ação estatal deve vir amparado em laudos e pareceres técnicos feitos por setores devidamente capacitados e aparelhados, sob pena de haver implemento só no papel, com perda substancial de efetividade e eficácia; n) a operacionalidade de um sistema eficaz de gestão de risco surge quando se implementam sistemas de gerenciamento de rotinas que afirmam matrizes de risco, indicadores de produtividade e planos de resultados e ou entregas; o) a certificação de que os agentes tenham a habilidade, o conhecimento e a experiência necessários ao bom desempenho decorre de uma boa política de gestão de pessoas e da fixação de perfis profissiográficos para o desempenho de determinadas funções. Para além, devem ser ofertadas capacitações que expliquem e desenvolvam essas habilidades; p) a instituição da política de avaliação de desempenho deve ser devidamente antecedida da explicação da sua importância e da necessidade de se aferir se os comportamentos dos agentes se encontram de acordo com as diretrizes da organização. Para tanto, necessário se torna o estabelecimento de comitês de ética para que a aferição desse desempenho seja feita por questionários ou formulários que reflitam objetivamente os anseios da organização, de maneira a se obstar o uso político deles para se desprestigiar gestores que estejam a implementar mudanças fortes na estrutura organizacional que, nem sempre, gozem de simpatia pelos demais agentes da organização. Para tanto, o estabelecimento de desvio padrão nas pesquisas e o amadurecimento dos efeitos que as externalidades possam representar sobre os fatores é medida fundamental para se conseguir de maneira adequada extrair a conformidade do desempenho com a realidade da instituição; q) o equilíbrio no corpo diretivo entre continuidade e renovação é fundamental para que não ocorra solução de continuidade em projetos ou programas institucionais, bem como para dar visão mais ampla, em decorrência da oitiva dos agentes mais experientes sobre medidas inovadoras ou que se encontrem “na moda”; r) a compreensão das relações formais e

informais de prestação de contas decorre da necessidade de se entender que os agentes de uma organização, via de regra, continuam por longas datas em sua estrutura. Dessa forma, com vistas a evitar a desmotivação por ideias equivocadas de perseguição, deve-se entender que prestar contas é um dever que envolve um espectro mais amplo de elementos, ou seja, a existência de relações de poder internas de uma organização e a existência de círculos de amizade ou de proteção que, em grande medida, quedam por desvirtuar ou apresentar uma concepção equivocada desse dever. Assim, a prestação de contas deve ponderar e institucionalizar esses elementos de maneira a internalizar esses elementos externos e utilizá-los em favor da organização. Assim, o ideal é fixar o dever de prestar contas como uma obrigação legal, objetiva, e que, por isso, não está pondo em xeque o exercício de uma função, mas que essa medida faz parte da inteireza e complexidade da atividade no âmbito da organização; s) o engajamento dos grupos de interesse por meio de ações ativas e planejadas é fundamental e decorre do diálogo e da justificação dos gastos. Por meio dessas estruturas de transparência se legitima a atividade da Administração e se desmistificam preconceitos ou pré-compreensões. O engajamento, então, surge como decorrência da legitimação. Por meio dele, as ações e projetos serão desenvolvidos com maior eficácia e efetividade. Tudo isso passa, também, pela compreensão de que os grupos de interesse possuem áreas de transição entre a atividade da organização, áreas estas que devem ser exploradas para que os projetos afins se desenvolvam e contribuam, sempre, para a criação de um valor público. Essa estrutura pode ser sobremaneira implementada por uma boa-governança no comitê operacional nos contratos de partilha de produção do pré-sal; t) as ações ativas e planejadas de responsabilização dos agentes surgem em decorrência da mudança da cultura organizacional. Para tanto, deve existir clareza por parte dos agentes sobre as suas atribuições e responsabilidades. A partir desse quadro, que pode ser conquistado por meio de capacitações e por determinação da alta Administração quanto ao refazimento de determinadas etapas do procedimento, é que se cria o ambiente adequado para o início da responsabilização dos agentes, uma responsabilização não somente em termos punitivos, mas de realização do programa institucional de que foram incumbidos; u) o comportamento exemplar da alta administração e a sustentação e garantia da efetividade da governança decorre do bom recrutamento dos cargos estratégicos, que deve estar atrelada à competência, capacidade, integridade e experiência. A partir daí, esta alta Administração deve estar imbuída da necessidade de se sustentar a Administração, ou seja, de garantir a legitimidade das suas ações

numa perspectiva que afira o passado, por meio da manutenção dos bons projetos, o presente, pelo reforço das boas condutas e pela evolução ou aprimoramento de projetos existentes, e o futuro, por um juízo prospectivo dos efeitos que a ação empreendida pode gerar num espectro amplo, que envolva a eficiência, a eficácia e a efetividade das medidas adotadas; v) colocar em prática os valores organizacionais, por fim, é sistematizar os bons produtos e serviços prestados pela organização, dar-lhes o reconhecimento de valor público e reforçar os elementos intrínsecos deles em toda a ação que venha a ser realizada. Ou seja, passa pelo reconhecimento, positividade e reiteração.

Feito esse imenso painel de como se deve alcançar a governança no setor público, direciona-se a inteligência para a análise da internalização desses procedimentos, ou não, por parte dos agentes que vão desempenhar a exploração do pré-sal.

Para além do quadro estabelecido no capítulo 2, mais especificamente no item 2.2 desta tese, têm-se como elementos de governança entranhados no regime de partilha de produção do pré-sal: a) a fixação da propriedade do petróleo nas mãos do Estado, de maneira a aumentar o seu controle sobre a produção; b) o mínimo de 30% (trinta por cento) de participação da Petrobras nas atividades de exploração e produção, das quais é a única operadora; c) o aporte de receitas governamentais por meio de *royalties*, bônus de assinatura, tributos e óleo; d) o deslocamento do risco do empreendimento aos contratados e à Petrobras; e) o gerenciamento do Comitê Operacional pela Pré-Sal S/A; f) a instituição da prudência e do desenvolvimento nacional como elementos informadores da produção; g) a necessidade de maximizar e otimizar a captação de rendas e transformar um ativo exaurível (petróleo) em permanente (conhecimento, tecnologia e processos produtivos eficientes); h) a escolha dos parceiros privados pela maior proposta de parcela do excedente do óleo; i) a concepção de que o petróleo é uma *strategic commodity*; j) o modelo busca socializar as recompensas; k) o Estado deve assumir uma feição empreendedora, de maneira a que instaure uma governança que impõe o desenvolvimento de empreendimentos públicos e privados; l) a equalização de riscos entre a estatal operadora e as empresas privadas; m) a necessidade de instituição de uma reforma política que empodere mais setores da sociedade, e que não a limite na representatividade de uma pessoa; o) a criação de ambiente propício ao diálogo institucional,

quer seja por arbitragem intragovernamental, quer seja por arbitragem fora da estrutura de governo; o) a instauração de uma formação decisória policêntrica, que se espera minore ou aumente o controle da ingerência política desviante noticiada no Capítulo 2.<sup>378</sup>

Outrossim, a Petrobras internalizou diretrizes de governança pública em seus documentos, como se pode ver no seu Código de Ética,<sup>379</sup> do ano de 2006, no seu Guia de Conduta<sup>380</sup>, de 2014, e no seu Programa de Prevenção de Corrupção<sup>381</sup>, de 2014.

Ocorre que diante do contexto levantado na operação lava-jato, boa parte desses elementos veio de maneira tardia, competindo tão somente ao Código de Ética implementar medidas de governança de longa data.

Todavia, aparentemente, esses elementos não surtiram os efeitos esperados, onde se pode depreender que houve falha na regulação, mormente quando ocorreu: a) a inadequada execução da lei; b) a captura por grupos de interesse (*stakeholders*), ou seja, não houve compreensão de como se deve dar a relação com os grupos de interesses; c) a existência de controles insuficientes; d) o desvirtuamento da liderança, onde, em vez de dar exemplo, direcionou a atividade para o desvio de recursos públicos, em manifesto descompromisso com a atividade exercida e com a integridade que deve informar os cargos diretivos; e) não atuou de forma responsável com as finanças, adotando decisões desamparadas de mecanismos de qualidade e gestão de riscos; f) não foi transparente, de forma a permitir de maneira rápida a correção do percurso.<sup>382</sup>

---

378 Caselli entende que o desafio do novo marco regulatório está em buscar a coordenação interinstitucional diante das novas competências, de maneira a se minorar as sobreposições de atribuições e assegurar a harmonia necessária a que se alcancem os objetivos esperados com a nova legislação. Cf. CASELLI, Bruno Conde. O pré-sal e as mudanças da regulação da indústria do petróleo e gás natural no Brasil: uma visão institucional. p. 111-140, in **Revista brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out/dez, 2011, p. 139.

379 (BRASIL). Petrobras S/A. **Código de Ética da Petrobras**. Disponível em: <http://investidorpetrobras.com.br/pt/governanca/codigo-de-etica/>. Acesso em: 25 jan. 2015.

380 (BRASIL). Petrobras S/A. **Guia de Conduta da Petrobras**. Disponível em: <http://investidorpetrobras.com.br/pt/governanca/guia-de-conduta-da-petrobras/>. Acesso em: 25 jan. 2015.

381 (BRASIL). Petrobras S/A. **Programa de Prevenção da Corrupção**. Disponível em: <http://investidorpetrobras.com.br/pt/governanca/programa-petrobras-de-prevencao-da-corrupcao/>. Acesso em: 25 jan. 2015.

382 ?. Entenda a operação lava-jato, da PF. **Folha de São Paulo**. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/especial/2014/escandalonapetrobras/>>. Acesso em: 25 de jan. 2014.

