Número 28 – novembro/dezembro/janeiro - 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

OS PRINCÍPIOS, A REGRA E A ORDEM – UM EXERCÍCIO METÓDICO APLICADO À SOLUÇÃO DE UM CASO DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

Gustavo Kaercher Loureiro
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; coordenador do Grupo de Estudos em Direito dos Recursos Naturais - GERN/UnB.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010 concluiu-se a formação dos elementos básicos da nova disciplina jurídica de exploração de petróleo nas áreas do pré-sal.

Tal acontecimento era condição, fixada pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, em sua Resolução n. 09/09, para que fosse tomada uma decisão acerca do destino a ser dado para o procedimento licitatório de blocos de exploração de petróleo e gás iniciado em novembro de 2006 e naquele mesmo mês interrompido, conhecido como "8ª Rodada".

Assim, espera-se, em breve, uma manifestação do Conselho, que deverá optar por uma entre várias alternativas abstratamente possíveis para a 8ª Rodada, até hoje suspensa. E já se apresentaram vozes clamando, genericamente, por uma ou outra decisão, segundo um ou outro "princípio superior do direito brasileiro".

O presente artigo é inspirado, de um lado, pela sugestiva provocação lançada por Carlos Ari Sundfeld que parte de um diagnóstico e de certas premissas com as quais se está plenamente de acordo:

> Vive-se hoje um ambiente de geleia geral no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. (...)
> O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um *dever analítico*. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e

> consequências, ponderar vantagens e desvantagens. Do contrário, viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito[1].

De outro lado (e paradoxalmente?), a proposta metódica aqui esboçada, ao se esforçar em cumprir o *dever analítico* de que fala Sundfeld lança mão, em variados momentos, de ferramentas da moderna "teoria dos princípios", e, mais especificamente, de ideias de um autor que, *malgrè lui,* por vezes é considerado um dos "responsáveis" por esta geleia geral: Robert Alexy.

Exagerou-se, mesmo, na referência a Alexy não porque se pretende que aquilo que segue seja uma aplicação completa de sua teoria (quem escreve sequer domina suficientemente a obra do autor alemão para pretender isto); muito menos porque se considera oferecer sua *teoria dos direitos fundamentais* ou sua *argumentação jurídica* o único ou mesmo o melhor itinerário para a solução de todo e qualquer caso. A referência constante a Alexy é feita por razões mais prosaicas: por ser um autor "de moda" que frequentemente é utilizado de modo preguiçoso e que, porém, é bastante mais (i.) tradicional e (ii.) sofisticado do que suas caricaturas. A abundância vai, assim, na conta da provocação.

Dito isto, convém também deixar claro o que aqui se faz e, sobretudo, o que aqui **não** se faz: este estudo procura oferecer algumas reflexões que podem ser consideradas como passos a serem dados *para uma decisão fundamentada*, relativamente à sorte da 8ª Rodada.

Para previsível desgosto do leitor, aqui não se sugere uma decisão, muito menos *a* decisão. Não se escolhe entre as hipóteses formuladas em tese, de tal sorte que não se deve esperar encontrar pronta uma linha de argumentação unívoca que leve à solução do caso; realiza-se tão-somente um levantamento e ordenação daquelas que são reputadas as questões jurídicas relevantes para seu deslinde e dos possíveis modos de enfrentá-las. Cada qual que opte por uma trilha, construa seus desvios, reforme ou mesmo abandone completamente os percursos esboçados. Pretende-se elaborar um modesto "guia metódico" para a construção de uma decisão fundamentada[2] onde se encontrem pontos firmes de exame e argumentação.

---

[1] "Princípio é preguiça"? Artigo em versão eletrônica gentilmente cedido pelo autor.

[2] "En general se acepta que para ser racional, una decisión de esta índole debe ser susceptible de ser fundamentada correctamente en el derecho. Esto ocurrirá, si su fundamentación puede ser enunciada en términos conceptualmente claros y consistentes, y si se respetan las exigencias de estar conformada por premisas completas y saturadas, de observar las reglas de la lógica y las cargas de argumentación, así como las exigencias que imponen la consistencia y la coherencia." Carlos Bernal Pulido, "La racionalidad de la ponderación", in *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, p. 51.

Recusa-se, em especial, uma estratégia argumentativa tópica[3] que parta, sem relações de prioridade, de diferentes pontos de vista a favor ou contra certa solução. Não se julga juridicamente fundamentada uma certa decisão que invoca, de imediato e sem maiores considerações, razões de "Interesse Público[4]"; ou, em outro sentido, exigências relativas ao "Princípio da Boa-Fé" ou da "Segurança Jurídica". A argumentação principiológica, por sua generalidade, deve ingressar num quadro previamente organizado. Em especial, o "Interesse Público" não é um *dado a priori*, auto-evidente, mas algo que é *construído* por meio de várias passagens argumentativas bem definidas.

Com esse plano de análise não se reduz, contudo, a riqueza dos pontos de vista a serem considerados e há lugar para várias estratégias discursivas[5]. Apenas que tal riqueza se distribui de forma racionalmente controlável. Princípio não pode ser preguiça, muito menos histeria ou caos.

Em síntese, encontrará o leitor: (a.) os diferentes momentos argumentativos, em ordem de prejudicialidade; e (b.) as teses jurídicas possíveis de serem formuladas, em cada um destes momentos argumentativos.

PRIMEIRA PARTE
ESTABELECENDO OS PASSOS

I – OS FATOS FUNDAMENTAIS PARA O ENTENDIMENTO DA QUESTÃO

Para os estritos propósitos deste estudo[6], basta ter presente a seguinte série de eventos:

---

[3] A estratégia tópica de argumentação seleciona, sem perspectiva de prejudicialidade, e, portanto, sem ordem, pontos de vista fundados em diferentes *topoi*, i.e., "lugares argumentativos" tirados de um catálogo de máximas, brocardos e/ou consensos (como quer que sejam obtidos). Sobre isto, o clássico *Topic und Jurisprudenz – Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung,* de Theodor Viehweg, 5a ed. Munique: C.H.Beck.

[4] "A prática do ato revocatório depende da observância de um processo administrativo, iniciado com a demonstração **concreta** dos motivos evidenciadores da da inconveniência do ato em questão. **Não é válida a revogação fundada na pura e simples invocação da existência de um 'interesse público'.**" (Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo,* 5a ed., São Paulo: Saraiva, p. 397; grifou-se a última frase).

[5] *Grosso modo* as mesmas que seriam utilizadas pelo modo tópico de pensar.
Por aí se vê que inaceitável não são os *topoi* propriamente ditos, mas o modo como são usados. Num ordenamento jurídico moderno que se apresenta com estrutura escalonada, a *desordem argumentativa* é tão ou mais prejudicial do que o uso de argumentos inválidos.

[6] O que aqui se contém não é nem de longe suficiente para embasar uma solução para os problemas jurídicos suscitados pela 8a Rodada, especialmente porque (i.) falta uma narrativa paralela relativa aos eventos que levaram à "descoberta" do pré-sal; (ii.) falta a referência a outros fatos e (iii.) falta o contexto de toda a história.
Isso se tentou oferecer em uma Nota de Estudo, intitulada "Um esqueleto no armário do pré-sal: a 8a Rodada – Os fatos", disponível em www.gern.unb.br.

- a realização da Oitava Rodada foi autorizada pelo Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, em maio de 2006, por meio de sua Resolução 03/06.

- Esta rodada foi organizada e conduzida pela ANP em base a tal autorização, e foi aberta em 28 de novembro de 2006. Dos 284 blocos previstos, 38 blocos foram ofertados e arrematados em diferentes áreas.

- Neste mesmo dia, o certame foi suspenso por força de decisões liminares proferidas em ações judiciais que impugnavam certas cláusulas do Edital relativas, *grosso modo,* a limitações de ofertas por blocos para cada empresa participante (não há qualquer relação entre essa primeira suspensão e o pré-sal). Em razão de tal suspensão, não houve homologação e assinatura dos contratos de concessão nos casos em que ocorreram as arrematações nem foram mais ofertados blocos.

- Esta suspensão durou até julho de 2007, ocasião em que a União e a ANP conseguiram cassar as liminares em sede de Suspensão de Segurança perante o Supremo Tribunal Federal.

- Nada obstante a remoção do obstáculo à retomada da licitação, ela não prosseguiu, e, em 07 novembro de 2007, a Petrobrás anunciou a descoberta histórica, relativa ao poço 1-RJS-646 na área denominada Tupi, no bloco BM-S-11, localizado na bacia de Santos (reservas de petróleo abaixo da camada de sal, situadas a grandes profundidades, no mar – o pré-sal). É de se ter presente que:

    - Tal descoberta ocorreu num contexto de acumulação de indícios relativos ao potencial do pré-sal que teve início bem antes da elaboração da 8ª Rodada[7].

    - Tal específica descoberta permitiu ao CNPE ter um conhecimento mais completo do fenômeno do pré-sal (como expressamente afirmado na Exposição de Motivos da Resolução 06/07).

- Em base a tal anúncio, o Conselho Nacional de Política Energética editou a Resolução 06/07, na qual resolveu:

    - Art. 1o Determinar à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP que exclua da 9a Rodada[8] de Licitações os blocos situados nas bacias do Espírito Santo, de Campos e de Santos, relacionadas às possíveis acumulações em reservatórios do Pré-sal, conforme abaixo relacionado: (…)

    - Art. 2o Determinar ao Ministério de Minas e Energia e à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP a adoção das providências necessárias para o prosseguimento e a

[7] V. Nota de Estudo 03/11, cit.

