

A CESSÃO DE DIREITOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E A ADIN 3596

Marilda Rosado de Sá Ribeiro ¹ (UERJ), Juliana Cardoso de Lima ² (UERJ/IBP)

¹e-mail: mrosado@iis.com.br

²e-mail: ju7lima@terra.com.br

Resumo: O presente trabalho tem uma abordagem multidisciplinar por envolver aspectos constitucionais, administrativos, comerciais e questões específicas dos negócios do petróleo. Na sétima rodada de licitações da ANP, o partido político (PSOL) interpôs ação direta de inconstitucionalidade (ADIN 3596) questionando dispositivos da Lei 9.478/97 que instituiu a Agência Nacional do Petróleo (ANP).

Dentre os dispositivos de constitucionalidade questionada, temos o art. 29 que prevê a possibilidade de transferência do contrato de concessão celebrado entre a ANP e o concessionário, permitindo a troca do concessionário por outro, desde que atendidos os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP.

O PSOL sustenta que o art. 29, da Lei 9.478/97 é inconstitucional por ferir a previsão constitucional do art. 175, que assim determina: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, *sempre através de licitação*, a prestação de *serviços públicos*”. Ou seja, como o art. 29 não previu a realização de uma nova licitação para a celebração da transferência do contrato de concessão, tal dispositivo seria inconstitucional.

Até o momento, o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não se manifestou no caso, nenhum ministro proferiu voto. Já o Procurador Geral da República (PGR), no final do ano de 2006, emitiu parecer favorável à inconstitucionalidade do art. 29.

Inúmeros aspectos podem ser suscitados em relação a essa questão, dentre os quais o seguinte: se o STF acolher o parecer do PGR, ou seja, se declarar o art. 29 inconstitucional, quais serão os efeitos dessa decisão, *ex tunc* (retroativos) anulando as cláusulas de cessão dos contratos já assinados? Ou, como discute a doutrina atualmente, seria possível a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, segundo a previsão do art.27, da Lei 9.868/99. Tal modulação permitiria a manutenção dos contratos de concessão celebrados anteriormente na íntegra, sem qualquer alteração. Em ambos os casos, podemos verificar distorções do controle de constitucionalidade. No primeiro caso, restaria violado o princípio da segurança jurídica. No segundo, gerar-se-ia uma situação absurda, em outras palavras, nos contratos de concessão anteriores à decisão do STF poderia ocorrer a cessão, mas nos contratos posteriores, a cessão seria inconstitucional.

Outro aspecto que este tema suscita diz respeito à impropriedade do argumento do PSOL. Na verdade, o art. 175, da Constituição se refere à prestação de serviços públicos. A doutrina de Direito Administrativo distingue a prestação de serviços públicos de atividade econômica. A Constituição, a propósito, disciplina a atividade econômica em artigo próprio, art. 173.

O presente artigo defende a constitucionalidade do art. 29, da Lei 9.478/98., focalizando algumas falhas na argumentação da ADIN 3596 no âmbito da cessão dos contratos de concessão. Ressaltamos que a declaração de inconstitucionalidade do art. 29 pelo STF, seria um grande retrocesso para a indústria do petróleo brasileira.

Palavras-chaves: cessão de direitos, constitucionalidade, ANP, concessão.

1. INTRODUÇÃO

O tema da cessão de direitos por parte dos concessionários no contexto do contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás firmado com a Agência Nacional de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (ANP) merece aprofundamento e contextualização.

A indústria do petróleo tem ciclos macro e uma dinâmica própria de negócios. Um dos vetores desses negócios é a cessão de direitos entre empresas de petróleo, que alteram posições de sua carteira de ativos pelo mundo, atendendo às reorientações de seus interesses. Esses se regem por uma lógica peculiar que combina atualização constante da interpretação de dados, razões econômicas e novas avaliações dos cenários de investimentos nos diferentes países, inclusive risco político (guerras civis, nacionalização, etc.), contemplados aí também as novas oportunidades atrativas surgidas em outros cenários. Enquanto uma empresa pode pretender uma retração dos investimentos em um determinado país, ou apenas em uma determinada área, fatos novos ou a simples reavaliação geológica política e econômica podem recomendar a outra(s) o aumento dos investimentos no mesmo país.