Portanto, para que se torne efetiva a regulação e governança estatal, necessário se torna que se coloquem em prática os procedimentos e os comandos operacionais, sem o que se viverá numa “síndrome de ilegalidade” pela ausência de eficácia de comandos vigentes, porém inefetivos, ou seja, por ausência da normatividade decorrente da ação concretizadora dos intérpretes.

## CONCLUSÃO

Diante da concretização de diversos direitos por parte do Estado, necessário se tornou rever a sua conformação com o objetivo de permitir o cumprimento de seu desiderato de maneira adequada. Nesse intento, as diversas ondas de renovação têm fortalecido hodiernamente a figura do Estado Regulador, um Estado preocupado em maximizar a eficiência de sua atividade por meio de uma relação diagonalizada, de parceria com a iniciativa privada executora de utilidades públicas.

Com vistas a adimplir a diversificação de demandas, opera-se um esforço institucional voltado à proliferação das fontes do direito administrativo e dos centros de produção de normas administrativas, configurando o que se convencionou chamar de policentrismo normativo.

Todas essas alterações institucionais levaram à necessidade da sistematização de um conjunto cada vez maior e diverso de normas administrativas. A resposta sistematizadora decorre da filtragem constitucional do Direito Administrativo, ou seja, da sua Constitucionalização. Por meio dela se estabelece a vinculação do direito administrativo à juridicidade, ou seja, a uma legalidade que extrai normatividade das regras e dos princípios constitucionais administrativos. O norte da atuação administrativa passa a ser a concretização dos direitos fundamentais, que se caracteriza como imposição vinculante a todo o atuar administrativo.

Mas para implementar o vasto rol de direitos fundamentais, o Estado deve captar recursos e seguir guiado principalmente pelo esforço em implementar o direito fundamental ao desenvolvimento econômico. Nesse intento, reorientado o seu rumo, conclui-se que o desenvolvimento só virá alcançado por uma nova compreensão em que o Estado se apresente como motivador, empreendedor e regulador de uma iniciativa privada, cujo direcionamento é movido por padrões elevados de eficiência.

Nesse cenário, a concretização, como método necessário à concepção constitucionalizada do Direito Administrativo, e por estar atrelada ao relacionamento entre

texto e contexto, permite autorizar a concepção de que as externalidades e os custos de transação devem fazer parte da compreensão e da construção normativa realizada pelos intérpretes. Nesse intento, a configuração regulatória do pré-sal deve estar informada pelo desenvolvimento nacional e por uma eficiência, diríamos mista, que busque o maior excedente total para a sociedade (Kaldor-Hicks) e se adapte à experimentação e à evolução de uma regulação que envolva vários polos na conformação da exploração do pré-sal (eficiência adaptativa).

Esse panorama se dará se os resultados positivos forem se apresentando e a população, ciente do percurso de sua realização, legitime a operação efetuada por estruturas mistas público-privadas. Tudo vai decorrer de uma regulação eficiente que se adéque ao contexto do mundo fenomênico e que atenda, em contrapartida, os anseios da sociedade.

Numa perspectiva jurídico-econômica, a eficiência regulatória se apresenta como instrumento à atividade do Estado, direcionando-a na busca de uma boa administração dos recursos públicos e de uma boa regulação estatal. Uma Administração que não se encontre adstrita ao custo e benefício, mas à maximização do bem-estar dos cidadãos, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. Essa maximização de bem-estar, então, deve seguir atrelada a ecoeficiência, ou seja, a um aumento da qualidade de vida que leve em conta o consumo de recursos naturais ponderado pela capacidade de o planeta dar atendimento às demandas sociais sem comprometer as gerações futuras, seguindo, dessa forma, em compasso com o princípio encartado na Lei de Licitações e Contratos da promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Desse modo, o atuar eficiente do Estado para a maximização do bem-estar conduz à concretização do direito fundamental ao desenvolvimento econômico, cuja realização dependerá da geração da riqueza necessária ao atendimento dos custos dos direitos, principalmente daqueles relacionados ao trabalho, à saúde, à alimentação adequada e à educação, e de uma regulação estatal que promova a produção de riqueza e dos bens necessários à obtenção do bem-estar. A realização desse bem-estar deve possuir um quadro conformante, que é definido pela concepção de justiça dentro de uma sociedade, uma concepção que pondere o dimensionamento da distribuição da riqueza, com vistas a evitar a

deslegitimação do Estado por meio da produção de resultados trágicos, sempre dentro de uma visão histórica e fática do direito.

Portanto, a interpretação das normas de conteúdo econômico dentro da Constituição brasileira deve levar em conta a possibilidade de produção de riquezas em conjunto com a eficiente alocação de recursos, ou seja, deve avaliar detidamente os processos de escolha e o agente tomador de decisão.

Para além, como conformação dessa atividade, viu-se que a eficiência da regulação do pré-sal deve ser analisada num plano dinâmico espacial e temporal. Do ponto de vista dinâmico espacial, deve ponderar que os efeitos da ação da União repercutem como externalidades positivas ou negativas sobre as atividades de outros entes federados. Para tanto, deve-se ter em mente que as medidas que um ente federado adote devem ser precedidas de uma análise de sua repercussão nas demais esferas federadas, de maneira a se impor a instituição de matrizes de eficiência interinstitucionais, por meio de comitês intergovernamentais de eficiência. Em se implementando essa medida, entende-se, será garantida a sustentabilidade do sistema como um todo.

A eficiência da regulação do pré-sal deve estar atrelada ainda a uma perspectiva temporal dinâmica, que tenha a compreensão da eficiência dentro dos seus efeitos intergeracionais, ou seja, uma eficiência que projete os efeitos e cenários futuros de uma medida adotada hoje, de forma a se cercar uma ação administrativa de toda a compreensão necessária a formar uma norma de decisão, evitando que ela não se sustente, ou que apresente efeitos nocivos no futuro. Isso se implementa por uma maior participação da população, onde seus atores devem representar os mais diversos nichos e faixas etárias.

Entendeu-se, nesse caso, que melhor seria a perspectiva intergeracional temporal e espacial de Kaldor-Hicks, por dar primazia ao aumento do excedente total, mesmo que alguém perca em prol de outrem.

É justamente dentro desse panorama que se verificou a necessidade de se ponderar adequadamente as externalidades envolvidas na questão. Elas são positivas e negativas, quer

seja no modo intrageracional, quer seja no modo intergeracional. As positivas intrageracionais se apresentam pelo acréscimo do aporte de recursos públicos e pelo crescimento das regiões no entorno das áreas de produção. Para além, o marco regulatório apresenta uma série de induções e direções adequadas, e porque não externalidades positivas. Ele impõe que se afira como ativo a produção, não o bem do patrimônio do Estado, o que induz a um comportamento que priorize e eficientize a produção. Coloca o Estado como repartidor do risco, de forma a estimular a participação privada. Como externalidades negativas intrageracionais, foram cotejados o excesso de controle estatal; a maioria decisória no CO, por parte do Estado; a possibilidade de elevados danos ambientais; a ineficiência da operação por possíveis entraves burocráticos, políticos e por falhas na coordenação de diversos grupos de interesses; a captura dos agentes públicos envolvidos; o abuso exploratório que desvalorize o bem e o exaure de maneira não estruturada. Com relação às externalidades intergeracionais, analisou-se, do ponto de vista positivo, o aumento do desenvolvimento nacional, por meio da aplicação adequada do excedente de recursos, e, do ponto de vista negativo, a perda da qualidade de vida pelas gerações futuras em virtude da poluição e da diminuição do aporte de capitais, de maneira comprometedoras das finanças públicas, caracterizando a doença holandesa. Isto, para o caso de não ocorrer a adequada aplicação dos recursos da partilha de produção.

A regulação do pré-sal, dessa forma, deve obstar comportamentos predominantemente rentistas, pois deve estar atrelada aos resultados da operação num padrão intra e intergeracional, atendendo às necessidades fundamentais e tornando possível a produção de riqueza e a manutenção dos bens essenciais à promoção do bem-estar e à melhoria do desenvolvimento humano.

Com efeito, toda a compreensão do novo marco regulatório deve estar atrelada à soberania de recursos estratégicos que se impõe como garantia da sustentabilidade intergeracional do Estado brasileiro. O petróleo e o gás se apresentam como *strategic commodities*, porquanto respondem por 52,1 (cinquenta e dois vírgula um por cento) da matriz energética nacional. Tendo em vista essa importância, ocorre a necessidade de uma maior governança e eficiência na administração das atividades ligadas a essa cadeia produtiva.

Por isso, a opção pela partilha de produção se apresenta como modelo consentâneo com as necessidades atuais.

O Estado, então, deve ter por missão conduzir e regular adequadamente esses empreendimentos, mudando a concepção outrora reinante de sorte a se ter socializada a recompensa, não os riscos. O Estado, então, deve aprender a usar os meios e os instrumentos para formar e criar mercados, de forma inteligente, inclusiva e sustentável.

Dessarte, para uma adequada regulação do Pré-sal, deve ser levada em conta a volatilidade do mercado de petróleo e apresentada solução que mantenha o substrato necessário à manutenção da matriz energética nacional e que proporcione o aporte de recursos públicos, de maneira a atender ao dever de boa administração, ou de boa-governança, na concretização do Direito Fundamental ao desenvolvimento econômico, elemento basilar para a consagração do mínimo existencial.