[8] Que estava programada para ocorrer.

conclusão da 8a Rodada de Licitações, considerando o seu foco em gás natural e óleo leve.

- Art. 3o Determinar a rigorosa observação dos direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, relativos às áreas concedidas ou arrematadas em leilões da ANP.

- Art. 4o Determinar ao Ministério de Minas e Energia que avalie, no prazo mais curto possível, as mudanças necessárias no marco legal que contemplem um novo paradigma de exploração e produção de petróleo e gás natural, aberto pela descoberta da nova província petrolífera, respeitando os contratos em vigor.

- Nada obstante os ditames da Resolução 06/07, não foi retomada a 8ª Rodada.

- Em 22 de julho de 2008, por meio da Resolução 08/08, o CNPE determinou a suspensão da 8ª Rodada (que ainda estava paralisada sem que os obstáculos originais ainda existissem). Como justificativa, afirmou genericamente ter sido constatado que "sete blocos arrematados na primeira fase situavam-se sobre a sequência das acumulações de petróleo e gás do pré-sal. Foram identificados, ainda, onze blocos exploratórios, selecionados para compor a referida Rodada, posicionados sobre as rochas do pré-sal".

- Esta suspensão foi posterimente estendida pela Resolução 09/09 do CNPE, até o advento do novo marco regulatório do pré-sal[9].

Diante disso, há que se decidir o que fazer com a 8ª Rodada, que está até hoje suspensa.

II - ENCONTRANDO UM PONTO DE PARTIDA PARA TRATAR DO CASO

II.1. Começar por princípios ou por uma regra?

Assumindo-se a distinção hoje corrente entre princípios e regras[10], pode-se dizer que a solução fundamentada de um caso – qualquer caso – requer, sempre, a aplicação de uma *regra*, i.e., de uma norma que possui uma certa estrutura que correlaciona, a modo de '*hipótese fática'* e '*consequência normativa',* certas coisas. Para ficar no plano das trivialidades, uma norma prescreve que SE ocorrerem certas coisas (o "suporte fático" ou "hipótese de incidência"), ENTÃO devem seguir-se outras

[9] Previsto no art. 4º da Resolução 06/07, e não tomado antes como condição para o prosseguimento da 8ª Rodada, que, por sua vez, estava determinado nos arts. 2º e 3º daquele ato.

[10] Por todos, na literatura estrangeira, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais,* trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, cap. III. Na literatura nacional, Humberto Bergman Ávila, *Teoria dos Princípios,* 6a ed., São Paulo: Malheiros, *passim.*

(a "consequência jurídica" – deveres, direitos, competências, privilégios, imunidades etc.)[11].

Tal ocorre *mesmo quando* se está a aplicar, direta e imediatamente, princípios para reger a situação da vida de que se trata (o que só pode ser feito em certos casos e sob certas e estritas condições cfe. *infra*).

É que – e começam aqui as constantes referências a Alexy – o *resultado da* ***ponderação*** (admitindo-se que seja justificado fazê-la já no início do exame do caso e admitindo-se que seja bem feita) é sempre uma *regra* que serve de base para a – velha e atualmente tão desprestigiada - ***subsunção*** dos fatos à(s) norma(s). Resumindo, a complexa operação de ponderação[12] termina assim:

> As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma **regra** que expressa a consequência jurídica do princípio que tem a precedência[13] (grifou-se).

Dentre as razões que levam Alexy a construir desta forma o resultado da ponderação ("[SE] diante das circunstâncias *a, b, c ... x* do caso, [ENTÃO] deve seguir-se a medida determinada pelo princípio que saiu vitorioso do conflito"), está uma que diz respeito a uma condição considerada por ele necessária (mas não suficiente) para que se possa considerar uma decisão jurídica como adequadamente fundamentada: a possibilidade de construi-la como uma *consequência lógica* de premissas assumidas pelo decisor:

> Entre o conceito da fundamentação e o da consequência lógica existem relações estreitas. Sem dúvida, as expressões 'fundamentação' e 'consequência lógica' de modo nenhum são sinônimas. O conceito de fundamentação abrange mais do que a consequência lógica. Mas a consequência lógica é o candidato mais prometedor para a determinação da parte nuclear de um conceito adequado de fundamentação de sentenças jurídicas. Ela é a relação, formulável mais seguramente, entre proposições que dirimem algo para uma proposição e essa proposição. No âmbito da ciência do direito, alternativas para essa relação, sem dúvida, frequentemente foram consideradas e propostas, mas, até agora, apresentadas nem precisas suficientemente nem convincentemente. Até uma tal apresentação precisa e convincente, por conseguinte, tudo fala em favor de transformar a relação de conclusão em ponto de partida da análise de fundamentações jurídicas. **Como condição mínima para uma fundamentação que dá bom resultado, de uma sentença judicial deve ser exigido que a decisão seja reconstruível de modo que a**

[11] Ainda hoje as classificações de Hohfeld são muito úteis: "Alcuni concetti giuridici fondamentali nella loro applicazione al ragionamento giudiziario I", in *Concetti Giuridici Fondamentali,* ed. italiana organizada por Mario Losano, Torino: Einaudi, 1969.

[12] V. Seção VI.

[13] Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais,* trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99. De modo mais desenvolvido: "Diante disso, pode-se afirmar: como **resultado de todo o sopesamento** que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais **pode ser formulada uma norma** de direito fundamental atribuída, **que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido."**(*Teoria,* cit., p. 102, grifou-se)

> **sentença resulte logicamente das proposições citadas nos fundamentos** (...)[14].

E é justamente a estrutura da *regra* – não a do princípio – é que fornecesse essa possibilidade.

Ao fim e ao cabo – i.e., depois que a regra foi encontrada ou construída (por ponderação ou por analogia), interpretada (segundo os mais diferentes cânones hermenêuticos, novos e velhos), confrontada com outras etc.; que os fatos foram selecionados (considerando sua relevância jurídica), comprovados (segundo as regras processuais da prova) etc. – trata-se de subsumir, no interior de uma estrutura decisória silogística que envolve premissa(s) maior(es) normativa(s) e menor(r) fática(s).

Começa-se *sempre* por uma regra.

Vê-se, pois, que a questão formulada no título desta seção, na verdade, é um tanto enganadora: a pergunta efetiva é sobre o *modo de obtenção* da regra que serve como ponto de partida. Deve-se buscar uma regra que eventualmente esteja "pronta" (infra) ou construi-la a partir da (imediata) aplicação de princípios?

Por inúmeras razões de variado tipo - de cunho metodológico e substancial[15] que aqui não serão desenvolvidas -, em existindo uma regra e em não existindo, *prima facie*, razões para superá-la[16], é de se tomar o que ela (regra) dispõe, como base e ponto de partida do processo jurídico de construção de uma decisão[17]. Está-se

---

[14] Alexy, "A análise lógica de decisões jurídicas", in *Direito, Razão, Discurso – Estudos para a Filosofia do Direito,* trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20.

[15] "Os princípios consistem em normas *primariamente complementares* e *preliminarmente parciais*, na medida em que, sobre abrangerem apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão. (…). Já as regras consistem em normas *preliminarmente decisivas e abarcantes*, na medida em que … têm a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões." *Teoria,* cit., p. 121.
As dificuldades de se partir de princípios para o exame de casos estão também ilustradas na análise lógica que faz Alexy do caso Lebach no artigo "A análise lógica das decisões jurídicas", in *Direito, Razão, Discurso – Estudos para Filosofia do Direito*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2010, p. 29 e segs.

[16] v. adiante, subseções IV.2.3., IV.2.4. e IV.2.5.

[17] É muito importante que se tenha presente que esta escolha diz respeito unicamente à forma lógica da norma a ser tomada como ponto de partida: está-se a dizer que as regras são normas mais aptas, por sua forma e função, a servir de base (inicial) para a solução de um problema jurídico.
Nada se diz acerca compatibilidade do conteúdo da regra concreta encontrada com o conteúdo de outras normas - princípios ou regras - eventualmente conflitantes, no plano substancial. Neste segundo plano (substancial) é que se julga, p.ex., da constitucionalidade da regra (se não tiver ela própria status constitucional), de sua legalidade (se for uma regra encontrada em ato administrativo normativo), de sua razoabilidade e *così via*. Este problema envolve argumentação que diz respeito a questões de conteúdo, não de forma.
No plano abstrato, formal, regras não são inferiores a princípios e podem, sim, ser (aliás, convém que sejam), tomadas como pontos de partida de argumentos jurídicos, em detrimento

plenamente de acordo com os diferentes argumentos apresentados por Humberto Ávila, que lhe permitem concluir o seguinte:

> ...presente uma regra específica sobre a controvérsia, a interpretação deixa de ser baseada na ponderação livre e horizontal, para centrar-se na ponderação interna da própria hipótese da regra[18].

Há, para o caso da 8ª Rodada, uma "regra (pré)pronta"?[19]

II.2. Regra de nulidade ou regra de revogação?

Aceito que, do ponto de vista formal, seria bom ter uma *regra previamente disponível* para principiar o exame do caso, é necessário estabelecer (muito) genericamente seu conteúdo possível.

Do que se trata, afinal?

Trata-se de saber se a 8ª Rodada, que se encontra suspensa, deverá prosseguir ou não[20].