Partimos do conhecimento da dinâmica das tratativas entre as empresas e os aspectos jurídicos relevantes no negócio da cessão na indústria do petróleo e sua inserção no contexto do Direito Comparado. A melhor

compreensão de seus desdobramentos, inclusive quanto ao papel do Poder Concedente e à natureza e importância de sua autorização em relação à cessão presta-se como pano de fundo para a análise da disciplina legal e disposições contratuais. E por fim, resta a análise sobre a constitucionalidade do instituto da cessão.

2. CESSÃO DE DIREITOS E O DIREITO COMPARADO

O Direito Comparado nos ajuda a compreender por que diversos sistemas jurídicos terminam por reproduzir soluções análogas em direção ao Direito Uniforme Espontâneo (Dolinger, 2003). Quando se declara que o comparativismo alimenta a cultura jurídica no plano espacial, vislumbramos melhor o alcance da afirmação ao situarmos o papel do Direito Comparado na reforma legislativa dos países, na busca de soluções jurídicas mais felizes, que tenham sido encontradas por outras sociedades.

As disposições sobre cessão são encontráveis em outras legislações, ou até em outros modelos contratuais que não a concessão, por exemplo, no contrato de *lease* dos Estados Unidos.

ESTADOS UNIDOS: A indústria do petróleo consagrou uma expressão que ainda não encontra paralelo no nosso direito: o *farm out*. Um *farm out* é um acordo através do qual alguém (designado “farmor”) que tem uma área de exploração, um “lease” no direito norte-americano, cede participação nessa área a outrem, comumente designado “farmee”, em troca da realização por este último de operações de teste e perfuração. A expressão terminou sendo consagrada em outros ordenamentos, como se depreende do trecho pertinente ao *farmout* na obra de Bernard Taverne (1999): “Farmin/farm out agreements are agreements between two parties under which one party agrees to assign part of its undivided interest in a licence or contract of work to the other party. A farmin agreement provides for the terms and conditions upon which the farminee will obtain its interest and the rules regarding the ensuing co-operation between farmouttee and the farminee. If the farmouttee is party to a joint operating agreement the farminee will also become such a party, if the assignment is not preempted by the other parties in accordance with the rules of that operating agreement”.

Um *farm in* designa o mesmo negócio efetuado no *farm out*. A diferença é que este último é a designação do ângulo de quem cede e o *farm in* do ângulo do cessionário. Para alguns autores norte-americanos o termo foi inventado pelas grandes empresas de petróleo e empresas denominadas “independentes” para identificar os contratos que envolvem a perfuração de poços adicionais das tradicionais cessões de direitos. Com o tempo as expressões em alguns casos passaram a ter o mesmo sentido.

As cessões de direito têm tradicionalmente assumido a forma ou de um acordo para ceder ou de uma adjudicação condicional. A diferença essencial dos dois é o momento em que o cessionário adquire uma participação na área objeto de negociação. Em um acordo para transferir, o cessionário obtém seus direitos somente quando (e se) ele cumprir as condições do contrato. No *farmout* de cessão condicional, o cessionário obtém uma participação na propriedade cedida quando é feito o acordo, sujeito a uma obrigação para retransferir ou para rescisão se as condições subseqüentes não são cumpridas.

ARGENTINA: Via de regra, quando a cessão resultar em participação direta no contrato de exploração e produção com o país hospedeiro, a aprovação governamental é necessária. “Assignment of the Contract ARTICLE 17. 7.1. After express authorization from YPF, and without this implying a modification of the CONTRACT which needs approval from the NATIONAL EXECUTIVE POWER, each one of the Contracting companies may totally or partially assign its rights and obligations, arising from the CONTRACT, in favor of third parties whose technical and economic capacity is acceptable in the judgement of YPF. [p. 40]. 17.2. Each one of the companies which form the CONTRACTOR may-- with the sole notification to YPF-- assign its participation in this CONTRACT amongst each other or to a controlling or controlled Corporation-- related to the assignor or the latter's controller-- in the terms of Art. 33 of Law 19.550. the assignor shall remain bound by the contract save for YPF's express conformity to the contrary. [p. 41]. 17.3. The assignment of the right to receive payments arising from this CONTRACT which may be made to obtain financing, shall not be considered an assignment of the CONTRACT and shall therefore not be subject to YPF's authorization. In the case that this assignment of rights includes the assignee's faculty to propose to YPF the substitution of the OPERATOR, said replacement cannot be made effective without YPF expressly approving the new OPERATOR proposed in due time. [p. 41] 17.4. Upon requiring the approval of the assignment set forth in 17.1. above by YPF or upon notice of the assignment set forth in 17.2. above, the CONTRACTOR shall pay YPF the amount of twenty thousand United States Dollars (US\$ 20.000) or its equivalent in Australes as administrative expenses (legal, economic, financial, technical, etc.). Such obligation shall also apply for the event set forth in 17.3. when the financial institution or the CONTRACTOR request from YPF the assumption of commitments other than those under the CONTRACTS. [p. 41] **Argentina** Model Contract for the Exploration and later exploitation of Hydrocarbons (Decree no 1443/85 as amended by Decree PEN no 623/87) enclosed to the Resolution S.E. no 242 / 87) [12/1989].