Nessa senda, quando se analisam bens intergeracionais, como é o caso do pré-sal, deve-se: a) ponderar a inclusão de uma perspectiva intergeracional, o que pode ser feito com a tomada de decisão por gerações sobrepostas, jovens, adultos de meia-idade e idosos; b) estabelecer estruturas institucionais de longa permanência que fortaleçam a perspectiva intergeracional, com a flexibilidade necessária a permitir a evolução ao longo do tempo; c) suprir a geração atual com uma cota suficientemente ampla de benefícios para que a motive a agir dentro dessa perspectiva. O ideal é que essas estruturas sejam livres, sem a necessidade de mecanismos para reforçar seu cumprimento, de maneira a reduzir seus custos transacionais; d) promover o desenvolvimento sustentável, de maneira a estender as oportunidades geradas às gerações seguintes. Devem ser estabelecidos acordos transacionais de visão previdente. Para isso, a geração atual deve ter uma compreensão melhor das perdas associadas às suas decisões. Isso pode ser garantido se se levar à contabilidade da receita nacional a inclusão da depreciação do estoque do capital natural.

A necessidade de uma visão previdente e precavida na fixação de um marco para a exploração do pré-sal, então, impõe uma regulação estatal eficiente que pondere o caráter

transcendental da atividade administrativa, ou seja, a perenidade dos seus efeitos e do seu substrato, não delimitados pelo tempo e pelo espaço.

Essa regulação estatal, diante da análise do texto e do contexto, é justificada para corrigir os efeitos nocivos das falhas do mercado (assimetrias informacionais, externalidades negativas, insuficiência de bens públicos, competências insuficientes) e das falhas de governo (dentre todas, a teoria da captura).

Da parte das falhas de governo, ganha em importância o risco de captura, ou seja, a contaminação dos agentes com base em interesses próprios, de grupos de interesses e/ou pela falta de investimento necessário à modernização das competências técnicas. Essas falhas decorrem de comportamentos rentistas que acabam por gerar um comércio regulatório paralelo. São exemplos típicos das falhas de governo: a) decorrentes da modelagem concebida na lei que institui o regime regulatório: a.i) a identificação da lei com interesses de grupos privados bem organizados (*stakeholders*); a.ii) leis baseadas em diagnósticos equivocados, análise deficiente de políticas e má informação; a.iii) insensibilidade das leis às dificuldades práticas; a.iv) falhas do legislativo no entendimento de complexos e sistêmicos efeitos das intervenções regulatórias; a.v) falhas de coordenação decorrentes da multiplicação de leis que regulam o mesmo objeto, por vezes, de forma incoerente; a.vi) falhas legais em razão da mudança de circunstâncias e da obsolescência das disposições existentes; a.vii) falhas legais decorrentes da substituição de razões tecnocráticas pelas políticas; b) decorrentes dos erros de implementação dos comandos legais: b.i) insucesso nas estratégias de implementação da regulação; b.ii) pressão de grupos de interesse sobre as agências; b.iii) inadequada informação e equívocos de análise técnica por parte dos funcionários das agências; b.iv) insuficiente consciência dos membros das agências em relação aos efeitos sistêmicos da regulação; b.v) falhas de coordenação na atuação das agências; b.vi) obsolescência de instrumentos e estratégias regulatórias; b.vii) inadequada execução da lei, ou inexecução em virtude da captura por grupos de interesse (*stakeholders*), em decorrência da preservação de interesses da burocracia e por lentidão, torpor ou omissão administrativa; b.viii) controles excessivos ou insuficientes, distorcendo os legítimos fins da regulação legal; b.ix) desvio nos objetivos de leis de regulação e de redistribuição, gerando efeitos oblíquos (beneficiando não exatamente os destinatários da lei) ou perversos (prejudicando, direta ou indiretamente, os próprios

destinatários da lei, ou que gerem paradoxos regulatórios, efeitos opostos aos pretendidos pela regulação); b.x) processos de decisão não democráticos, de pouca ou nenhuma transparência.

Nesse ponto, a eficiência regulatória ganha a função de instrumento para combater os desvios à governança, ou seja, de combate à corrupção.

Já no plano das falhas de mercado, viu-se que a exploração do pré-sal apresenta diversas assimetrias. A principal delas é a decorrente do *moral hazard*, onde diversos fatores, dentre eles o estado de natureza, influirão ou não no nível de esforço despendido pelo agente. Do ponto de vista da produção, isto se torna patente, porquanto, muito embora a Petrobras seja a operadora e exerça o direcionamento das atividades, também cometidas ao CO gerenciado pela PPSA, consegue-se ver o interesse imediato do produtor privado em produzir o máximo possível, mesmo que isso em termos mercadológicos implique em desabastecimento antecipado, necessidade de exportação por ausência de local para estocar a produção ou influência nos preços de mercado para abaixo, em virtude da maior oferta. Esse interesse, inclusive, pode vir a ser encampado também pela Petrobras. Por outro lado, pode surgir o risco de busca de rendas em decorrência do aumento de combustíveis descompassado com o mercado atual.

Diante desses fatores, necessária se torna a adoção de mecanismos reveladores de transparência, dentre os quais a renegociação periódica, a incompletude deliberada, a escolha de uma terceira via decisória (judiciária ou arbitral) e a promoção de arranjos contratuais como direito de opções, contratos específicos de distribuição e até mesmo a integração vertical, manejada pelo uso de *holdings*, tal qual se apresenta a Petrobras e suas subsidiárias.

Esses elementos foram internalizados no marco regulatório do Pré-Sal, o que se confirma diante: a) da estrutura quase aberta e moldável do contrato de partilha de produção, quase um contrato relacional, o que se pode depreender das atribuições do CO dos consórcios do Pré-sal; b) do uso dos instrumentos da arbitragem em larga escala; c) do uso mecanismos de minimização das assimetrias informacionais expostos pela definição da Petrobras como operadora e pela estrutura complexa e dialógica das definições do modelo com uma participação quase policêntrica integrada pela Presidência da República, pelo CNPE, pelo

MME, pela ANP, pela Petrobras, pela PPSA e pelas empresas privadas; e d) da integração vertical, muito comum nas tratativas da Petrobras com suas subsidiárias. Assim, dentro desse panorama, vai se dar relativa segurança e previsibilidade na relação. Portanto, entende-se que o grau de incompletude foi usado de maneira adequada, protraindo *ex post* os custos dentro de uma relação dialogada com vários atores.

Por meio desses instrumentos, pode-se direcionar a alocação de recursos àqueles que possuam melhores condições de gerenciá-los, de forma a maximizar o valor total do projeto (*total project value*), considerando a capacidade de cada parte para influenciar o correspondente fator de risco; influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em relação ao risco; e absorver o risco. Para tanto, entende-se adequada a colocação a Petrobras como operadora do projeto, com um percentual mínimo de sua participação, que corresponde a 30% (trinta por cento) do total, por sua *expertise* e pelo conhecimento do mercado internacional. Além disso, é uma estatal. Contudo, essa situação pode gerar um efeito contrário diante da ausência de recursos e da descapitalização pela qual ela passará em virtude da apuração de possíveis desvios por meio da operação lava-jato.

Nesse trilhar, dentro dos elementos que devem ser ponderados para um real entendimento da regulação do pré-sal, salta em importância a concepção do que sejam os custos de transação. Os custos de transação dizem respeito aos fatores que não se encontram intrinsecamente no valor do negócio e são representados pelos custos de procura e obtenção de informações, pelos custos de negociação e de execução do contrato. A compreensão deles é fundamental como indutora dos modos alternativos de organização da produção (governança). Destarte, fazendo uso dos fundamentos aqui alinhados, viu-se que na exploração do pré-sal os custos de transação se apresentam significativos, mormente os custos exploratórios. O Estado sinalizou que o risco é mínimo e coloca uma estatal sua para operar o negócio, o que dá uma certa garantia ao parceiro privado. Dessa forma, institucionalmente, ele induz o agente privado a participar da exploração e produção, remunerando os dispêndios dele por meio do custo óleo, numa estrutura de contrato de êxito. Para além, a remuneração do parceiro privado é conferida diante da produção, de maneira que se reforça o seu interesse em produzir de maneira a maximizar o bem-estar social. *Ex ante*, dentro do modelo adotado, o Estado determina os custos envolvidos no marco regulatório do pré-sal. *Ex post*, por outro

lado, o CO e o MME vão definir o ritmo e os ajustes na execução do contrato de partilha de produção.

Aprofundando a análise do novo marco, vislumbrou-se o caráter intervencionista misto e policêntrico do modelo. De uma parte, o Estado privatiza parcialmente a gestão, pois empodera parcialmente os agentes privados no CO, mas centraliza o controle e o direcionamento da exploração por meio de estruturas complexas e por meio da ANP, que se torna fiscal e fomentadora da moldura de governança do marco regulatório nos contratos de partilha de produção. O MME e o CNPE atuam na definição dos pontos políticos da questão, fortemente informada pelo reiterado caráter estratégico dos ativos, de forma que direcionam e induzem comportamentos no parceiro privado com vistas a tornar sustentável a produção. A PPSA gere as atividades e verifica a conformidade delas com a governança proposta. O arranjo, então, é multifacetado e faz uso de técnicas regulatórias de indução e direção e de intervenção direta, todas concomitantes, com vistas a aumentar os resultados públicos.

Em larga medida se viu a desregulação no marco regulatório do pré-sal, quando as opções estratégicas e mais importantes de sua conformação são direcionadas ao CNPE, que orientará o Presidente da República e a PPSA, como representante dos interesses da União. Assim, a regulação deixa ao cargo de comitês e de múltiplos órgãos e entidades a fixação dos elementos comerciais da exploração. Como visto, a agência trabalha como auxiliar na concepção dos instrumentos que lhe seriam tipicamente destinados. Aqui, o modelo não impõe a ausência de regulação, mas a regulação necessária, ponderada, excepcional e pontual.