Considerando estar-se diante de um certame iniciado e tendo presente que os motivos jurídicos originais causadores da paralisação da 8ª Rodada de há muito não subsistem[21], o prosseguimento pareceria ser a medida que se encontra na ordem natural das coisas, no sentido de que não seria necessário qualquer ato "anormal" (fora do procedimento esperado), para justificá-lo. Não se quer com isso dizer, por

---

de princípios (como ponto de partida, bem entendido). Aliás, estando ambas no mesmo plano hierárquico, violar uma regra é mais grave do que violar um princípio.
Começa-se por princípios apenas se não houver regra *prima facie* apta a tratar da questão.

[18] *Teoria dos Princípios*, p. 111. Ainda, p. 103: "A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios."

[19] É certo que, a rigor de lógica, um caso nunca é decidido mediante a aplicação de *uma – e só uma - regra simples*. Stammler, em tom retórico, afirmou que "quando se aplica um dispositivo de um Código, aplica-se todo o Código", para indicar que toda a decisão jurídica é tomada sob a pressuposição de incidência de várias normas: aquelas que regulam a competência do decisor; aquelas relativas à capacidade das partes, regularidade do processo etc. Mesmo no núcleo da *quaestio decidendi* frequentemente a regra que serve de "premissa maior" do silogismo é o resultado de uma composição (no suporte fático ou na consequência jurídica, ou em ambos) não simples.

[20] Na verdade, a alternativa, como se verá na subseção V.4., não é simplesmente "prosseguir" ou "não prosseguir", mas "prosseguir nas condições jurídicas originais" ou "não prosseguir para licitar sob novas condições jurídicas". Por motivos que serão vistos adiante - relacionados ao interesse público originário que determinou a licitação e a sua possível alteração, que funda, em tese, o não prosseguimento - está fora de cogitação simplesmente não prosseguir. Em todo o caso, isto não precisa ser tratado desta forma, neste momento inicial.

[21] Como referido, as ordens judiciais de paralisação, dadas em liminares e fundadas em questões que nada tinham a ver com o pré-sal já foram cassadas. Para mais detalhes, vide a Nota de Estudo 03/11, disponível em www.gern.unb.br.

óbvio, que o prosseguimento seja a providência juridicamente devida[22], mas apenas que a alternativa oposta, que adota uma decisão contrária àquela tomada quando da elaboração e viabilização da 8ª Rodada, necessita de uma justificativa que aponte, no âmbito do direito brasileiro, seu fundamento, visto que se apresenta como um desvio do procedimento originalmente desenhado.

Agiu-se, inicialmente, em um sentido (realizar a 8ª Rodada); normalmente, espera-se prosseguir nele. No entanto, em certo momento, decidiu-se agir em sentido contrário (não prosseguir, suspender). Como justificar isto?

Por estas circunstâncias é que convém iniciar o exame indagando quais seriam as possíveis bases de um não prosseguimento.

No plano do direito público brasileiro, duas seriam as operações jurídicas aptas a dar suporte a tal decisão de não ir adiante: **nulificação** do procedimento ou sua **revogação**.

Ressalvando a possibilidade de exame mais detalhado em outro momento, parece ser o caso de afastar-se a hipótese de uma nulidade.

É suficiente para afastá-la ter presente a própria conduta do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, que em momento algum aduziu a existência de uma *quaestio iuris* que envolvesse um vício jurídico existente no interior do processo licitatório. Cuidou sempre o Conselho de encarecer a superveniência de certos fatos e a necessidade de verificar atentamente seu impacto no certame em curso. Só isso explica, aliás, a própria decisão de suspender a licitação, providência unicamente compatível com a possiblidade de revogação; se de nulidade se tratasse, o caso deveria já estar encerrado de há muito e para nada importaria a mudança legislativa.

A busca deve se concentrar numa *regra de revogação*.

II.3. Qual regra de revogação: Portaria ANP 174/99; Cláusula 10.1. do Edital ou art. 49 da Lei 8.666/93?

Para saber se é possível não prosseguir a 8ª Rodada, o que cumpre então verificar é se o Estado brasileiro[23], no âmbito do caso em análise, possui uma certa competência, qual seja, a de revogar um procedimento que ele próprio instaurou. Deve-se saber se possui competência revogatória e, se a possui, sob quais circunstâncias jurídicas e fáticas poderá exercitá-la.

Para saber isso, há de se encontrar a regra que serve de fundamento normativo da competência[24].

---

[22] O prosseguimento obedece à ordem natural em sentido empírico e somente *prima facie,* jurídico. Isso pode se alterar, caso venha a se verificar que um desvio da ordem premeditada era *devido*. Que fique, pois, bem claro que estas afirmações iniciais apenas têm caráter heurístico e ordenam a exposição que vem em seguida; não implicam preferência por esta ou aquela direção.

[23] Enquanto não for necessário distinguir, usar-se-á esta expressão genérica. Mais adiante, ter-se-á que diferenciar entre ANP e CNPE pois há importante questão de competência a ser resolvida (v. subseção VII.1.).

A legislação setorial não a oferece, no plano legal. Não há, na Lei 9.478/97, dispositivo que regule o ponto. E nem há aí previsão expressa de utilização subsidiária de outras normas. O art. 36 da Lei 9.478/97 dispõe:

> Art. 36. A licitação para outorga dos contratos de concessão referidos no art. 23 obedecerá ao disposto nesta Lei, na regulamentação a ser expedida pela ANP e no respectivo edital.

No plano infralegal, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP editou, via Portaria (174/99), o "Regulamento sobre os procedimentos a serem adotados nas licitações de blocos para a contratação das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural". Ali há o seguinte dispositivo:

> Art. 3º. A Diretoria da ANP poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente justificado.

De conformidade, o Edital da 8ª Rodada dispõe:

> 10.1. A ANP poderá revogar, no todo ou em parte, a qualquer tempo, a presente licitação, sempre que forem verificadas razões de interesse público decorrentes de fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta. Deverá, igualmente, anular o procedimento quando constatada ilegalidade insanável, mediante parecer por escrito e devidamente justificado, dando ciência aos licitantes.

A redação dos dispositivos trai a inspiração imediata. É o art. 49 da Lei 8.666/93, Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos:

> Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. (…)
> § 3o No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Em qual norma ancorar o exame do caso?

Conquanto sejam bastante semelhantes os dispositivos - todos articulam uma relação entre interesse público e certo fato qualificado ou qualificante ("pertinente, suficiente e superveniente"), para, depois, determinar uma certa consequência jurídica - há uma diferença que convém registrar e que pode influir na construção da decisão. Ela reside numa certa condição para o nascimento da competência revogatória.

---

[24] Que Celso Antônio Bandeira de Mello encontra, genericamente, *na mesma norma de competência que fundou o agir positivamente* da autoridade administrativa, cfe. *Curso de Direito Administrativo,* 25a ed., 2008, São Paulo: Malheiros, 442.

O texto da Lei 8.666/93 é categórico: "A autoridade competente … somente poderá revogar a licitação por…" O texto do Edital é mais brando: "A ANP poderá revogar … a licitação sempre que…". A Portaria não qualifica: "A Diretoria da ANP poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrentes de fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta..."

A diferença é sutil, mas, como dito, tem relevância: adotando-se o art. 49 da Lei 8.666/93, não há outra hipótese de revogação senão aquela que se forma diante da presença do fato qualificante e da alteração no interesse público por ele, fato, provocada; adotando-se a Cláusula do Edital, todas as vezes que estiverem presentes o fato e a alteração no interesse público, será possível revogar, o que não significa, logicamente, que não existam outras hipóteses em que nascerá tal possibilidade (não reguladas pela norma). "Sempre que" não é equivalente a "somente[25]". Adotando-se a redação da Portaria, fica-se próximo do sentido da Cláusula do Edital, apenas que com sentido mais brando.

Sem prejuízo de um estudo mais acurado que leve à retificação posterior, parece plausível tomar como ponto de partida a Cláusula do Edital.

Não apenas por razões substanciais, de confiança jurídica em face dos licitantes, mas também porque (i.) se trata da norma mais específica (e o art. 36 da Lei 9.478/97 refere expressamente esta hipótese); (ii.) essa norma específica encontra-se em um meio termo: não se aparta substancialmente da norma setorial mais abstrata, a Portaria 174/99, na medida em que não é tão exigente quanto a Lei 8.666/93, e também fica próxima do dispositivo da Lei 8.666/93, na medida em que, como ela, articula uma qualificação na relação entre fato qualificante e interesse público.

Isso, por outro lado, não significa afastar de todo a Lei 8.666/93, na medida que ela é inegavelmente a inspiração das normas setoriais[26] e é objeto de um consistente trabalho jurisprudencial e doutrinário capaz de fornecer subsídios para a presente análise.

Este o ponto de partida aqui escolhido: a Cláusula 10.1. do Edital.

III - A ESTRUTURA DA REGRA DO EDITAL E AS QUESTÕES QUE SUSCITA: OS PASSOS ARGUMENTATIVOS

Sendo uma regra, a norma positivada no Edital apresenta uma estrutura clássica: a um conjunto de circunstâncias segue-se uma consequência; mais tecnicamente, a um "suporte fático" (SF) está ligado, pelo operador do "dever ser", uma consequência jurídica (um direito/dever, uma liberdade, uma competência ou permissão)[27].

[25] Para fazer um exemplo trivial: "Sempre que chove há risco de derrapagem", admite que possa haver (risco de) derrapagem em dia de sol. "Somente quando chouve há risco de derrapagem", significa que os motoristas podem ficar tranquilos em dias de sol...Veja-se o argumento que é possível construir a partir desta constação, na subseção IV.2.3.