REINO UNIDO: A cessão de direitos no Reino Unido é prevista no Joint Operating Agreement (JOA) padrão, e traz em seu bojo dois aspectos correlatos muito importantes: o primeiro deles é o direito de preferência dos

demais sócios. A regra geral é a de que cessões no âmbito do mesmo grupo são usuais, de forma a permitir reestruturações societárias no âmbito do mesmo grupo, sem interferência por parte dos sócios.

O segundo aspecto fundamental é a necessária aprovação governamental da cessão, a qual condiciona a sua validade.

Nesse contexto, também no Reino Unido tornaram-se comuns os *farmouts*, que passaram a ser vistos pelo governo como uma forma de encorajar investimentos, como acesso adicional às oportunidades surgidas nas licitações não tão freqüentes.

3. NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO PETROLÍFERA E DA CESSÃO DE DIREITOS

Para debater a constitucionalidade do art. 29, Lei 9.478/97, mister analisarmos a natureza jurídica do contrato de concessão petrolífera.

A concessão para a exploração de atividades econômicas ou de bens públicos dominicais monopolizados pela União, tema muito discutido pela doutrina, é tratado pela Constituição em seus arts. 176 e 177. Antes da Emenda Constitucional 9/95, somente a União poderia realizar a exploração do petróleo, mas com a emenda flexibilizou-se o monopólio e admitiu-se que empresas públicas ou privadas pudessem participar desta atividade através da concessão.

A concessão está prevista no ordenamento jurídico brasileiro há tempos, já tinha sido mencionada pelas constituições anteriores à de 1988. A Lei 8.987/95 disciplinou as diretrizes do regime de prestação de serviço público. Há doutrina não é uniforme em relação à classificação da concessão como contrato administrativo (Ribeiro, 2003). Maria Sylvia assim define: “é o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais” (1995).

No intuito de esclarecer a natureza jurídica dessa ‘concessão’, a subcomissão jurídica formada pela indústria resolveu consultar alguns doutrinadores, que emitiram seus pareceres, solicitados pelo Instituto Brasileiro de Petróleo (IBP). A Lei 9.478/97 adotou o *nomen iuris* ‘concessão’ para os contratos de exploração e produção de petróleo nas bacias brasileiras. Toshio Mukai afirma que a utilização do termo concessão não significa *per se* que se trata de um contrato administrativo (1999). E concluiu que o contrato de concessão brasileiro deve ser classificado como de direito privado, e não como um contrato administrativo, visto que a ANP atua no âmbito de uma atividade econômica. Por sua vez, Maria Sylvia sustenta que o contrato de concessão de exploração e produção de petróleo e gás seria um contrato de concessão atípico, denominado contrato de concessão de uso de bens públicos.

Todavia, devemos ter em mente que o termo ‘concessão’ não significa por si só, como ressaltado por Gaspar Ariño Ortiz, “a caracterização da atividade econômica *stricto sensu* monopolizada como serviço público” (Aragão, 2006). Em síntese, “a simples denominação como tal ou a exigência de concessão para determinadas atividades (...) não corresponde necessariamente à existência de um verdadeiro serviço público” (Ortiz, 1999).

A atividade econômica propriamente dita (gênero) consiste na realização pelo Estado de atividades que não estão ligadas diretamente à satisfação de direitos fundamentais. Tais atividades podem ser desempenhadas sob duas modalidades: ou sob o regime de monopólio, ou na atuação direta pelo Estado em competição com os particulares (Justen Filho, 2005). A atividade econômica, como gênero, pode ser dividida em duas espécies: serviço público e desempenho de atividade econômica em sentido estrito.