Da análise do Contrato de Partilha de Produção do Pré-Sal, conseguiu-se verificar a existência da ampla função regulatória da ANP na concepção de seus conteúdos. Inclusive, com relação à participação dos envolvidos, tem-se que a discussão do Contrato e do Edital se deu por meio de Consulta Pública e Audiência Pública, na forma do Aviso nº 16/2013, publicado no Diário Oficial da União em 31 de maio de 2013. Além disso, o viés fiscalizatório e de consultoria ao Estado por parte da ANP resta marcante na definição de suas atribuições no novo marco legal.

Ainda dentro do novo marco regulatório, vislumbrou-se nos itens 2.8.1 e 6.3 do contrato de partilha de produção, de maneira clara e contundente, a contrariedade ao disposto no art. 42, § 1º, da Lei 12.351/10, com redação da Lei 12.734/2012. Entendeu-se que o texto do contrato, muito embora a deslegalização ampla que lhe é concedida, contraria disposição expressa na composição dos riscos e dos custos envolvidos em prol das empresas exploradoras. Essa vedação ampla, por ser mais recente, quebra, pelos princípios da interpretação das normas, onde norma mais recente revoga a mais antiga, qualquer antinomia dentro do marco legal da Lei nº 12.351/10 nos seus artigos números 2º, I e III, 10, d, 15, V, 29, V. O equívoco apresentado é tão grave que pode desestabilizar a relação contratual e gerar futuras alegações de reequilíbrio econômico-financeiro em virtude de violação à tutela da confiança, muito embora seja um erro *contra legem* e que só repercutirá efeitos financeiros a partir, provavelmente, de 2019. Nesse ponto, urge a correção imediata do equívoco, quer seja por alteração legislativa, quer seja por Adi. Esse elemento, entende-se, representa a maior falha de governo no novo marco.

A regulação, então, por meio dos seus instrumentos, as agências reguladoras, deve buscar o equilíbrio dos sistemas, corrigindo as falhas de governo e do mercado, de maneira a otimizar a economia, a torná-la mais eficiente; mais produtiva, para fazer frente aos custos das prestações civilizatórias incumbidas ao Estado.

Para atingir essa proposta, tem-se que otimizar o modelo de regulação estatal. Nesse intento, as contribuições do sistema norte-americano se apresentam de fundamental importância para a compreensão da Regulação Estatal por meio das agências reguladoras. Lá é que foram gestadas e amadurecidas as práticas regulatórias, de forma que a evolução dos institutos e a experimentação trazem importantes contributos para compreender o fenômeno da regulação nos dias de hoje.

Desse modo, fazendo-se uso das experiências do sistema norte-americano, têm-se como fórmulas importantes para otimizar e sistematizar a regulação do pré-sal: a) a teoria do procedimento (*procedural model*), por meio da qual as agências se legitimam por garantir aos interessados a participação no processo de tomada de decisões. Essa medida é muito importante, quer em termos de legitimação, quer em termos de clarificação do entorno

regulado. No caso dos contratos de partilha de produção do pré-sal, é utilizada de maneira um pouco diferenciada por parte do CO, cujos atos são analisados pela ANP. Nele, muito embora os parceiros privados sejam minoria e a operação seja de competência da Petrobras, a procedimentalização das decisões se torna medida importante de aferição dos acertos e dos erros e possibilita que todos os agentes participem dialogicamente da tessitura da regulação econômica daquele empreendimento; b) a doutrina da “condição”, pela qual não há violação ao princípio da não delegação quando o Legislativo subordina a atuação do delegado a uma certa contingência especificada previamente. No Brasil, em termos de regulação do Pré-Sal, vê-se que a forte estrutura policêntrica do pré-sal, bem como a existência de diversos partícipes na sua concepção, acaba por vincular a atividade, mormente quando se estatuem as melhores práticas do mercado como elemento de aferibilidade da adequação da Petrobras aos termos da partilha de produção. Esse elemento serve, inclusive, como fórmula de adequação da atividade fiscalizatória e regulatória da ANP. Para além, a ANP estará sujeita à orientação efetuada pelo CNPE e pelo MME, conforme os artigos 9º e 10 da Lei nº 12.351/2010; c) doutrina do “preenchimento dos detalhes”: é válida a delegação quando o Legislativo determina as condições estruturais da legislação, incumbindo ao delegado apenas preencher os detalhes concretos. Em larga medida isto foi feito na regulação do pré-sal, quando se desloca a competência da agência e se carrega para o CO gerenciado por uma estatal, a PPSA, conforme o art. 24, da Lei nº 12.351/2010; d) a doutrina do “princípio inteligível”, por meio da qual não há vício na delegação quando a lei delegante estabelecer um “princípio inteligível”. Para tanto, o legislador deve conferir parâmetros mínimos de atuação, que sejam claros e concretos (*intelligible principle*). Entende-se que a regulação do pré-sal singrou bem esse caminho ao fomentar a contribuição policêntrica de diversos atores na construção dos padrões mercadológicos da operação, os quais têm como elemento referencial as melhores práticas do mercado de petróleo.

No escopo de tudo que foi até aqui desenvolvido, a regulação, dentro de uma perspectiva neoinstitucional, afigura-se como um importante instrumento de influência sobre o resultado econômico, podendo atuar *ex ante*, quando determina os custos de transação da economia, e podendo atuar *ex post*, quando corrige resultados ineficientes.

Assim sendo, propõe-se, diante do que foi relatado na presente tese, que a regulação estatal seja pautada: por uma máxima transparência; por uma racionalidade administrativa material e procedimental, empiricamente direcionada e comprometida com o princípio da eficiência, principalmente no seu teor adaptativo; por uma relação dialogada e negocial com os três destinatários da atividade regulatória; por uma fundamentação multidisciplinar de suas decisões; pela internalização dos princípios constitucionais da prevenção e da precaução em suas relações; por uma análise em perspectiva dos efeitos futuros e sistêmicos da sua atividade, preocupando-se com a estabilidade do mercado; pela sindicabilidade ampla dos atos estatais; por uma internalização institucional dos seus problemas, como, por exemplo, pela regulamentação profunda do *lobby*; por uma adequada alocação de recursos, de forma a reduzir a incerteza por meio de uma gestão dinâmica de acompanhamento dos resultados regulatórios, que propicie a correção das distorções encontradas a tempo e modo.

Volvendo-se essas perspectivas à regulação do pré-sal, tem-se que: a) a regulação do pré-sal deve ter por princípio reitor a maximização da eficiência com vistas a promover o desenvolvimento nacional intergeracionalmente sustentável; b) a decisão dos padrões de mercado, produção e contratações deve ser antecedida de uma análise projecional do futuro ponderando possíveis causas e efeitos; c) o procedimento decisório e os seus documentos devem ser devidamente procedimentalizados e registrados, ressalvada na publicidade os potenciais efeitos de divulgação em perda de competitividade comercial, sempre sobre o prisma da acomodação dos interesses estratégicos nacionais em ponderação com os interesses dos parceiros privados; d) toda a atuação deve ser informada pela prevenção e pela precaução; e) a regulação exercida deve ser entendida como atividade de Estado, não de governo, ou seja, ela não deve ser transitória, mas sempre volver o olhar para o futuro; f) o controle deve ser exercido em maior amplitude em hipóteses de limitada racionalidade técnica; g) devem ser evitadas manifestações ineficientes, inexigíveis e sem uma adequada relação do custo-benefício; h) no caso de insuficiência de regulação, devem ser adotadas medidas para otimizar os resultados, como a arbitragem e a decisão dialogada e fundamentada no CO; i) a análise técnica e de custos sempre deve ter em mente os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana; j) deve se utilizar dos meios menos restritivos possíveis, sempre filtrados pela relevância do interesse estratégico como critério preponderante em possíveis antinomias ou

harmonizações de interesses; k) deve pontuar como elemento determinante a estabilidade do mercado; l) deve afastar as imunidades relativas aos agentes envolvidos na operação, de maneira a se aumentar o risco de reprimenda e a induzir comportamentos previdentes e cautelosos; m) fomentar o diálogo institucional; n) deve ser informado por uma maior coordenação dos envolvidos promovida pelo executivo; o) deve compreender e limitar a influência dos grupos de interesse; e p) deve fixar de forma clara a responsabilização dos agentes.

Dessarte, a intervenção estatal indireta, a regulação, deve ser sensata na busca da promoção do bem-estar, ao lado e a serviço da liberdade e dos direitos fundamentais. Ela deve ser conforme, isto é, orientar e influenciar os agentes econômicos por meio de políticas globais que equilibrem níveis de demanda, condições de repartição, eficiência na alocação e distribuição de recursos, sem lhes eliminar a livre determinação.

Mas como sistematizar todos esses elementos e torná-los efetivos, eficientes e eficazes. Para tanto, faz-se uso da governança. Ela se apresenta como um sistema de gestão e monitoramento do exercício do poder do Estado, um Estado que deve assumir o papel de liderar e mobilizar os atores sociais e as redes, orientado pelo aumento do valor social agregado e pelo desenvolvimento e sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, mediante a maximização dos resultados sociais. Esse sistema tem como elementos informadores o comprometimento ético, a transparência, a equidade, a prestação de contas, a responsabilidade social, processos de escolha qualificados, estruturas interorganizacionais flexíveis, e a participação e a compreensão dos interessados, com vistas a garantir políticas públicas eficazes, efetivas e eficientes, estas últimas em seu modo adaptativo.