[26] E sem falar que se pode entender que tal dispositivo se *deve* aplicar subsidiariamente. Sobre isso, v. subseção IV.2.5.

Se esta é sua estrutura, a primeira coisa a fazer é identificar como está composto o suporte fático; e, sem dificuldade, constata-se que estão presentes aí dois elementos, relacionados de um modo particular (decorrência).

III.1. Suporte fático: fato superveniente e interesse público alterado

O primeiro elemento do suporte fático é um fato (ou um conjunto de fatos) que, nos termos do dispositivo, deve possuir, em face do estado de coisas de que se cuida, as seguintes qualidades: (i.) ser superveniente; (ii.) ser pertinente; (iii.) ser suficiente, além de (iv.) ser devidamente comprovado[28].

O segundo é o interesse público ou, mais precisamente, as "razões de interesse público".

Quanto a este segundo elemento, é necessário atentar para o seguinte: *por definição*, todo o ato administrativo é movido pelo interesse público (como quer que se o conceba), de tal sorte que a 8ª Rodada foi também iniciada por "razões de interesse público". Em face disso, trata-se aqui, na verdade, de uma alteração no interesse público provocada pelo fato qualificado (superveniente, pertinente e suficiente). Não se cuida de uma concepção abstrata e estática do "interesse público", como se antes ele não estivesse presente e agora sim[29], mas de uma alteração em sua construção ou percepção no caso, provocada pelo fato superveniente, pertinente e suficiente. A regra é clara: "razões de interesse público decorrentes de fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente…" Em síntese, há que se identificar qual o impacto dos fatos no interesse público; qual alteração nele produziram.

Para designá-lo, utilizar-se-á a expressão "interesse público alterado".

A ocorrência do fato superveniente, pertinente e suficiente, e a presença de um interesse público alterado em relação àquele que ditou a realização do procedimento em curso determinam a consequência do dispositivo.

Qual é ela?

III.2. A consequência do preenchimento do suporte fático: *possibilidade* de revogação (competência discricionária)

Neste ponto, duas possibilidades se apresentam.

Pela primeira, e nada obstante os termos do dispositivo - que fala em "poderá" -, uma vez preenchido o suporte fático, a consequência é o dever de revogar. Pela segunda, uma vez preenchido o suporte fático, a consequência é o poder de revogar.

---

[27] Por todos, Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 9ª ed., Berlim: W. Kohlhammer, 1997, especialmente Capítulo 2 ("Sobre o sentido e a estrutura da regra jurídica"). Tradução para o português de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

[28] Mais detalhes, adiante.

[29] Caso isso fosse o caso, de nulidade se cuidaria.

Ainda que plausivemente a diferença não seja tão profunda quanto possa parecer à primeira vista, prefere-se a segunda alternativa por razões didáticas (de exposição) e analíticas [30]. Assim, o preenchimento do suporte fático não basta para que se conclua pelo dever de revogar. Ele instaura a possibilidade legítima dela no caso concreto[31].

Esta alternativa preserva o texto do Edital - põe de manifesto que a consequência da norma é o nascimento de uma **competência** discricionária - cujos termos expressam uma distinção deôntica essencial e, sobretudo, faz evidentes algumas exigências do direito brasileiro - em particular, o constitucional - que na primeira alternativa poderiam ficar relativamente encobertas.

Nos termos da regra do Edital, diferentemente da providência cominada no caso de nulidade decorrente de ilegalidade (dever), a revogação ("por razões de interesse público decorrente de fato superveniente…") é possível. Se preenchido o suporte fático da nulidade (por violação de lei), a consequência prevista é o dever de anulação (e note-se: mesmo este dever hoje é discutido)[32]; se preenchido aquele da revogabilidade, a consequência prevista é a possibilidade de revogação[33].

---

[30] A questão parece ser de complexidade no significado do conceito de "interesse público" e no grau de passagens analíticas e interpretativas que se quer isolar, para tratamento separado.
Quem sustenta que a consequência é o *dever* de revogar trabalha com um conceito de interesse público mais complexo que já inclui a consideração de todos os interesses juridicamente defensáveis envolvidos. O "interesse público", aí, seria o "interesse total" ("público", exatamente porque a soma de todos os valores dignos de tutela, inclusive aqueles privados, eventualmente orientados *contra* a revogação).
Quem defende que a consequência é o *poder* de revogar trabalha com um conceito de interesse público mais restrito, relacionado imediatamente com os fatos qualificados e com as alterações que eles provocaram nas finalidades públicas originárias que determinaram o certame.
Nessa medida, é certo que a contemplação de apenas "um lado da moeda" (este interesse público restrito – *o interesse público altearado*, sugerido no texto), não produz a decisão, mas apenas cria a competência (a possibilidade de). Até aqui o administrador "pode revogar". A decisão concreta (a transformação do "poder" em "dever") deverá vir numa etapa sucessiva (que a primeira alternativa trata conjugadamente, no "interesse total"), metodicamente isolada, que consiste na aplicação da máxima da proporcionalidade para controle de discricionariedade para considerar o confronto entre esse interesse restrito e os demais, que ainda não tiveram oportunidade de se apresentar.
Em todo o caso, como se pode intuir, os mesmos passos metódicos estão presentes nas duas hipóteses, de sorte que os mesmos argumentos podem ser usados em uma ou outra versão da norma.
Exatamente o ponto em questão foi colhido por Engisch, quando da análise do que chama de "conceitos discricionários" (*Ermessensklauseln*): "Conceitos discricionários como o 'interesse público' ou a 'equidade' podem de igual forma ser olhados como pressupostos da estatuição (logo como elemento da hipótese) ou como elementos determinantes da própria estatuição. Frequentemente é apenas uma questão de técnica legislativa que depende acharem-se os conceitos discricionários integrados na 'hipótese' ou na 'estatuição'." *Introdução,* cit., p. 227.
A diferença, apenas, é que esta dupla possibilidade é tratada neste estudo como possibilidade para o intérprete, e não (apenas) para o legislador.

[31] Em linguagem formal: [Fsps ^ IPa] --> P(R) e não [Fsps ^ IPa] --> R, onde "Fsps" é o fato superveniente, pertinente e suficiente, "^" é o símbolo da conjunção, "IPa" é o interesse público alterado, "-->" é o símbolo de dever ser, "P(R)" é possibilidade de revogação e "R" é revogação.

De um lado, uma *obrigação;* de outro, uma *competência* (expressa pelo uso do verbo "poder") que se manifesta pela *faculdade* (em sentido lógico) de agir[34].

---

[32] Mesmo este dever que aparece para o administrador à vista da ilegalidade pode ser relativizado, em obséquio a outros interesses que, em um processo de ponderação, se mostrarem prevalentes em face do interesse público específico que é a base do dever de anulação, a higidez da ordem jurídica.
A possibilidade de relativização do dever de anular é um argumento *a fortiori* para quanto se sustenta acima. No caso da anulação também há o interesse público que aponta para o dever de anular (manutenção da ordem jurídica), mas - e este é o aporte da moderna doutrina administrativista - este interesse público deve confrontar-se com outros valores eventualmente dignos de tutela, como a confiança legítima. Sobre isto, o estudo de Almiro do Couto e Silva, "O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei no 9.784/99)". *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, v. vol 06, n. jul/set, p. 7-59, 2004.

[33] Comparando a causalidade natural com a consequência imposta pelo *dever ser* da regra jurídica, Engisch reconhece esta hipótese: "Em desabono da construção de uma causalidade jurídica, terá de pesar justamente o fato de, frequentemente, a consequência jurídica concreta não se achar, ainda, de modo algum rigorosamente predeterminada, mas antes, consistir na atribuição de competência para, dentro de certos limites, se elaborar uma decisão ajustada…" *Introdução,* cit., p. 69.

[34] Ser competente significa ter o poder (não necessariamente usar o poder) para alterar a situação jurídica de terceiros sem necessitar contar com a participação deles, valendo-se de *ações institucionais* (i.e. ações criadas e concebidas pelo direito como aptas a provocar modificações jurídicas na esfera de outrem). Sobre a estrutura e o funcionamento lógico de competências, v. Alexy, *Teoria,* cit., p. 235, e segs. (de particular interesse sua análise das competências estatais e da possível limitação delas por direitos fundamentais, p. 247 e segs.).
Dito isto, convém atentar para o seguinte.
A doutrina mais antiga da discricionariedade via nela, como critério específico que a apartava de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, um irredutível componente valorativo *pessoal* do sujeito competente que não poderia ser substituído por qualquer outra instância revisora, sob o argumento da *incorreção.* (Walter Jellinek, fala de uma "persönliche Aufassung", como específica característica da "livre discricionariedade" (*freie Ermessen*) - *Verwaltungsrecht*, 3a ed., Berlim: Julius Springer, p. 30.
Em termos lógicos, a discricionariedade assim considerada seria uma "liberdade negativa": o agente decide por exercício e manifestação de sua vontade, agir ou não agir. Na medida em que o critério decisivo é a "persönliche Auffassung", não há critério externo corretor que se lhe possa contrapor.
Modernamente, a discricionariedade vem sendo entendida de forma mitigada (reduzida em sua extensão e intensidade).
A norma habilitante (que institui a competência) reconhece a sua impotência para determinar, *em cada caso,* a melhor solução à vista do interesse público e, por isso, encarrega o sujeito competente de decidir qual é a ***melhor solução,*** considerado o interesse público***.*** Em termos lógicos (e é disso que se trata aqui), a liberdade é diversa, qualificada por Alexy como "positiva": "Se se parte desse pressuposto, então, há uma diferença decisiva se o objeto da liberdade é uma *alternativa de ação ou somente uma ação.* Aquele para o qual a liberdade consiste em fazer o necessário ou o razoável pressupõe apenas uma ação (por mais abstrata que seja). Exemplos de um tal conceito *positivo* de liberdade são os conceitos de Spinoza (…). Se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em uma 'liberdade negativa'. Uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela nao são vedadas alternativas de ação. O conceito negativo de liberdade nada diz acerca daquilo que uma pessoa que é livre em sentido negativo deve fazer ou, sob certas condições, irá fazer; ele diz apenas algo sobre suas *possibilidades* de fazer algo." (Alexy, *Teoria,* cit., p. 222).