Temos, então, que os conceitos de atividade econômica *stricto sensu* e serviço público não se confundem. E assim define Marçal Justen Filho (2005) serviço público: “sempre que uma necessidade humana for uma manifestação direta e imediata dos direitos fundamentais (em especial, a dignidade humana), sua satisfação será imposta ao Estado como *serviço público*”. Por outro lado, “a atividade econômica em sentido estrito peculiariza-se pela possibilidade de exploração econômica lucrativa, voltada à apropriação privada dos benefícios” (Justen Filho, 2005).

Sob o prisma dessas definições podemos definir claramente a concessão petrolífera como uma atividade econômica, ao contrário do que ocorre com outras atividades que se encontram numa zona grísea, cujo enquadramento, seja como serviço público, seja como atividade econômica, é problemático.

Desta forma, a concessão petrolífera é instituto totalmente distinto da concessão de serviço público disciplinada em lei específica (8.987/95). Trata-se de uma concessão de atividade econômica, “atividade sobre a qual incide é uma atividade privada, submetida não ao regime de serviço público, mas àquele do direito privado, sob reserva das infiltrações de direito público” (Laubadère, 1995).

Para a melhor compreensão da natureza jurídica da cessão que se opera na indústria do petróleo, necessário rever seu conceito à luz do ordenamento jurídico brasileiro e a tradição do direito comparado. O termo cessão indica a ação de ceder, traspasar, ou seja, representa todo ato pelo qual a pessoa cede ou transfere a outrem direitos ou bens por ela detidos, sendo assim, perfeita alienação ou transmissão entre vivos (Cabral, 1987). Como em qualquer outro negócio jurídico, na cessão exige-se três elementos: capacidade, consentimento e objeto.

O Novo Código Civil tornou ainda mais certa a possibilidade de cessão de todo crédito obrigacional que seja passível de transferência. Isto porque o art. 286 ampliou as hipóteses em que a cessão de crédito será eficaz, garantindo a validade desta, mesmo quando se verifica a existência de uma cláusula proibitiva da cessão, desde que tal cláusula não conste do instrumento da obrigação e o cessionário esteja de boa-fé.

Segundo Cabral (1987), “a melhor doutrina está com aqueles que vêm na cessão um negócio trilateral. Ao contrário do que sucede com os demais negócios jurídicos, a cessão de contratos supõe não apenas a convenção entre cedente (leia-se concessionário) e o cessionário (leia-se o novo contratante), mas o consentimento do cedido (leia-se Poder Concedente - ANP). Este consentimento é tão necessário que sem ele não se realiza o negócio da cessão”.

Na visão do direito administrativo, a cessão se caracteriza como “operação de transferência de responsabilidade contratual, com anuência expressa do poder concedente, efetuada entre a concessionária e outro administrado para gestão de serviço público, ou realização de obra pública, ou utilização privativa de bem público” (Cretella Júnior, 1977). Logo, a nosso ver a aprovação pelo Poder Concedente é um elo constitutivo da cadeia, constituindo ademais, prerrogativa essencial no exercício desse poder pela ANP.

A legislação que rege as contratações realizadas pela Administração Pública admite expressamente a cessão, total ou parcial, dos contratos, desde que tenha previsão no edital e sejam atendidos os requisitos que possibilitem a sua fiel execução. A ilustrar, temos o art. 78, VI da Lei 8.666/93, que disciplina as licitações e os contratos administrativos, e deve ser lido c contrário senso: “Constituem motivo para a rescisão do contrato: VI. A subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contrato com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, a cisão ou a incorporação, não admitidas no edital e no contrato” (grifo nosso). Ou seja, havendo previsão no edital e no contrato, nada impede a realização da cessão contratual. Importante ressaltar que esta lei aplica-se subsidiariamente a todos os setores da Administração, ainda que estes possuam legislação específica, como no caso da ANP.

A Lei que disciplina a concessão de serviços públicos (8.987/95) também prevê hipótese de subcontratação (subconcessão), que também depende da anuência prévia do poder concedente (art.27). Como mencionamos anteriormente, a concessão petrolífera não se equipara à uma concessão de serviço público, trata-se na verdade de concessão de atividade econômica estrito senso. Assim sendo, se na prestação de um serviço público, que está voltada ao atendimento de um direito fundamental e submetida ao princípio de continuidade (em que sua prestação não pode ser interrompida), se admite a subcontratação, com muito mais razão podemos afirmar que a cessão (subcontratação) de atividade econômica é plenamente admissível, pois não há sequer a obrigação da continuidade de sua prestação e o concessionário é livre para devolver a ‘concessão’ a qualquer momento, o que revela fortemente a natureza jurídica de direito privado da concessão petrolífera.