Assim, ao Estado, na modernidade, compete formatar uma governança criadora, ativa e voltada à modelagem do mercado. Ele deve se voltar para a inclusão, para uma lógica plural, que dê mais dinamicidade política e econômica à sociedade, empoderando os indivíduos e fortalecendo as coalizões, onde as prestações inclusivas sejam um fim, não um meio para obtenção de renda por grupos extrativistas.

Isso nos leva a crer que uma fórmula de governança para o Pré-sal passa por uma necessária reforma política, que empodere mais setores da sociedade, de maneira a evitar a centralização das decisões de importantes questões na pessoa de um representante político.

Portanto, deve-se construir um quadro legal que assegure a superação da síndrome da ilegalidade, que se socorre da existência de leis falhas que não interpretam em sua inteireza o contexto fático em que se situa o Estado investidor e os efeitos das oscilações do mercado. Um quadro que desenvolva a atividade empreendida, que reafirme o Estado como proprietário, que garanta a estabilidade necessária aos empreendimentos econômicos, garantida igualmente por um judiciário independente, que trate igualitariamente todos os acionistas e que defina as responsabilidades dos dirigentes. Situação essa que só pode se firmar em um ambiente transparente e participativo, onde acionistas, cidadãos e os grupos de interesse (*stakeholders*) possam ter vez e ter ponderada a sua relevância na complexa estrutura relacional. Esse Estado, portanto, deve criar um clima de estabilidade institucional aurida mediante a qualidade de seus serviços, de suas leis e de suas políticas, que devem ser cumpridas em sua inteireza com a compreensão firme da existência da necessidade de se instituírem óbices ao ganho privado decorrente dos desvios do uso do poder público.

Assim, propõe-se como governança voltada a aumentar a eficiência da produção do pré-sal e o desenvolvimento econômico: a) o foco nos cidadãos e nos usuários, decorrente da compreensão da dimensão de *strategic commodity* dos recursos do pré-sal, de maneira a que a produção se dê de maneira racional e garanta as ações do Estado de forma sustentável, ou seja, sem explorações exaurientes, nem muito menos explorações lentas demais; b) um serviço de alta qualidade, decorrente das melhores práticas do mercado, nos termos dos contratos de partilha de produção. Deve ser uma medida real e efetiva, devidamente procedimentalizada por meio de justificativas de economicidade, produtividade e eficiência, aferidas, nos casos de grandes investimentos, por mais de uma auditoria independente. Pode-se, nesse intento, formalizar contratos de gestão no âmbito do CO com vistas a deixar claras as metas do serviço; c) a certificação do retorno dos investimentos dos contribuintes, decorrente de forte combate à corrupção, de maneira a obstar a desvalorização da empresa que inviabilize os investimentos necessários aos futuros empreendimentos; d) a definição dos papéis dos agentes, ou seja, a compreensão por parte de cada um dos partícipes do CO das

funções dos outros, de modo a poderem cobrar a correção de desvios de conduta dos outros partícipes; e) a fundamentação em informações de qualidade das decisões, que pode decorrer de análises técnicas apuradas e auditadas a integrar o procedimento decisório. Tudo deve estar inventariado e procedimentalizado, para além de sofrer revisão por grupos interdisciplinares. Nesse passo, deve-se fazer uso da teoria da refutação da oposição vinculante, justificando o seu descrédito com fundamentos que atestem a inviabilidade do cenário negativo proposto; f) o gerenciamento de riscos pautado em matrizes de riscos obrigatórias e vinculantes, que justifiquem a razoabilidade de uma decisão ou o seu descompasso, quando então se caracteriza o manifesto desvio do poder conferido; g) o desenvolvimento da capacidade e eficácia do corpo diretivo da organização, no caso, dos diversos polos da relação, por meio do estabelecimento claro das competências, das metas de atingimento e de treinamentos pontuais e estratégicos capazes de adequar as atividades desse corpo às mudanças ocorridas no contexto fático. Deve ser um treinamento voltado a capacitar os membros do comitê operacional para que compreendam a finalidade da partilha da produção e os limites colocados à sua execução. Assim, passa por uma estruturação forte e precisa em gestão de pessoas, de forma que se identifique de maneira pronta os focos de distorção e se ofertem cursos e se promova o engajamento dos gestores para a compreensão e superação dos fatos encontrados. A eficácia, assim, virá da produção de efeitos relevantes qualitativamente em decorrência de deliberações bem fundamentadas do corpo diretivo; h) a prestação de contas com o envolvimento dos interessados, fundada na clareza da informação. A prestação deve se dar num nível que seja compreendido e que atenda às necessidades dos grupos de interesses. Essa informação deve ser demonstrada com dados técnicos a justificar e fundamentar as opções adotadas, ressalvadas, com ponderação, aquelas que se apresentem como segredos industriais; i) a clareza no propósito e nos resultados auridos na delimitação das atribuições e dos serviços que devem ser prestados pelos integrantes do contrato, de modo a se evitar o velho jargão personalíssimo de que “isto não pode ser feito, mas para você”; j) a definição clara das funções, de modo a permitir o acompanhamento e a certificação do cumprimento por parte de seus atores. Assim, caso incorrido em descumprimento, a responsabilização do gestor ficará mais clara, bem como servirá de elemento inibidor de comportamentos dissonantes; k) a clareza na relação entre membros da Administração e os membros da sociedade como elemento fundamental para se garantir a efetividade de sua atividade. Nesse ponto, deve-se compreender a real importância e dimensão dos grupos de interesse para o sucesso da

exploração e produção do pré-sal, por meio do estabelecimento claro de um quadro negocial, assim digamos, onde os grupos de interesse saberão que os seus pleitos podem ir até determinado ponto. Nesse sentido, eles devem ser treinados para entender o regime jurídico que envolve os contratos de partilha de produção e os elementos que condicionam as deliberações políticas. Assim, propõe-se como padrão mínimo para isto, o estabelecimento de dois limites iniciais, a qualidade do serviço e o menor dispêndio de gastos públicos. Ou seja, pode-se utilizar as melhores e mais econômicas práticas do mercado como elementos de definição das políticas. A clareza da relação deve estar atrelada a um dever de integridade, ou seja, de honestidade e objetividade na condução das atividades; l) o rigor e a transparência na tomada das decisões do CO, surgida com a instituição de procedimentos que assegurem os registros necessários a recompor a base decisória. Isso pode ser extraído de reuniões devidamente registradas em atas e da compreensão do que é o âmbito político e do que é o âmbito técnico da decisão, de maneira a que as decisões técnicas sejam amparadas em grupos multidisciplinares que subsidiem a escolha a ser adotada; m) o aspecto político da ação estatal deve vir amparado em laudos e pareceres técnicos feitos por setores devidamente capacitados e aparelhados, sob pena de haver implemento só no papel, com perda substancial de efetividade e eficácia; n) a operacionalidade de um sistema eficaz de gestão de risco mediante a implementação de sistemas de gerenciamento de rotinas que afirmem matrizes de risco, indicadores de produtividade e planos de resultados e ou entregas; o) a certificação de que os agentes tenham a habilidade, o conhecimento e a experiência necessários ao bom desempenho em virtude de uma boa política de gestão de pessoas e da fixação de perfis profissiográficos para o desempenho de determinadas funções. Para além, devem ser ofertadas capacitações que expliquem e desenvolvam essas habilidades. A escolha dos gestores dessa atividade deve levar em conta o compromisso com o objeto e o temperamento adequado quando da análise dos pedidos dos grupos de interesses, de maneira que se dê primazia à função de desenvolvimento econômico dos recursos estratégicos gerenciados; p) instituição da política de avaliação de desempenho, devidamente antecedida da explicação da sua importância e da necessidade de se aferir se os comportamentos dos agentes se encontram de acordo com as diretrizes da organização. Para tanto, necessário se torna o estabelecimento de comitês de ética para que a aferição desse desempenho seja feita por questionários ou formulários que reflitam objetivamente os anseios da organização, de maneira a se obstar o uso político deles para se desprestigiar gestores que estejam a implementar mudanças fortes

na estrutura organizacional que, nem sempre, gozem de simpatia pelos demais agentes envolvidos. Para tanto, o estabelecimento de desvio padrão nas pesquisas e o amadurecimento dos efeitos que as externalidades possam representar sobre os indicadores é medida fundamental para se conseguir de maneira adequada extrair a conformidade do desempenho com a realidade das instituições envolvidas; q) o equilíbrio no corpo diretivo entre continuidade e renovação, de modo a se obstar que ocorra a solução de continuidade em projetos ou programas institucionais, bem como para dar visão mais ampla, em decorrência da oitiva dos agentes mais experientes, sobre medidas inovadoras, ou que se encontrem “na moda”. Nesse caso, deve-se implementar instrumento assemelhado a um comitê intergeracional, pois a experiência das pessoas mais antigas pode antecipar cenários possíveis de implementação; r) a compreensão das relações formais e informais de prestação de contas, ou seja, a compreensão de que os agentes de uma organização, via de regra, continuam por longas datas em sua estrutura. Dessa forma, com vistas a evitar a desmotivação por ideias equivocadas de perseguição, deve-se entender que prestar contas é um dever que envolve um espectro mais amplo de elementos, ou seja, a existência de relações de poder internas de uma organização e a existência de círculos de amizade ou de proteção que, em grande medida, quedam por desvirtuar ou apresentar uma concepção equivocada desse dever. Desse modo, a prestação de contas deve ponderar e institucionalizar esses elementos de maneira a internalizar os fatores externos e utilizá-los em favor do contrato. Assim, o ideal é fixar o dever de prestar contas como uma obrigação legal, objetiva, e que, por isso, não está pondo em xeque o exercício de uma função, mas que essa medida faz parte da inteireza e complexidade da atividade no âmbito da organização; s) o engajamento dos grupos de interesse por meio de ações ativas e planejadas, decorrente do diálogo e da justificação dos gastos. Por meio dessas estruturas de transparência se legitima a atividade da Administração, no caso da Administração empreendedora, e se desmistificam preconceitos ou pré-compreensões. O engajamento, então, surge como decorrência da legitimação. Por meio dele, as ações e projetos serão desenvolvidos com maior eficácia e efetividade. Tudo isso passa, também, pela compreensão de que os grupos de interesse possuem áreas de transição com a atividade da organização, áreas estas que devem ser exploradas para que os projetos afins se desenvolvam e contribuam, sempre, para a criação de um valor público; t) as ações ativas e planejadas de responsabilização dos agentes surgem em decorrência da mudança da cultura organizacional. Para tanto, deve existir clareza por parte dos agentes sobre as suas atribuições