Dever ou obrigação de agir, de um lado, e permissão para agir (exercício de competência), de outro, são categorias deônticas básicas e diferentes, e é desnecessário encarecer isto[35]. O que a regra regula, caso ocorra o preenchimento do seu suporte fático (fato + alteração no interesse público) é o fenômeno da discricionariedade, que, em termos abstratos é uma possibilidade de realizar, ou não, o ato que é objeto da competência e, nessa medida, uma faculdade (certo: no plano do direito público, não privado). A lei não torna a revogação um ato vinculado, mas limita-se a imputar a consequência jurídica de sua possibilidade. A transformação da faculdade num dever – admitindo-se que tal seja possível - é tarefa que exige exame das circunstâncias do caso concreto, em passo argumentativo posterior (o último, cfe. adiante).

Efetivamente, constatada a presença dos elementos do suporte fático (onde consta um interesse), há que se verificar, em concreto (diante de todas as circunstâncias e nuances do caso), quais outros interesses e exigências jurídicas formaram-se legitimamente ao abrigo do estado de coisas anterior que ainda estão em jogo e que, eventualmente, militam em favor da não revogação. Há toda uma trama de relações que se forjaram sob horizonte diverso daquele existente no momento do exercício da revogação e o interesse público alterado não pode pretender ter caráter preponderante sempre e sob quaisquer circunstâncias, ainda que se admita que possa ter um "peso abstrato" maior do que os demais. Aliás, pode-se razoavelmente sustentar que o específico interesse público alterado é uma *faceta* do interesse público total, que somente se obtém depois de considerados os elementos do caso, num juízo de *ponderação* (adiante)[36].

Na síntese lapidar de Luís Roberto Barroso: "(…) em um Estado de direito democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados." Isso porque, diz ele, "o interesse público primário consiste na *melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover*[37]*.*

Talvez se pudesse dizer que a liberdade do direito privado é tipicamente negativa; aquela do direito público, a discricionariedade, é positiva. Em todo o caso, mesmo que se admita – como se admite – a correção da segunda concepção, ainda assim não se está diante de um automático *dever* de agir, mas de uma *possibilidade de agir instaurada por uma competência orientada para a realização da melhor solução à luz do interesse público* ("total").

[35] Por todos, v. Wright, "Deontic Logic", in *Logical Studies,* Londres: Routledge & Kegan, Paul, 1957.

[36] A noção de peso abstrato é importante mas não decisiva para resolver eventual conflito, cfe. Alexy, "La formula del peso", in *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,* Ed. Miguel Carbonell, Quito: Min. Justiça do Ecuador, 2008.
Quanto à ideia de "preponderar sempre", não pode deixar de suscitar o problema da "supremacia" do interesse públco sobre o particular. Sobre isso, o ensaio pioneiro de Humberto Ávila, "Repensando o 'Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular'", in *Revista Trimestral de Direito Público,* n. 24/1998, p. 159 e segs.

[37] Luís Roberto Barroso, no *Prefácio* à obra coletiva *Interesses Públicos* versus *Interesses Privados – Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público,* Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2005, p. xvi.

Esta negativa de passagem automática, do preenchimento do suporte fático para a consequência "revogação", além de guardar a diferença lógica entre faculdade (ou competência) e obrigação sugerida pelo texto, rende homenagem às tendências contemporâneas do direito público e permite que se tragam à baila, de forma especialmente destacada, argumentos fundados em princípios que, como dito no início, são pertinentes, mas não podem ser jogados a esmo no tabuleiro, de forma tópica; princípios, valores e interesses são quase sempre relevantes para a solução de um caso jurídico e este não é uma exceção, mas devem entrar nele de forma metódica e controlada; aqui, no último momento da construção da decisão e por força da estrutura da própria regra trazida pela Cláusula 10.1. do Edital[38]. O ingresso destes elementos, exigido para bem apreciar o exercício da faculdade de revogação tomará a forma de uma ponderação de valores (ou princípios), positivados constitucionalmente e funcionará como baliza da discricionariedade administrativa instaurada pelo preenchimento do suporte fático[39].

A decisão ótima (que atenderia ao "interesse público final", i.e., aquele obtido pela soma do interesse público alterado pelo fato novo, com os demais interesses dignos de tutela, de sentido contrário) envolve, pois, a consideração de todos os interesses envolvidos e permite a adoção de soluções nuanceadas, frutos de possíveis temperamentos[40]. Neste momento final é que entram em consideração revogações parciais, mais ou menos extensas (como, p.ex., revogar a parte em que não houve oferta e adjudicar os blocos arrematados; revogar a parte relativa aos blocos do pré-sal e prosseguir quanto ao resto etc.)[41].

O interesse público total, resultante da ponderação (infra), pode, em tese, consistir na preservação de interesses privados em detrimento do interesse público que se chamou de *alterado*, se houver razões jurídicas para tanto[42].

---

[38] Este destaque é o que, fundamentalmente, se ganha sustentando ser a consequência jurídica do preenchimento do suporte fático um poder, e não um dever.

[39] A relação entre *ponderação,* ou, mais genericamente, *proporcionalidade,* e *ato administrativo* é, de resto, a originária. Sobre isso, Peter Badura, *Staatsrecht - Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed., Munique: C.H. Beck'sche, 1996, p. 105 e segs. (em verdade, Badura precisa que a relação ter-se-ia instaurado no âmbito do *Polizeirecht*).

[40] Esta preferência pelo isolamento de dois momentos na consideração do interesse público, um primeiro relativo ao interesse público alterado (e puro), presente no suporte fático; e outro, dedicado à obtenção do interesse público final (composto), que transforma o "pode revogar" num "deve revogar", tem também a vantagem de mostrar claramente que o "interesse público" que determina a ação considera os interesses privados e, por isso, é infenso a uma possível crítica, como a que faz Humberto Ávila no artigo já citado. Em outras palavras, como diz o autor gaúcho, "entre os interesses privado e público há, em verdade, uma *conexão estrutural*".

[41] Cfe. Subseção VI.3.2., infra.

[42] E vai além: “Mesmo quando não esteja em jogo um direito fundamental, o interesse público pode estar em atender adequadamente a pretensão do particular.” *Interesses Públicos* versus *Interesses Privados – Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público,* Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2005, p. xiv.

Se esta proposta é aceita, os seguintes grandes passos deverão ser trilhados[43]:

Verificação da existência da competência:

1.) A investigação do "fato qualificante", no plano abstrato (da norma) e concreto (dos fatos envolvidos na 8ª Rodada, a serem subsumidos na hipótese normativa) e as consequências de uma possível "falha" na identificação, em concreto, de tal fato.

2.) A identificação da alteração que sofreu o interesse público, em face deste fato ou destes fatos, ou, eventualmente, possibilidade de sua alteração em face de (apenas) uma mudança objetiva de perspectiva (esta alternativa envolve uma análise da possibilidade de afastar a regra do Edital, para prescindir do elemento fático e reforçar aquele do interesse público alterado, como se verá).

Controle do exercício da competência existente

3.) A identificação da melhor solução, à vista de 2.) e de outros interesses em jogo, que eventualmente deponham em favor da manutenção da 8ª Rodada. Aqui surge a possibilidade de decisões parciais: prosseguir parcialmente relativamente a … / prosseguir parcialmente relativamente a… etc.

Cada passo é prejudicial em relação ao seguinte.

SEGUNDA PARTE
VERIFICANDO A EXISTÊNCIA DA COMPETÊNCIA
(PREENCHIMENTO DO SUPORTE FÁTICO DA REGRA DO EDITAL)

IV - O FATO QUALIFICANTE

IV.1. Os tipos de questões : interpretação e subsunção

---

[43] Desejando ser rigoroso na verificação da incidência da regra que serve de ponto de partida deste estudo, haveria uma questão preliminar a ser tratada, e que diz respeito ao momento de sua aplicação. Até quando, no curso do procedimento licitatório, a Cláusula do Edital pode ser usada? Há que se interpretar o "a qualquer tempo" ali previsto.
Adota-se, desde já, opinião de Marçal Justen Filho, em seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos,* 11ª ed., p. 463: "A revogação pode ser praticada a qualquer tempo. Cabe modificar afirmativa contida em edições anteriores, acerca da revogação posterior ao encerramento da licitação, quando já adjudicado o objeto ao licitante considerado vencedor. Ao contrário do que defendera anteriormente, deve reconhecer-se competência para revogação a qualquer tempo, respeitados limites insuperáveis. O juízo de conveniência, exercitado por ocasião da homologação, não pode ser renovado posteriormente. Porém, o surgimento de fatos novos poderá autorizar avaliação acerca da conveniência da manutenção dos efeitos da licitação. Diante de fato novo e não obstante a existência de adjudicação do objeto a um particular, a Administração tem o poder de revogação. Poderá revogar a adjudicação e homologação anteriores, evidenciando que a nova situação fática tornou inconveniente ao interesse coletivo ou supra-individual a manutenção do ato administrativo anterior".
Este é, em todo o caso, um ponto a ser discutido.