A Constituição brasileira em seu art. 176, § 3º “constitucionalizou o direito de os concessionários petrolíferos cederem, tanto total, como parcialmente, os seus respectivos contratos de concessão” (Aragão, 2006), desde que haja prévia anuência do poder concedente. Leia-se: “Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 3º - a autorização de pesquisa será por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente” (grifo nosso).

Com efeito, se a própria Constituição, em norma promulgada pelo poder constituinte originário, admite a cessão, reforça-se o fundamento da constitucionalidade do art. 29 da Lei do Petróleo.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Antes de analisarmos pormenorizadamente os argumentos da ADIN 3596, devemos estudar alguns conceitos intrínsecos ao controle de constitucionalidade.

A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pode ser dividida em algumas espécies: por ação ou omissão, material ou formal, total ou parcial e originária ou superveniente. Vejamos cada uma dessas espécies.

Uma lei ou ato normativo será considerado inconstitucional quando em desconformidade com a Constituição, que é a Lei Maior de um Estado. Esse vício de inconstitucionalidade pode ser por ação ou por omissão. Será por ação, quando os atos legislativos forem incompatíveis com o texto constitucional. Diversamente, a inconstitucionalidade será por omissão, quando a omissão imputável a um dos três Poderes for violadora da Constituição (Barroso, 2006). Para combater essa omissão, o constituinte previu dois remédios: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

Seguindo a análise das demais espécies de inconstitucionalidade, temos que “a inconstitucionalidade material reporta-se ao conteúdo do ato normativo. Importa verificar se ele é compatível com o conteúdo da Constituição” (Clève, 1995). Caso não o seja, o ato será materialmente inconstitucional. Já a inconstitucionalidade formal se divide em duas subespécies: orgânica e formal propriamente dita. A inconstitucionalidade orgânica ocorre no caso de inobservância de regra de competência, definida pela Constituição, para a edição de um determinado ato

normativo, à guisa de exemplo: uma lei sobre matéria penal é aprovada por um Estado, quando a competência em matéria penal constitui competência privativa da União (art. 22, I). Por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita se verifica quando um ato normativo é editado desprezando as regras do processo legislativo próprio, por exemplo, uma lei complementar é aprovada sem o quorum qualificado (maioria absoluta).

Com relação à inconstitucionalidade total ou parcial, temos que esta espécie se refere à extensão do texto do ato normativo eivado de inconstitucionalidade, se o texto em sua integralidade é inconstitucional, trata-se da espécie de inconstitucionalidade total. Se apenas alguns de seus dispositivos são incompatíveis com a Constituição, há a espécie de inconstitucionalidade parcial.

A inconstitucionalidade pode ser verificada quanto ao contexto constitucional em que o ato normativo foi aprovado. Ou seja, o ato normativo pode ser originariamente inconstitucional, quando da sua edição já contraria dispositivo ou princípio constitucional. No entanto, pode ocorrer também o fenômeno da inconstitucionalidade superveniente, em que o ato normativo, ao tempo de sua edição, era constitucional, porém, se a Constituição sofre alguma reforma (Emenda Constitucional), o parâmetro para a análise da constitucionalidade mudará e o ato normativo editado anteriormente poderá ser declarado inconstitucional em virtude das mudanças ocorridas. Clève ressalta que “a alteração das circunstâncias fáticas (a Constituição interage com a realidade) e a mudança na interpretação constitucional, hipóteses de mutação constitucional, podem dar lugar ao surgimento de inconstitucionalidade superveniente” (1995).

Considerando a ADIN 3596, em relação à arguição de inconstitucionalidade do art. 29 da Lei 9.478/97, podemos classificá-la como uma espécie de inconstitucionalidade por ação, pois o Poder Legislativo aprovou a Lei 9.478/97 com o intuito de estabelecer o marco regulatório do setor do petróleo. É um caso que trata de hipótese de inconstitucionalidade material, por ofender o conteúdo de dispositivos da Constituição, não havendo nenhum argumento quanto à inobservância de regra de competência ou mesmo de regras do processo legislativo. Trata-se de controle de constitucionalidade parcial, pois a referida ADIN questiona apenas alguns dispositivos da Lei 9.478/97. Por fim, teríamos um caso de inconstitucionalidade originária, pois quando a Lei 9.478/97 foi aprovada, um dos parâmetros constitucionais teoricamente lesado (art.175), de acordo com a tese sustentada pelo PSOL, já existia com a redação atual.