e responsabilidades. A partir desse quadro, que pode ser conquistado por meio de capacitações e por determinação da alta Administração quanto ao refazimento de determinadas etapas do procedimento, é propiciado o ambiente adequado para o início da responsabilização dos agentes, uma responsabilização não somente em termos punitivos, mas de realização do programa institucional de que foram incumbidos; u) o comportamento exemplar da alta administração e a sustentação e garantia da efetividade da governança, decorrentes do bom recrutamento dos cargos estratégicos, que deve estar atrelada à competência, capacidade, integridade e experiência. A partir daí, esta alta Administração deve estar imbuída da necessidade de se sustentar a Administração, ou seja, de garantir a legitimidade das suas ações numa perspectiva que afira o passado, por meio da manutenção dos bons projetos, o presente, pelo reforço das boas condutas e pela evolução ou aprimoramento de projetos existentes, e o futuro, por um juízo prospectivo dos efeitos que a ação empreendida pode gerar num espectro amplo e atemporal, que envolva a eficiência, a eficácia e a efetividade das medidas adotadas; v) colocar em prática os valores organizacionais, por fim, é sistematizar os bons produtos e serviços prestados pela organização, dar-lhes o reconhecimento de valor público e reforçar os elementos intrínsecos deles em toda a ação que venha a ser realizada. Ou seja, passa pelo reconhecimento, positividade e reiteração.

Assim, deve ser obstado o populismo regulatório gestado quando se dá primazia ao aspecto político em desprestígio do técnico, deve ser ponderada a proteção dos cidadãos, deve ser mantida a estabilidade do empreendimento, de maneira a se minorar a solução das questões pelo reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, acarretando em contrapartida o aumento dos gastos públicos, e deve ser atendido todo o programa constitucional da regulação.

A regulação, então, deve ser vista como uma atividade em constante evolução, retroalimentada pelo *feedback* de suas decisões. Ela deve compreender o contexto fático e histórico em que se encontra para se moldar ao seu fim último, promover o desenvolvimento econômico sustentável, sem que isso se configure num excesso de regulação, mas numa regulação ponderada, essencial, que coteje a dualidade valor social *versus* manutenção das atividades econômicas, quer sejam prestadas pelo Estado, ou pela iniciativa privada.

Ao Estado, então, deve ser direcionada a missão de adotar as medidas necessárias a garantir uma riqueza inclusiva, uma riqueza que seja aferida pelos aspectos indissociáveis do bem-estar humano relacionados com a saúde, educação, qualidade do ar e da água, beleza natural, lazer e segurança ambiental, dentre outros e que precifique os bens da Natureza.

Portanto, sufraga-se o entendimento de que a regulação será boa quando ponderar que a intervenção do Estado será necessária para garantir prestações de cunho social que desenvolvam a pessoa e igualmente consagrem a livre iniciativa e a livre concorrência como elementos essenciais para o atingimento desses fins. De nada adianta uma intervenção que pese mais um desses polos, pois inviabilizará a manutenção do outro. Assim, deve envolver as duas esferas, a de produção e a de repartição, harmonizando esses subsistemas e ponderando, para cada hipótese, o uso da flexibilidade negocial privada com o rigor da coercibilidade estatal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ACKERMAN, Bruce. **Reconstructing American Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. In **NBR ISO/IEC 38500: Governança corporativa de tecnologia da informação**, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=40015>>. Acesso em: 1 out. 2013.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Teoria da regulação, p. 1013-1031, In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.
- ALMEIDA, Renilda Ouro de. **A ecoeficiência e as empresas do terceiro milênio**. Disponível em: Acesso em: 28 de maio de 2012.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras: algumas perplexidades e desmistificações. **Interesse Público**, Rio de Janeiro, Fórum, ano 10, nº 51, set/out 2008.
- \_\_\_\_\_. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_. O contrato de concessão de exploração de petróleo e Gás, **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, fev. /mar. /abr. de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011.
- \_\_\_\_\_. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas, p. 1.032-1.067, CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.
- ARAÚJO JÚNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Cláudio Djissey. Microeconomia, p. 34-138, in TIMM, Luciano Benetti Timm (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- ARAÚJO, Fernando. **Análise econômica do direito – programa e guia de estudo**. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARROW, Kenneth. The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus non-market allocation. The analysis and evaluation of public expenditures. **THE PBB- SYSTEM, JOINT ECONOMIC COMMITTEE**, 91<sup>st</sup> Congress, 1<sup>st</sup> session, v. 1. Government Printing Office: Washington, D.C., 1969.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), p. 35-37, in: GRAU, Eros Roberto (coord); CUNHA, Sérgio Sérulo da (coord). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BASSI, Franco. **Lezioni di diritto amministrativo**. 4 ed., riveduta e ampliata, Milano: Dott A. Guiffre, 1995.

- BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: São Paulo: Editora UNB/Polis, 1990.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004.
- (BRASIL). Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Anuário estatístico brasileiro do petróleo, gás natural e biocombustíveis: 2014** / Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. - Rio de Janeiro: ANP, 2008-2014.
- (BRASIL) Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. **Edital da primeira licitação de partilha de produção**. Rio de Janeiro: ANP, 2013.
- (BRASIL). Casa Civil. **Exposição de motivos do projeto de lei nº 5.938/09, E.M.I. nº 00038 – MME/MF/MDIC/MP/CCIVIL**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/686063.pdf>. Acesso em: 8 de março de 2015.
- (BRASIL). Empresa de Pesquisa Energética. **Balanco Energético Nacional 2014: Ano base 2013**. Rio de Janeiro: EPE, 2014.
- (BRASIL). Petrobras S/A. **Código de Ética da Petrobras**. Disponível em: <http://investidorpetrobras.com.br/pt/governanca/codigo-de-etica/>. Acesso em: 25 jan. 2015.
- (BRASIL). Petrobras S/A. **Guia de Conduta da Petrobras**. Disponível em: <http://investidorpetrobras.com.br/pt/governanca/guia-de-conduta-da-petrobras/>. Acesso em: 25 jan. 2015.
- (BRASIL) Petrobras S/A. **Nota sobre o pré-sal**. Disponível em: <http://siteempresas.bovespa.com.br/consbov/ArquivosExibe.asp?site=&protocolo=140478>. Acesso em: 25 de jan. 2015.
- (BRASIL). Petrobras S/A. **Participação do setor de petróleo e gás chega a 13% do PIB brasileiro**. Disponível em: <http://www.petrobras.com/pt/magazine/post/participacao-do-setor-de-petroleo-e-gas-chega-a-13-do-pib-brasileiro.htm>. Acesso em: 25 jan. 2015.
- (BRASIL). Petrobras S/A. **Programa de Prevenção da Corrupção**. Disponível em: <http://investidorpetrobras.com.br/pt/governanca/programa-petrobras-de-prevencao-da-corrupcao/>. Acesso em: 25 jan. 2015.
- (BRASIL). Petrobras S/A. **Viabilidade econômica da produção no pré-sal: nota de esclarecimento**. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/esclarecimento-viabilidade-de-producao-no-pre-sal.htm>. Acesso em: 8 de mar. 2015.
- (BRASIL). Presidência da República. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Câmara da Reforma do Estado, 1995. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> Acesso em: 25 de fevereiro de 2015.
- (BRASIL). Tribunal de Contas da União. **Governança Pública: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria** / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.
- BUSTAMANTE, L. A. C. **A Frustração com a Partilha de Produção: o leilão do campo de Libra**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 168), p. 38 e ss. Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em: 23 fev. 2015.

CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-370, jul. /dez. 2008.

CANOTILLHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CASELLI, Bruno Conde. O pré-sal e as mudanças da regulação da indústria do petróleo e gás natural no Brasil: uma visão institucional. p. 111-140, in **Revista brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out/dez; 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Função normativa regulatória e o novo princípio da legalidade, p. 22-57, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra, *A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade*, in: BRANDÃO, Cláudio (Coord.); CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra (Coord.); ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o papel do estado frente à atividade econômica. **Revista trimestral de Direito Público**, nº 20, 1997.

CHEVALLIER, Jacques. **Science administrative**. 2 édition refondue, PUF: Paris, 1994.

CIPFA. Chartered Institute of Public Finance and Accountancy. **The good governance standard for public services**, 2004. Disponível em: <<http://www.jrf.org.uk/system/files/1898531862.pdf>>. Acesso em: 25 Fev. 2015.

COASE, Ronald H.. The nature of the firm, **New Series**, Vol. 4, nº 16, (nov., 1937), p. 386-405.

\_\_\_\_\_. The problem of social cost. In: **Journal of Law and Economics**, 1960.