Há dois tipos de questões envolvendo este primeiro passo:

1.) questão de interpretação: o que se há de entender por (i.) "superveniência"; (ii.) "pertinência"; (iii.) "suficiência" e qual a relação entre eles? Quando um fato está "devidamente comprovado"?

2.) questão de subsunção: qual ou quais fatos ocorridos no horizonte temporal da 8ª Rodada possuem estas características[44]?

IV.1.1. Questões de interpretação: o entendimento padrão (art. 49 da Lei 8.666/93)

As questões de interpretação buscam, basicamente, obter o entendimento geral, padrão, acerca do conteúdo da norma veiculada pelo dispositivo. Fica-se, ainda no plano abstrato e genérico.

"Superveniência", "pertinência" e "suficiência", são predicados relacionais que exigem, para sua completa compreensão, referência a outro objeto. No caso da "superveniência", há que se saber em relação a que o fato é posterior. No caso da "pertinência", é também de se indagar em relação a que o fato é pertinente. No caso da "suficiência", mais complexo, o outro par parece ser o interesse público alterado, de tal sorte que a plena compreensão desta qualidade depende do exame que se fará no tópico seguinte (nada obstante isso, é possível, abstratamente, identificar o que a "suficiência" exige).

De particular importância (por motivos que ficarão claros no decorrer da exposição) é o exame da relação entre "superveniência" e "(im)previsibilidade". O fato superveniente tem que ser imprevisível?

Especificamente neste passo é que entra a ajuda substancial que pode provir do art. 49 da Lei 8.666/93. Na falta de uma "tradição" setorial, é perfeitamente lícito recorrer aos trabalhos doutrinários e à jurisprudência que se formou em torno deste dispositivo, para compreendê-lo desde uma perspectiva ainda abstrata (não relacionada diretamente às peculiaridades do caso).

Em síntese: o que é, para a doutrina e jurisprudência do direito administrativo, um "fato superveniente, pertinente e suficiente"?

IV.1.2. Questões de subsunção

[44] Na verdade, há duas operações envolvidas na fixação da premissa menor do silogismo que está na base da aplicação da regra: (i.) fixar e comprovar os fatos relevantes; (ii.) enquadrar algum deles como "superveniente", "suficiente" e "pertinente" (subsunção propriamente dita). Apenas para provocar o leitor (eis que, aqui também, depende-se de um conhecimento fático aprofundado), convém lançar algumas perguntas que pautam essas atividades: A) pode-se admitir como "suficiente" um evento que se insere, sem maior novidade, no curso de um longo processo de gradativa construção de certezas? Mais concretamente: considerando-se o modo como ocorrem a pesquisa e os achados na indústria do petróleo, há um momento que, sozinho, pode ser considerado como "a descoberta", para fins de seu enquadramento na hipótese abstrata da regra? B) Pode-se admitir como fato relevante para fins do art. 49, o anúncio da Petrobrás, feito em novembro de 2007, quando se tem presente que esteve na origem da Resolução 06/07 do CNPE, que, por sua vez, determinou a "rigorosa observação dos direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, relativos às áreas concedidas ou arrematadas"?

Qual(is) é (são) o(s) fato(s) que, no contexto da 8ª Rodada, pode(m) ser qualificado(s) como "suficiente, pertinente, superveniente" e que, ainda por cima, está (ou estão) "devidamente comprovado(s)"?

Sejam quais forem, eles deverão ser encontrados numa narrativa fática que correlacione, da forma a mais completa possível **(a.) eventos relacionados ao pré-sal** e (b.) **a formação, realização e suspensão da 8ª Rodada**.

É que, dadas as manifestações, e sobretudo, as motivações do CNPE para suspender o certame, é no âmbito desta correlação específica que se deverá encontrar o fato qualificante, com as características requeridas pela regra. Em síntese: os "candidatos" são apenas aqueles relacionados com o pré-sal e não outros, por mais relevantes que possam parecer.

A questão de subsunção (a busca da "premissa menor" do silogismo judicial), desdobra-se em outras, secundárias.

A primeira delas envolve uma delimitação temporal: qual é o horizonte de tempo dentro do qual devem ser buscados os fatos aptos a preencherem esta parte do suporte fático da regra?

A importância desta indagação só ficará mais evidente de posse de um pleno conhecimento dos eventos ocorridos por ocasião da preparação, realização e suspensão da 8ª Rodada. Em todo o caso, é possível perceber o que com ela se quer, por meio de uma pergunta que a narrativa detalhada inevitavelmente suscitará e que já o elenco dos fatos apresentados na Seção I sugere: é juridicamente admissível selecionar e utilizar fatos que só vieram a ocorrer antes da conclusão da 8ª Rodada (i.e., que são efetivamente supervenientes), porque a administração manteve-se inerte quando tinha o dever de agir e concluir o certame em tempo anterior ao evento ocorrido (a administração pode tirar proveito de sua omissão, se for contrária a direito)?

Como quer que seja, os resultados possíveis desta busca são:

a)não houve o fato qualificante, tal como entendido pela doutrina e jurisprudência; ou

b)houve o fato qualificante.

IV.2. O que fazer caso <u>não</u> se verifique o fato qualificante?

<u>IV.2.1. Não se instaura a competência e o exame se encerra: a 8ª Rodada, ora suspensa, deve ser retomada</u>

A primeira, mais intuitiva e natural atitude[45] seria a de encerrar a investigação pois não se pôde apontar um evento que colmatasse o primeiro elemento do suporte

[45] Novamente aqui o sentido de "natural e intuitivo" é empírico e apenas *prima facie* jurídico. Significa que as alternativas ao não prosseguimento necessitam de um esforço argumentativo adicional que apresente um fundamento jurídico para o (novo) desvio de curso, agora relativamente à não aplicação (afastamento) da regra do Edital.

fático da regra[46]. Ela, por isso, não incide e não se instaura a competência revogatória (não se instaura sequer a possibilidade jurídica da revogação)[47].

Nos termos do entendimento do art. 49 da Lei 8.666/93 - que serve de pano de fundo para as regras setoriais - não havendo fato qualificado, a eventual mudança na ideia de interesse público é mera alteração de apreciação, impotente para fundar a competência revogatória[48]. E isto é assim por mais respeitável que seja esse novo critério e o interesse público que a partir dele se apresenta, sob a perspectiva política, econômica, social etc. Neste caso, a solução, *in extremis*, seria a expropriação, mas não a revogação[49].

Para negar esta conclusão que não aceita o nascimento da competência revogatória à vista da falta do fato qualificante, são pensáveis (não significa que sejam juridicamente corretas) algumas alternativas que partem, todas, de peculiaridades da indústria do petróleo ou de peculiaridades do caso específico de que se trata, acrescidas de considerações acerca da magnitude e tipo de interesse público envolvido.

Elas estão às voltas com afirmações como as seguintes: "na indústria do petróleo jamais ou muito raramente se encontrarão fatos isolados capazes de assumir as características requeridas pela *communis opinio* e não convém ao interesse público (...)[50] dificultar ou tornar impossível a revogação em certas circunstâncias" ou "a

---

[46] Conclusão a que chega Marilda Rosado, em "Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações", in *Novos Rumos do Direito do Petróleo,* Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 84 e segs.

[47] Exemplos: (i.) superveniência: depois da abertura da 8ª Rodada não ocorreu qualquer evento relativo ao pré-sal; (ii.) pertinência: depois da abertura da 8ª Rodada os eventos relacionados ao pré-sal que ocorreram não apontavam para reservas deste tipo na área dos blocos da 8ª Rodada; (iii.) suficiência: depois da abertura da 8ª Rodada os eventos relacionados com o pré-sal apontavam para reservas deste tipo no âmbito dos blocos da 8ª Rodada, mas não foram considerados pelo Estado brasileiro aptos para alterar o seu curso.
Um ponto que será de extrema importância, já salientado no texto, é a relação entre "superveniência" e "imprevisibilidade".

[48] Por todos, Marçal Justen Filho, em seus *Comentários à Lei de Licitações e Contratos,* 11ª ed., p. 463: "Tendo concluído que o ato é conveniente e determinado sua prática ou manutenção, a Administração se vincula a essa decisão. Poderá revê-la *desde que* existam circunstâncias novas, inexistentes ou desconhecidas à época anterior. Logo, não se admite que a Administração julgue, posteriormente, que era inconveniente precisamente a mesma situação que fora reputada conveniente em momento pretérito. Nesse sentido, a Lei determina que a revogação dependerá da ocorrência de 'fato superveniente devidamente comprovado'. Isso indica a inviabilidade de renovação do mesmo juízo de conveniência exteriorizado anteriormente. Em termos práticos, significa uma **restrição à liberdade da Administração, criando uma espécie de preclusão administrativa. Uma vez exercitada determinada competência discricionária, a Administração não poderia rever o ato, senão quando surgissem fatos novos."**

[49] Marilda Rosado, referindo a opinião de Michael Darden, aponta os requisitos para tanto: "(i.) que os atos sejam realizados em virtude de interesse público; (ii.) que sejam não discriminatórios, e (iii.) que sejam acompanhados de adequada e justa indenização." ("Parecer…", cit., p. 40-41).

[50] Como se sabe, não basta invocá-lo assim simplesmente.

dimensão e a magnitude do fenômeno pré-sal são tão excepcionais que exigem o afastamento dos padrões gerais, fundados na exegese do art. 49 da Lei 8.666/93, a bem do interesse público, em favor de uma outra compreensão da competência revogatória *in casu*".