Ainda no âmbito do estudo do controle de constitucionalidade, devemos analisar as modalidades de controle. A ADIN é um exemplo de controle de constitucionalidade judicial, repressivo e concentrado. No Brasil, o controle judicial é o controle exercido pelo Poder Judiciário, seja pelo juiz de primeiro grau, na hipótese de controle difuso, ou pelo STF por meio de ADIN, no qual verificamos o controle concentrado. Configura-se o controle repressivo, pois a lei ou ato normativo questionado já se encontra em vigência. Teríamos, ao contrário, um controle preventivo se o projeto de lei ainda não foi convertido em lei, isso ocorre por exemplo quando as Comissões de Constituição e Justiça das assembleias se manifestam sobre a constitucionalidade do projeto de lei (Barroso, 2006).

A Lei 9.868/99 disciplina o processo e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Interposta a ação de acordo com os requisitos legais, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades responsáveis pela produção da lei ou do ato normativo impugnado (art. 6º e parágrafo único, Lei 9.868/99). Passado o prazo para as informações, segundo o art. 8º, serão ouvidos sucessivamente o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República (PGR).

Na ADIN 3596, a manifestação do PGR foi pela procedência parcial da ação. Especificamente em relação ao art. 29 da Lei 9.478/97, que trata da cessão de direitos, o PGR se manifestou favoravelmente à procedência da ADIN, e apresentou a seguinte linha de argumentos:

“Eis aqui uma inconstitucionalidade de natureza evidente, por contrariar o art. 175, da Constituição, segundo o qual *‘incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos’*. A transferência de contrato nada mais é do que a burla da diretiva indeclinável da licitação”. “A transferência de contratos – *rectius* sub-rogação – pode autorizar o prejuízo ao tesouro das entidades públicas que auferem renda com a exploração de recursos minerais. Basta pensar que no oligopolizado setor da exploração de petróleo as interessadas dividam ilicitamente entre si os campos a serem licitados, para no futuro aliená-los a terceiros, com lucros e em detrimento do Estado”. E por fim, o último argumento apresentado a favor da inconstitucionalidade do art. 29: “Ainda quando nenhum acordo ilícito aconteça, deve-se atentar para o fato de que a Constituição quer a licitação *‘sempre’*, isto é, realizada incondicionalmente, mesmo após a desistência de determinada contratada, pois há aí uma presunção absoluta de que assim – por licitação contemporânea à celebração de um novo contrato – se conseguirão as condições mais favoráveis para o poder público” (Trechos do Parecer nº 2254).

No que tange ao primeiro argumento apresentado pelo PGR, podemos nos remeter ao item 3 deste trabalho, quando diferenciamos atividade econômica em sentido estrito da prestação de serviço público. A concessão, seja de serviço público ou de atividade econômica em sentido estrito, sempre se dá através de licitação, o que não impede a subcontratação, tanto do serviço público (Lei 8.987/95), quanto da atividade econômica, expressamente prevista na Constituição (art. 176, § 3º).

Já o segundo argumento desconsidera a necessidade de anuência prévia do Poder Concedente, a quem caberá averiguar se o cessionário atende aos mesmos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos exigidos, no processo de licitação, do cedente. E, em relação à necessidade de realização de uma nova licitação, caso haja desistência do contratante, temos que a própria Constituição excepcionou a necessidade de nova licitação, em seu art. 176, § 3º. E do ponto de vista econômico, não podemos nos olvidar o quão complexo e custoso é um processo de licitação de blocos exploratórios. A próxima rodada (9ª), até o presente momento, não obteve a aprovação do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) para a sua realização. A cessão de direitos, prevista no art. 29, tem por objetivo a continuidade de investimentos em exploração e no desenvolvimento de determinado bloco, o que em última análise pode garantir a nossa auto-suficiência.