COSTA, Elisson Pereira da Costa. Marco regulatório do petróleo e o regime jurídico das concessões do pré-sal. **RSDA**, nº 95, Novembro/2013, São Paulo: IOB.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo Comparado**. São Paulo: Busgtsky e Edusp, 1972.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CUSTOS, Dominique. La noción estadounidense de regulación, pp. 190-218, in: MARCOU, Gerard; MODERNE, Frank (Directores). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. T. I. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

CYRINO, André Rodrigues. **Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3ª ed., Curitiba: Juruá, 2010.

DASGUPTA, Pharta. **Inclusive Wealth Report 2012. Measuring progress toward sustainability**, UNPEP, 2012.

?. Petróleo – produtores de fora da OPEP estão mais protegidos. **Diário do comércio**. Disponível em: [http://www.diariodocomercio.com.br/noticia.php?tit=petroleo\\_produtores\\_de\\_fora\\_da\\_opep\\_estao\\_mais\\_protegidos&id=147127](http://www.diariodocomercio.com.br/noticia.php?tit=petroleo_produtores_de_fora_da_opep_estao_mais_protegidos&id=147127). Acesso em: 8 mar. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. (Org.). **Direito Regulatório – Temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.
- DIURNI, Amalia; HENRICH, Dieter. **Percorsi europei di diritto privato e comparato**. Milano: Giuffrè, 2006.
- FABRI, Andréa Queiroz. A contradição entre a concessão administrativa em monopólio e o direito de acesso aos mercados: desafios para a regulação e para os direitos dos usuários dos serviços públicos, p. 41-57, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008.
- FARIELLO, Danilo. ANP prevê produção do pré-sal no campo de Libra a partir de 2019. **O Globo**. 12 de jun. 2013. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/anp-preve-producao-do-pre-sal-no-campo-de-libra-partir-de-2019-8669418>. Acesso em: 25 jan. 2015.
- FARSNSWORTH, Edward Allan. **Introduction to the legal system to the United States**. New York: Oceana, 1994.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Como regular agências reguladoras? **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, jul./set., 2008.
- FERREIRA, Antônio Luís de Miranda. Problemas e inconsistências jurídicas do novo marco regulatório: a ótica dos princípios constitucionais da livre iniciativa, da economia de mercado e do direito comercial, p. 179-199, in **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), São Paulo: Elsevier, 2013.
- ?. Entenda a operação lava-jato, da PF. **Folha de São Paulo**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/especial/2014/escandalonapetrobras/>>. Acesso em: 25 de jan. 2014.
- FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade. Algumas propostas. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Renovar, ano 4, nº 13, p. 249-267, jan. /mar. 2009.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed., rev. e amp., São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações administrativas brasileiras, p. 13-24, In: **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, nº 60, mar./abr., 2010.
- \_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá, 2004.
- GARCIA, Maria da Glória F. P. D.. **Direito das políticas públicas**. Coimbra: Almedina, 2009.
- GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise econômica e direito comparado, p. 150, in: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.
- GENTOT, Michel. **Les Autorites administratives independants**. 2e ed., Paris: Montcherestien, 1994.
- GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia, p. 28, In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Parecer nº AGU/AG-12/2010**: Arbitragem internacional nos contratos de cessão onerosa de petróleo nas camadas de pré-Sal. Brasília, Advocacia Geral da União, 6 ago. 2010. [PROCESSO Nº 00400.011505/2010-77], p. 20. Disponível

em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=148346&>>. Acesso em: 20 set. 2012.

GOMES, Filipe Lôbo. **A análise judicial dos custos de transação na Administração Pública**. Artigo apresentado à disciplina Constitucionalização do Controle da Administração Pública do curso de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 2012.

\_\_\_\_\_. **Análise jurídico econômica da regulação estatal brasileira**. Artigo apresentado à disciplina Aspectos Econômicos da Regulação do curso de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 2012.

\_\_\_\_\_. **O preceito fundamental como instrumento de concretização dos direitos fundamentais**: por uma perspectiva legitimante do Estado Democrático de Direito. (Dissertação de Mestrado) UFAL: Maceió, 2006.

\_\_\_\_\_. **A regulação estatal – análise comparativa dos sistemas norte-americano e brasileiro**. Artigo apresentado à disciplina Direito Constitucional Comparado do curso de Doutorado. Recife: Faculdade de Direito do Recife, 2012.

\_\_\_\_\_. **Regulação petrolífera na exploração do pré-sal**: por uma análise dos custos de transação diante da deslegalização na fixação dos conteúdos dos contratos de partilha de exploração. Projeto de Tese apresentado no processo seletivo para ingresso no Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife do ano de 2011, turma de 2012.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. (Teses de doutoramento). Reimp. da ed. de out. de 2005. Coimbra: Almedina, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 15ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2012.

GUEDES, Mariana de Carvalho. Aplicação da análise econômica do direito ao novo marco regulatório do pré-sal, p. 164, in *FIDES*, Natal, v.4, n. 2, jul./dez. 2013.

GUERRA, Sérgio. Crise e refundação do princípio da legalidade – A supremacia axiológica da Constituição Federal de 1988. **Interesse Público**, Rio de Janeiro, Fórum, ano 10, nº 49, mai./jun. 2008.

GUIMARÃES, Antônio. **Desenvolvimento da indústria de óleo e gás**: os próximos dez anos. XII seminário internacional britcham de energia. 7 de agosto de 2014. Disponível em: [http://www.britcham.com.br/download/070814rj\\_Antonio\\_Guimaraes\\_IBP.pdf](http://www.britcham.com.br/download/070814rj_Antonio_Guimaraes_IBP.pdf). Acessado em: 25 jan. 2015.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Tradução de Pedro Cruz Villalon. 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HORBACH, Carlos Bastide. O direito administrativo no sistema do Common Law, **Fórum administrativo**, p. 20-30, – Direito Público - FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 101, jul. 2009.

IBCG. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 4ª ed., São Paulo: IBGC, 2009.

IFAC. International Federation of Accountants. **Good governance in the public sector: consultation draft for an international framework**, 2013. Disponível em:

<<https://www.ifac.org/publications-resources/good-governance-public-sector>>. Acesso em: 25 Fev. 2013.

IFAC. International Federation of Accountants. **Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective**. Study 13. 2001. Disponível em <<http://www.ifac.org>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

IVANEGA, Miriam Mabel. Reflexiones acerca de los contratos administrativos en el siglo XXI, p. 93-116, in MOLINA B., Carlos Mario; Rodríguez R., Libardo. **El derecho público en iberoamerica: evolución y expectativas**. Tomo II. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

JACQUES, Carlos (et al.). Avaliação da proposta para o marco regulatório do pré-sal. SENADO FEDERAL. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal, **Textos para discussão**, nº 64, Brasília, out. de 2009. Disponível na internet: <[http://www.senado.gov.br/conleg/textos\\_discussao.htm](http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm) >. Acesso em: 14 de setembro de 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2ed., São Paulo: Saraiva, 2006  
\_\_\_\_\_. **O direito das agências reguladoras independentes**. 1ª reimpressão, São Paulo: Dialética, 2008.

KRELL, Andreas Joachin. **Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e as competências dos órgãos ambientais**. Um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

LESSA, Carlos. Prefácio de obra. In FEROLLA, Sergio Xavier; METRI, Paulo. **Nem todo petróleo é nosso**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7 ed., rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, São Paulo: Malheiros, 2007.

LINS, Clarissa. Desenvolvimento sustentável: tendências, novas formas de aferir valor e oportunidades para o Brasil. in GIAMBIAGI, Fábio; PORTO, Cláudio (Orgs.). **Propostas para o governo 2015/2018: agenda para um país próspero e competitivo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Apontamentos à Lei nº 12.351/10 (Lei do Contrato de Partilha de Produção de Petróleo) – um primeiro contato, p. 87-145, **Revista de Direito Público da Economia**, ano 10 n. 38, abr./jun., 2012.

LUCAS, Luiz Paulo Vellozo. Mudança de modelo - o grande erro, p. 125-152, in **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), São Paulo: Elsevier, 2013.

MARCOU, Gérard. La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado, p. 11-92, In: MARCOU, Gérard; MODERNE, Frank (Directores). **Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional**. Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes p. 72-98, SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES, Maria da Conceição da Costa. **Aplicação dos princípios de governança corporativa no setor público**. Rev. Adm. Contemp., vol. 11, n. 2, Curitiba, abr./jun., 2007, p. 19-20. Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-65552007000200002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000200002)> Acesso em: 24 fev. 2015.

MATTIAS-PEREIRA, José. A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro. In **APGS**, Viçosa, v.2, n.1, pp. 109-134, jan./mar. 2010.