Em função dessas e outras razões, defende-se, em graus diversos, um afastamento do modelo (e, eventualmente, da regra) e se oferecem alternativas normativas (novos pontos de partida, mais ou menos afastados dos termos da regra do edital, como se verá).

No final das contas, essa alternativas - que carregam consigo um ônus argumentativo muito grande - admitem este "fracasso" no plano dos fatos, mas procuram superá-lo em favor da construção de uma competência revogatória que considera condição suficiente para sua existência (apenas) uma alteração no interesse público (que, há que se admitir, pode se alterar substancialmente, mesmo sem a superveniência de fatos rigorosamente enquadráveis nos termos da regra do Edital). Essas alternativas possíveis são:

> manutenção do caso no âmbito da regra do Edital a partir de uma profunda reformulação do que se há de entender por "fato suficiente, pertinente e superveniente", apto a lidar com as peculiaridades da indústria do petróleo (uma "nova subsunção" - um novo tipo de "fato suficiente, pertinente e superveniente");
>
> afastamento do caso do âmbito da regra do Edital e adoção de uma competência revogatória que considere possível revogar não apenas quando houver a junção do fato e do interesse público, mas que se contente com a alteração sensível do interesse público por (mera) mudança de perspectiva (objetivamente fundada, porém, em certo estado de coisas verificável). Fundamentos possíveis dessa estratégia:
>
> > - constatação de uma indecisão normativa criada pela própria regra do Edital, na hipótese de inexistência do fato, indecisão essa que poderia ser suprida por uma regra em favor da competência revogatória diversamente concebida (argumento obtido a partir do sentido inconclusivo de "sempre que", como diverso do categórico "somente");
> >
> > - constatação da superabilidade da regra, em face de um princípio (uso do diverso caráter *prima facie* da regra que cede, diante da magnitude do pré-sal e da importância da satisfação do interesse público construído a partir disso, em favor, também, de uma diversa concepção dos limites do poder revogatório).
> >
> > - constatação da inadequação da regra, em geral, para o setor de petróleo (inadequação setorial).

O que segue (subseções IV.2.2, IV.2.3., IV.2.4. e IV.2.5.) explora estas possibilidades, sem aderir a uma ou a outra. A relação entre elas também não será estudada. Trata-se, aqui, apenas, de formular possíveis linhas de argumentação, a serem construídas *caso* não se possa identificar o fato qualificante e se deseje prosseguir no exame do problema.

IV.2.2. Uma forma diversa de entender o fato qualificante ("nova subsunção")

Nesta alternativa admite-se que conceito de "fato superveniente, suficiente e pertinente" obtido a partir do exame do que "comumente acontece" (doutrina e jurisprudência do art. 49 da Lei 8.666/93) não permite a subsunção dos "candidatos" encontrados na narrativa fática do pré-sal. Ao invés, porém, de responder negativamente à pergunta pela possibilidade de revogação, propõe a inclusão de uma nova instância, não comum, na classe destes fatos. Trata-se da alternativa menos radical porque ela permanece no âmbito da regra do Edital, embora faça-a cobrir instâncias novas.

Esta estratégia consiste, em termos teóricos, no que Karl Engisch chama de nova subsunção, i.e., na aplicação das características abstratas descritas na norma a um fato (ou conjunto deles) concreto que não é, em sua estrutura, o usual, no sentido de já assente na doutrina ou jurisprudência. Esta subsunção nova justifica-se na medida em que é possível uma aproximação - por meio de variados argumentos - do novo ao já estabelecido[51]:

> Pressupondo, porém, por agora, que sabemos o bastante sobre a classe como tal (…), continua a ser um problema difícil o de saber se o enquadramento na classe de um novo objeto, que até aqui não foi considerado como pertinente à mesma, se justifica ou não; se, por outras palavras, a referida equiparação é ou não admissível. A problematicidade resulta designadamente do fato de que, em cada subsunção efetivamente nova, o caso a subsumir difere sob qualquer aspecto dos casos até então enquadrados na classe e, por conseguinte, põe sempre ao jurista, que está vinculado ao princípio da igualdade, a penosa questão de saber se a divergência é essencial ou não. Mas esta questão de saber se existe uma igualdade essencial ou uma divergência essencial entre o novo caso e os casos até agora submetidos àquele conceito ou classe conduz-nos a uma nova questão: de que é que se trata propriamente?[52]

---

[51] É muito importante notar que **não** se trata de analogia nem de uma interpretação que ultrapassa o sentido possível, dado pelos usos semânticos. Na hipótese em estudo, assume-se que a *pertinência, a suficiência* e, sobretudo, a *superveniência* são conceitos jurídicos suficientemente indeterminados para albergarem casos concretos que nunca lhe tinham sido propostos antes. Pode-se até falar em "interpretação extensiva" ou "ampliativa", mas é essencial poder manter-se dentro das regras semânticas de uso das expressões.
No caso da analogia lança-se mão de uma regra que, dados os sentidos possíveis de seus termos, **não alcança** a hipótese em exame. Há, inicialmente, um não regramento que se entende deva ser "coberto" por uma norma (*rectius:* regra, pois dificilmente se poderia falar em lacuna por falta de princípio…) que regula "casos semelhantes" e que, por uma razão de isonomia, *deveria* colher também aquele para o qual não fora feita. Os problemas da analogia estão num exame das "semelhanças e diferenças" entre os casos e na identificação de quando um não regramento é juridicamente indesejável, i.e., quando ele não resulta de uma decisão de, exatamente, deixar o ato em questão no âmbito da *indiferença jurídica*. Esta investigação envolve um exame tanto dos casos concretos, em seus diferentes elementos, quanto da norma, em sua *ratio*. Formulando-se, a partir da *ratio* da norma original, uma regra mais geral, que alcance mais hipóteses, decide-se pela aplicação analógica quando se encontram no caso não regrado originalmente os mesmos elementos gerais que foram determinantes para a edição da regra existente.
No caso da interpretação *contra* o sentido linguístico possível, assume-se, ao menos em termos abstratos, a máxima segundo a qual ele é o ponto de partida e o limite possível da aplicação dos demais métodos de interpretação.

Esta via reconhece que não existe, no setor de petróleo (ou neste caso específico), um evento singular de excepcional força e relevância, dotado, por si só, das qualidades normalmente requeridas. Em particular, admite que, em face das peculiaridades da pesquisa na indústria do petróleo, dificilmente ocorrem, no plano da descoberta, “fatos imprevistos” ou “absolutamente novos”. Nada obstante isso, ou *por isso* e por considerações substanciais de interesse público, tal via entende ser necessário ou conveniente considerar como típico, para fins desta subsunção, uma cadeia de eventos que se relacionam de um certo modo; ou mesmo certos fatos isolados que, embora não tenham toda a força que normalmente se requer na interpretação tradicional, possuem, sim, um certo grau satisfatório de superveniência, pertinência e suficiência. Nessa direção, deveria haver esforços para distinguir “superveniência” de “imprevisibilidade” (mesmo um fato que se conhecia possível, se efetivamente verificado, é superveniente; ou que, “superveniente” é o fato que, embora previsível em seu ocorrer, seja imprevisível em sua magnitude e assim por diante).

O critério decisivo para se aferir a presença do fato qualificante seria não o entendimento jurídico padrão, mas, p.ex., o modo como se porta o setor diante de certos fatos que - embora não sejam propriamente *imprevistos* e estejam inseridos em uma cadeia de eventos anterior - causam alterações perceptíveis no comportamento dos agentes econômicos setoriais, diante de expectativas relativamente ao evento. Algo por aí.

Esta alternativa não é isenta de dificuldades, teóricas e, sobretudo, fáticas.

As teóricas envolvem a busca e construção de razões para que se aceite esta subsunção fora do padrão.

Quanto às dificuldades fáticas, tal alternativa deveria, em particular, superar um obstáculo deveras difícil, referido na Seção I: ela deveria explicar o compromisso assumido pelo Estado Brasileiro na histórica reunião do CNPE, de novembro de 2007 (que contou com a presença do Presidente da República), o qual, mesmo à vista do anúncio da Petrobrás (a tradicional "descoberta" do pré-sal), qualificado expressamente como “fato superveniente”, determinou a "rigorosa observação dos direitos adquiridos e atos jurídicos perfeitos, relativos às áreas concedidas ou arrematadas", inclusive no âmbito da 8a Rodada. As possibilidades de superar isso serão analisadas no final deste estudo, na subseção VII.1. A mais óbvia – mas que cria ulteriores dificuldades – é afirmar que este não é o fato que se está buscando; que depois dele novas circunstâncias surgiram (v. infra).

IV.2.3. Indecisão na regra do Edital?

Como se disse na subseção II.3 acima - ao escolher os possíveis candidatos a pontos de partida para o exame do caso - o "sempre que" previsto na regra revogatória do Edital não é equivalente ao "somente" do art. 49 da Lei 8.666/93.

Aceitando isso, o que se pode concluir a partir do texto da regra do Edital, caso o fato qualificante não exista? É necessário concluir que a competência não se

[52] *Introdução,* cit., p. 97. Por subsunção nova, Engisch entende "uma subsunção realizada pela primeira vez, não uma singela e rotineira realização de subsunções feitas inúmeras vezes em casos semelhantes."

instaura? Ou se pode concluir estar diante de uma espécie de indecisão na regra, a ser suprida por outra norma que admita a revogação, sob outros pressupostos?