A indústria do petróleo demanda grande monta de investimentos, seja pela tecnologia necessária para a exploração, seja para suportar o enorme risco de perdas, a exemplo das perfurações frustradas que não encontram nenhuma amostra de óleo ou a quantidade encontrada não é comercialmente viável para ser produzida. Há também de se considerar o argumento estratégico de estímulo à produção interna, que visa diminuir a dependência da importação, o que via de regra acaba por gerar a vulnerabilidade econômica e política do país (Taverne, 1999). Ao se inviabilizar a realização da cessão, total ou parcial, estaríamos na contra-mão da tradição na indústria internacional, pois se uma empresa concessionária resolve compartilhar os riscos de exploração em um dado bloco, se esse compartilhamento não for admitido, o projeto tornar-se-á inviável e a empresa devolverá o bloco para a ANP. Deste fato decorrerão as seguintes consequências: i) o setor brasileiro deixará de atrair novos investidores, pois estes poderão explorar em outros países em que a cessão seja admissível e; ii) a nossa auto-suficiência estará ameaçada.

Um aspecto muito importante do controle de constitucionalidade, que diz respeito aos efeitos da decisão do STF, não pode ser ignorado. Em regra, a Lei 9.868/99 determina que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade uma lei deverão ser retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes. Interessa-nos, neste trabalho, os efeitos temporais da decisão, mas em geral também são analisados os efeitos objetivos e subjetivos.

Como sabemos “a questão da constitucionalidade das leis situa-se no plano da validade dos atos jurídicos: lei inconstitucional é nula” (Barroso, 2006). Podemos inferir duas conclusões dessa premissa teórica: a natureza da decisão que reconhece a inconstitucionalidade é declaratória, pois se limita a constatar uma situação preexistente. A segunda conclusão a que chegamos se refere ao vício de inconstitucionalidade, que em regra é congênito à lei (a inconstitucionalidade é originária, na maioria dos casos), assim sendo, os efeitos da decisão devem retroagir ao momento do ingresso da norma no mundo jurídico (Barroso, 2006).

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em inúmeros precedentes, atenuou a teoria da nulidade, aceitando hipóteses em que a decisão não deveria retroagir, mas ao contrário só geraria efeitos a partir do julgamento, não afetando as situações jurídicas constituídas anteriormente à declaração de inconstitucionalidade. Um exemplo da atenuação da teoria da nulidade se passou no caso de magistrados “que haviam recebido, de boa-fé, vantagem pecuniária declarada inconstitucional: a remuneração foi interrompida, mas não foram eles obrigados a devolvê-la” (STF, RE 122.202, julg. 08.04.1994) (Barroso, 2006).

Esse posicionamento do STF, em flexibilizar os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, acabou sendo inspirador para o Poder Legislativo que incluiu no art. 27, da Lei 9.868/99, previsão que permite ao STF dar temperamento aos efeitos temporais da decisão, desde que mediante quorum qualificado. Leia-se a nova redação do referido dispositivo: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Considerando a análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo, temos que duas serão as possibilidades de modulação temporal de efeitos no caso da ADIN 3596. Primeiro, a aplicação da regra geral – efeitos retroativos, ou seja todos os contratos de concessão assinados teriam suas cláusulas sobre cessão nulificadas, não podendo produzir qualquer efeito. Essa medida já geraria insegurança jurídica e tornaria o mercado de petróleo brasileiro pouco atrativo. Mas há uma consequência mais grave: como desfazer as cessões já realizadas? Quem suportará o ônus do cancelamento dessas cessões, as empresas envolvidas na operação, o Poder Concedente, ou a União, a exemplo dos casos de expropriação, em que os países hospedeiros devem garantir às empresas expropriadas alguma compensação? Segundo, se o STF modulasse os efeitos da decisão de inconstitucionalidade a partir da sua publicação, neste caso, os próximos contratos estariam impedidos de prever a cláusula de cessão, esta decisão também repercutiria negativamente no mercado, mas causaria menos danos aos investidores já atuantes no Brasil, pois as cessões realizadas continuariam produzindo seus efeitos.

5. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, sintetizaremos os principais tópicos tratados no trabalho:

1. O instituto da cessão de direitos é amplamente adotado no direito comparado no âmbito da indústria do petróleo, o processo de *farm-in* é uma tradição no setor.

2. O contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás caracteriza a prática de uma atividade econômica em sentido estrito e não a prestação de um serviço público. Desta forma, nota-se a fragilidade técnica do questionamento da constitucionalidade do art. 29, da Lei 9.478/97 com fundamento no art. 175, da Constituição, que trata especificamente de serviço público.