- MATTIAS-PEREIRA, José. **Curso de Administração Pública**: Foco nas instituições e ações governamentais. 2. ed. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Governança no Setor Público**. São Paulo, SP: Editora Atlas, 2010.
- MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2 ed., rev. e ampl., São Paulo: RT, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecimento de parâmetros de discussão. p. 99-137, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de; PRISCO, Alex Vasconcellos. PPSA, a estatal endógena do pré-sal – cinco controvérsias e um quadro geral, p.99-123, in **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, jul./set. 2012.
- MERCURO, Nicolas. MEDEMA, Steven G. **Economics and the law**: from Posner to post-modernism. New Jersey: Princenton University Press, 1997.
- MEYER, J.W.; ROWAN, B. **Institutionalizes organizations**: formal structure as myth and ceremony. In: MEYER, J.; SCOTT, R., *Organizational environments: ritual and rationality*. London: Sage Publications, 1992.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969**. Tomo I. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- \_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969**. T. III, 2ª ed., São Paulo: RT, 1970.
- \_\_\_\_\_. **Democracia, liberdade e igualdade**: os três caminhos. Atualizador Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. Tomo I – Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas, 4ª ed., São Paulo: RT, 1974.
- MONCADA, Luís Cabral de. **Direito Econômico**. 5ª ed., rev. e actual., Coimbra: Coimbra, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito Administrativo**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direito regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Mutações do Direito Administrativo**. 3ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MOREIRA, Egon Bockman. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação), **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Renovar, ano 3, nº 10, abr./jun. 2008.
- \_\_\_\_\_. “O direito administrativo da economia, a ponderação de interesses e o paradigma da intervenção sensata”, in CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockman. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- \_\_\_\_\_; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. 4ª ed., rev. e aum., São Paulo: Malheiros, 2012.
- \_\_\_\_\_. Os limites à competência normativa das agências reguladoras, p. 131-166, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. 2ª ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

- MOREIRA, Egon Bockman. **Processo Administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99**. 4ª ed., rev. e aum., São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
- MÜLLER, Friedrich. Concretização da constituição. Tradução de Peter Naumann. In: MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 3ª ed. rev. e ampl., Renovar: Rio de Janeiro, 2005.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência, p. 157, In: **Revista da Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 11, dez. 2006.
- NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da Nóbrega. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Roteiro de Aula sobre regulação econômica**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2012.
- NORTH, Douglas C.. Desempenho econômico através do tempo. Tradução de Antônio José Maristello Porto, In **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, v. 255, p. 13-30, set./dez., 2010.
- NUNES, Edson. Agências regulatórias: gênese, contexto, perspectivas e controle, p. 163-220, **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 2, abr./jun., 2003.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Desenvolvimento sustentável do Brasil e o protocolo de Quioto, **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 37, p. 145-159, jan./mar. 2005.
- OECD. **Governance of State-Owned enterprises**. Guidelines on the corporate. 2005. Paris: OECD. Disponível em: <<http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/34803211.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2015.
- ORTEGA, Ricardo Rivero. Nociones generales sobre derecho administrativo económico, p. 15-34. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica, p. 19-35, in **AFDUAM 3** (1999), p. 26-28. Disponível em: <http://www.uam.es/otros/afduam/sumario-3.html>. Acesso em: 25 de jan. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Principios de derecho público económico**. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.
- \_\_\_\_\_. Privatización y liberalización de servicios, p. 19-35, In ORTIZ, Gaspar Ariño (Org.). **Boletín Oficial del Estado y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**, nº 3, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 2ª reimp., Almedina: Coimbra, 2011.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e Crise no Brasil**. 5ª ed., São Paulo: 34, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: 34; Brasília: ENAP, 1998.
- PEREZ, Marcos Augusto. As vicissitudes da regulação econômica estatal: reflexão sobre as lições do direito norte-americano em comparação com o direito brasileiro, p. 1.068-1.081, CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coords.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.

- PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e direito administrativo no Brasil, **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 7, n. 24, jan./mar. 2009.
- PETERS, Guy; PIERRE, John. Governance without government? Rethinking public administration. **Journal of Public Administration Research and Theory**. 8. (2).1998.
- PIRES, Adriano; GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo; SCHECHTMAN, Rafael. Conclusões e propostas para o setor, p. 312-334, in **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), Rio Janeiro: Elsevier, 2013.
- PIRES, Adriano; SCHECHTMAN, Rafael. Os resultados da reforma: uma estratégia vencedora. p. 81-103, in **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), São Paulo: Elsevier, 2013.
- PIZZORUSSO, Alessandro. **Curso de derecho comparado**. Barcelona: Ariel-Derecho, 1987
- POSNER, Richard A. **Theories of economic regulation**. [S.l.]: NBER, 1974. (Working paper, n. 41).
- PRADO, Maria da Graça de Almeida. A segurança jurídica na sociedade de risco e seu reflexo sobre as políticas de desenvolvimento. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 10, n. 38, p. 165-176, abr./jun., 2012.
- PRATS I CATALÁ, Joan. **Veinte años de modernización administrativa em los países de la OCDE**. Leciones aprendidas. In: ARGENTINA. Projeto de Modernización del Estado. Seminário Internacional sobre Modernización del Estado. Buenos Aires, 2006. *apud* PIERANTI, Octavio Penna; RODRIGUES, Silvia; PECI, Alketa. **Governança e New Public Management: Convergências e Contradições no Contexto Brasileiro**. XXXI encontro da ANPAD. Rio de Janeiro, 22 a 26 de set. de 2007. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS-B392.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2015.
- PRISCO, Alex Vasconcellos. Atuação da empresa brasileira de administração de petróleo e gás natural S.A.: Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA): gestão e risco no regime jurídico-regulatório dos consórcios constituídos no âmbito do sistema de partilha de produção, p. 9-44, in **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, abr./jun. 2011.
- RADBRUCH, Gustav. **O espírito do direito inglês e a jurisprudência anglo-americana**. Tradução de Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RAVINA, Carlos Morales de Setién; POSNER, Richard A.; LANDES, William M.; KELMAN, Mark G.. **Análisis Económico del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2011.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. v. 1. 7 ed., rev., São Paulo: Saraiva, 1975.
- \_\_\_\_\_. **Teoria tridimensional do direito**. 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1971.
- REESE, John H. **Administrative Law – principles and practice**. Saint Paul: West Publishing, 1995.
- RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Trad. de José Cretella Júnior. 2ª ed. da tradução, São Paulo: RT, 2004.
- ROSA, Bruno; ORDÓÑES, Ramona; SETTI, Rennan. Barril do petróleo a US\$ 50 traz dúvidas sobre viabilidade do pré-sal. **O globo**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/petroleo-e-energia/barril-do-petroleo-us-50-traz-duvidas-sobre-viabilidade-do-pre-sal-14975118>. Acesso em: 8 mar. 2015.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). **Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SANDLER, Todd. Bens públicos intergeracionais: estratégias, eficiência e instituições, 59-89, in KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. Tradução de Zaida Maldonado. **Bens Públicos Globais**. Rio de Janeiro: Record, 2012.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- SAUER, Ildo. Prefácio. In LIMA, Paulo César Ribeiro. **Pré-sal, o novo marco legal e a capitalização da Petrobras**. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Mota. Rev. Técnica Ricardo Doniselli Mendes. 7ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- SILVA FILHO, Edison Benedito da. A teoria da firma e a abordagem dos custos de transação: elementos para uma crítica institucionalista, p. 259-277, **Pesquisa & debate**, São Paulo, vol. 17, número 2 (30), pp. 259-277, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Um pouco de direito constitucional comparado**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SOARES, Humberto Ribeiro. Projetos de rateio da “participação da exploração de petróleo”: afronta ao modelo brasileiro de “forma federativa de Estado”, p. 200-221, in **Petróleo: reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro**. GIAMBIAGI, Fábio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Orgs.), São Paulo: Elsevier, 2013.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral: introdução e princípios fundamentais**. T. I, 3 ed., reimp., Alfragide: Dom Quixote, 2010.
- SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento Econômico**. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- STIGLER, George J. The theory of economic regulation, in: **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, n. 1, p. 3, Spring, 1971.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5ª ed. rev. e atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed., 7ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. Introdução às agências reguladoras, p. 17-38, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. 3ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.
- SUNSTEIN, Cass R.. **After the rights revolution: reconceiving the regulatory state**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- \_\_\_\_\_. **The cost of rights: Why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Co., 1999.
- \_\_\_\_\_. Paradoxes of the regulatory state, in **The University of Chicago Law Review**, vol. 57, nº 2, Administering the Administrative State, 1990.
- TAVARES, André Ramos Tavares. A intervenção do Estado no Domínio Econômico, p. 225-256, in: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Walquíria Batista dos Santos (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos, p. 166, In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

TRIBE, Laurence H.. **American Constitutional Law**. 3 ed., v. 1, New York, Foundation Press, 2000.

UNITED NATIONS. **The Future we want**. In: Conference on sustainable development. Rio de Janeiro, 2012, Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/>, Acesso em: 16 jul. 2012.

VIANNA, Salvador Teixeira Werneck. **Desenvolvimento econômico e reformas institucionais no Brasil**: considerações sobre a construção interrompida. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2007.

WILLIAMSON, O. E.. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, Ithaca, v. 36, n. 2, p. 269-296, Jun. 1991.

\_\_\_\_\_. **The economic institutions of capitalism**: Firms markets, relational contracting. New York: Free Press, 1985.

\_\_\_\_\_. **Markets and hierarchies**: analysis and antitrust implications, New York: Free Press, 1975.

\_\_\_\_\_. Why Law, Economics and Organization? (December 2000). **UC Berkeley Public Law Research**. Paper N°. 37. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=255624>>. DOI: 10.2139/ssrn.255624. Acesso em: 8 jul.2012.

WORLD BANK. **Governance and development**. Washington D.C.: World Bank, 1992.

\_\_\_\_\_. **World Development Report 1997**: The State in a Changing World, Washington, D.C., World Bank, 1997.

\_\_\_\_\_. The International Bank for Reconstruction and Development. **Worldwide Governance Indicators (WGI)**, 2013. Disponível em: <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#faq-1>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Análise econômica do Direito do Trabalho, 318-339, In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, Coord. de J. J. Gomes Canotilho, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZYLBERSTAINS, Décio. **Estruturas de governança e coordenação do agribusiness**: uma aplicação da nova economia das instituições. Tese de Livre docência. USP: São Paulo, 1995.