3. O art. 29, da Lei 9.478/97 tem seu respaldo constitucional no art. 176, § 3º da Constituição.

4. O princípio da segurança jurídica deve ser considerado. Os riscos políticos e regulatórios são levados em conta pelos investidores estrangeiros, logo uma decisão que não garanta a estabilidade política e regulatória do país causará a fuga de capitais.

5. A declaração de inconstitucionalidade do art. 29 será nefasta para o setor energético brasileiro, pois à medida que diminuam as opções de compartilhamento de riscos pelos investidores, diminuirá conseqüentemente a capacidade de produção nas bacias brasileiras, ameaçando a nossa auto-suficiência.

A partir desta síntese argumentativa, afirmamos ser manifesta a constitucionalidade do art. 29, da Lei do Petróleo.

6. REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo**, Rio de Janeiro: Gramma, nº 1, pp. 75-116, março de 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2006.
- CABRAL, Antônio da Silva. *Cessão de Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1995.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Cessão de Contratos – Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, p. 190, 1977.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 5ª ed., 1995.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Interncaional Privado: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 7ª ed., 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, p. 457, 2005.
- LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. Paris: ed. LGDJ, 15ª ed., 1995.
- MUKAI, Toshio. Parecer sobre Consulta feita pelo IBP visando Respostas, Comentários e Sugestões em Relação ao Contrato formulado para a ANP. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 25, pp. 82-93, 1999.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, p. 488, 1999 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo**, Rio de Janeiro: Gramma, nº 1, pp. 75-116, março de 2006.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. A Cessão de Participação nos Contratos de Concessão. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo**, Rio de Janeiro: Gramma, nº 1, pp. 1-26, março de 2006.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2003.
- TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. London: Kluwer Law International. 1999.

Assignment of the Concession Contract and Constitutional Action 3596

The purpose of this paper is to analyse by a multidisciplinary perspective the constitutional, administrative, commercial and specific aspects of oil business. In the Brazilian's national oil and gas Agency (ANP) Seventh Round, a political party (PSOL) lodged a constitutional action (ADIN 3596) to object some rules of the Law nº 9.478/97 that institutionalised the Agency itself.

Some rules that had its constitutionality objected, we have in the art. 29, which foresees the possibility of the transference of a concession contract agreed between the ANP and the concessionary, allowing the concessionary exchange, since complied all the technical, economic and juridical requisites stabilised by the ANP.

According to PSOL, the art. 29, of the Law nº 9.478/97 is unconstitutional because it wounded the constitutional determination of the art. 175, which orders in the following terms: "It is incumbent upon the Government, as set forth by law, to provide public utility services, either directly or by concession or permission, which will always be through public bidding." In another terms, since the art. 29 haven't foreseen an execution of a new bidding for the transference of the concessions agreement, that rule would be unconstitutional.

Until this moment, the Brazilian Supreme Constitutional Court (STF) didn't express about the action and not even one judge pronounced his vote. However, Brazilian General Attorney (PGR), by the end of the year of 2006, issued his opinion defending the point of the unconstitutionality of the art. 29.

Countless aspects can be raised related to this subject. Among them are: if the STF admit the opinion of the PGR in another words, declares the unconstitutionality of the art. 29, which will be effects of this decision, *ex tunc* (retroactive) nullifying the transference clauses of the agreements previously signed? Or, as discussed presently by the doctrine, would be possible the temporal modulation of the effects of the declaration of unconstitutionality, as foreseen in the art. 27, of the Law 9.868/99. Such modulation would allow the maintenance of the concession agreements previously signed as a whole, without any change. On both hypothesis, we verify some distortions concerning to the constitutionality control. In the first case, the principle of juridical security would be infringed. In the second, we would be in an absurd condition, in another words, cession before the declaration would be constitutional, after that moment, it wouldn't.

Other aspect this theme raises is related to the incoherence of PSOL's thesis. In fact, the Constitution art. 175 refers to public utility services. Administrative Law doctrine distinguishes public utility services to economic activities. Nevertheless the Constitution itself regulates economic activity in a specifically place, the art. 173.

Based on that distinction and on other hypothesis, which will be presented in the final work, we defend the art. 29, of the Law 9.478/98, shouldn't be declared unconstitutional.

In short, we plan to analyse this and others aspects raised by ADIN 3596 concerning to the concession agreements. We emphasise if is declared the unconstitutionality by the STF of the art. 29, such conduct will represent a huge retreat for the oil industry.

Key Words: transfer of rights, constitucionality, ANP, concession

Os autores são os únicos responsáveis pelo conteúdo deste artigo.