Para trabalhar com esta hipótese é preciso, primeiro, estabelecer que, tomada literal e isoladamente, a regra nada diz acerca do que fazer, p.ex., quando se verificar uma efetiva alteração no interesse público provocada por circunstâncias que *não possuem* as qualidades requeridas pela técnica jurídica, de superveniência, suficiência e pertinência.

Repetindo o exemplo dado antes: "sempre que chove o carro derrapa" não significa que derrapagens aconteçam somente quando chove. De modo semelhante, "sempre que ocorrerem certas circunstâncias pode-se revogar" não significa que "somente se ocorrerem estas circunstâncias pode-se revogar[53]". Diante dessa situação constrangedora, a regra diz "não sei" (emudece); mas não diz "não pode".

Esta falta de solução da regra, porém, ainda não resolve o problema em favor da possibilidade de revogação. Aparentemente é o contrário.

É que se podem encontrar outras normas que efetivamente vedam a possibilidade de revogação, se o Edital não puder se aplicar. Estas normas diriam algo como "se não há possibilidade de revogar pela regra do Edital, então não pode revogar e ponto final".

Atuam nesta direção respeitáveis vínculos: segurança jurídica; confiança; utilidade das disposições do Edital; vinculação da administração ao Edital, aplicação subsidiária da Lei 8.666/93 etc. Com efeito, se a disposição do Edital não é a única base para revogação - i.e., se na impossibilidade de sua incidência a questão não se resolve já de imediato negativamente, ficando-se apenas num morno "não se sabe" - porque ela foi colocada no Edital? Por que o Edital não foi concludente quanto a isto? A Administração vai buscar a solução fora do Edital (e da Lei 8.666/93, que é ainda mais restrita) numa nova hipótese de revogação? Os participantes são obrigados a "descobrir" outras possibilidades fundadas em manobras que parecem truques lógicos?

Para enfrentar estas consideráveis objeções faz-se necessário encontrar outras normas de sentido contrário àquelas referidas no parágrafo anterior que, diante da indecisão da regra do Edital, digam algo como: "nada obstante as razões em sentido contrário, pode-se revogar também em outras bases normativas, visto que o Edital não proíbe (não decide) e há elementos preponderantes (quais?), in casu, para introduzir-se outras condições (menos severas) de revogação."

A peculiaridade desta alternativa está em que ela ainda se mantém no plano da norma do Edital pois afasta a regra "com a sua própria concordância" i.e., a partir da constatação de que o texto do Edital é inconclusivo e que há motivos suficientes para sair dele com a possibilidade de revogação ainda intacta.

Tais “elementos preponderantes” seriam semelhantes àqueles que fundam uma *exceção principiológica à aplicação da regra,* próxima alternativa. Com efeito, em alguns aspectos esta alternativa e a seguinte se aproximam.

---

[53] Pode-se revogar também em outras condições (assim como o carro pode derrapar em dias ensolarados)?

IV.2.4. Superabilidade ou distinto caráter *prima facie* das regras

Aqui se trata, em síntese, de introduzir uma exceção à aplicação do Edital, para o caso. Mais precisamente, *afastá-la* em favor de outro fundamento (um "ponto de partida substitutivo"), apenas e tão-somente para a 8ª Rodada.

Admite-se que o fato qualificado não ocorreu (ou que não se aceitou uma "nova subsunção", cfe. acima), mas argumenta-se em favor da introdução de uma exceção que afasta essa exigência para o caso específico.

Diferentemente da alternativa seguinte - ainda mais radical, mas fundada em técnicas hermenêuticas tradicionais - esta aqui admite que, em geral (i.e., para o setor de petróleo), a regra é adequada, mas que, no caso específico de que se trata, ela[54] deve ser excepcionada por um princípio, em face de algumas razões jurídicas e empíricas excepcionalmente importantes que recomendam uma diversa configuração da competência revogatória (adiante).

Convém detalhar um pouco mais esta possibilidade – sem adotá-la - pois ela parece muito próxima de um uso preguiçoso - ou pior: comodamente autoritário - de princípios.

Segundo corrente teoria, regras aplicam-se ou não se aplicam. Não se realizam de forma "otimizada", como os princípios, que admitem concretizações mais ou menos intensas, parciais, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Sendo a regra apta a reger o caso[55], ou bem seu suporte fático se verifica, e, portanto, também sua consequência jurídica; ou bem seu suporte fático não se verifica, e, portanto, a consequência não se segue, ao menos por força da regra que se está a aplicar (*in casu*, não há possibilidade de revogação da 8ª Rodada).

Na presente hipótese esta ideia básica se mantém, mas se introduz, para além de questões relativas à validade formal, um motivo de exclusão de incidência (ou de aplicação?) fundado num princípio. Isto é possível em razão do que Alexy qualifica como diverso caráter *prima facie* das normas[56]:

> Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma

[54] Na verdade ela (regra), o princípio que a sustenta e mais outros, de cunho formal, que preconizam o respeito pela autoridade (competente) que editou a regra.

[55] i.e., sendo válida e pertinente. Sobre isto, em detalhes, Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais,* p. 92 e segs.

[56] "Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas*." *Teoria dos direitos fundamentais,* cit., p. 106 (grifos acrescentados).
E aqui a distinção entre princípio e regra, nos termos específicos em que a formula Robert Alexy é vital, como mesmo o autor encarece. Não parece servir a hipótese de Dworkin, para quem as exceções de que padecem as regras podem ser formuladas já de antemão ("The rule might have exceptions, but if it does then it is innacurate and incomplete to state the rule so simply, without enumerating the exceptions. In theory, at least, the exception could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule.", *Taking Rights Seriously,* Cambridge: Harvard Univ. Press, 1978, p. 25).

> regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção[57].

O recurso a este expediente não pode ser banalizado e, portanto, sua aceitação deve vir suportada por motivos altamente relevantes que indiquem a necessidade de superar a regra, o princípio substancial que a suporta e certos princípios formais, em favor do princípio que se quer fazer valer. De regra (não se evitou), aplica-se a regra…

> "Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados 'princípios formais'. Em um ordenamento jurídico, quanto maior peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter prima facie de suas regras[58]. (grifou-se)

Em direção semelhante vai Humberto Ávila que fala em superabilidade das regras[59]. Depois de encarecer que, "ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria", apresenta as condições para que uma regra possa ser afastada do caso para o qual foi feita, dividindo tais condições em requisitos materiais e requisitos formais[60]. Quanto aos primeiros, salienta existir normalmente um conflito a ser resolvido entre o princípio da segurança jurídica e outro princípio constitucional que postula o afastamento da regra.

É importante que fique claro que **duas** são as operações envolvidas nesta estratégia (como na seguinte):

a.) apresentar razões para afastar a regra do Edital e colocar em seu lugar, como ponto de partida, um outro fundamento jurídico para o ato.

b.) Verificar se estão presentes as condições de aplicação da norma (regra) que se quer fazer incidir em substituição àquela que se afastou.

---

[57] Alexy, *Teoria,* cit., p. 105.

[58] Alexy, *Teoria,* cit. p. 105.

[59] *Teoria dos princípios,* cit., p. 112 e segs.

[60] *Teoria dos princípios,* cit., p. 115 e segs.

A primeira operação é aquela de que propriamente interessa aqui. Por que se deveria afastar a regra do Edital *para o caso*?

Para responder satisfatoriamente a esta questão deveria ser possível conjurar uma série de razões que associassem *princípios* (sobretudo de ordem constitucional) e *estados de coisas* – não necessariamente *um fato isolado e rigorosamente imprevisto* - que, apontando as peculiaridades do caso específico, vencessem a "presunção *iuris tantum*" que milita em favor da aplicação exclusiva do Edital ("presunção" amparada por respeitáveis princípios!) e tornassem sua regra ou inapta para resolver o problema ou, ao menos, não exclusiva. Seria algo como: "em situações de *normalidade*, aplica-se a disposição do Edital; diante de eventos que superam, em muito, o contexto da 8a Rodada e este horizonte de normalidade que a regra pressupõe, e, ainda, considerando-se certos valores constitucionais, *também* é possível a revogação quando houver (apenas) uma objetiva alteração na apreciação do interesse público."

Em seguida, tratar-se-ia de apresentar o ponto de onde partir para realizar o exame. Prosseguindo no exemplo, muito provavelmente, tal seria a *teoria geral da revogação* do direito administrativo brasileiro, expressa sinteticamente na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Resumidamente: quais são as razões (constitucionalmente?) fortes que impõem tratar do caso à luz da teoria *geral* da revogação, resumida na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (cfe. adiante), a qual exige, basicamente, a alteração objetiva e razoável no interesse público, ainda que causada por uma diversa apreciação dele, *in casu,* e não necessariamente decorrente de (um) fato superveniente (e imprevisto)?

Veja-se: não se está a sustentar, nesta alternativa, qualquer *inconstitucionalidade* ou *vício* da regra, mas a necessidade de seu afastamento *in casu*. A tal se chega – inevitavelmente – por um processo de ponderação que correlaciona, de um lado: (a.) a regra; (b.) os princípios substanciais que a sustentam; (c.) os princípios formais que a sustentam (respeito à autoridade competente; devido processo de positivação de normas etc.). De outro lado: (a.) princípios concorrentes que apontam uma solução diversa, em nome da satisfação de certos outros valores. Verificados os elementos da ponderação, cumpre ver quem prevalece, no caso (para mais detalhes do procedimento, v. Seção VI, infra).

Vencida esta etapa, o exame prossegue normalmente, com a verificação do preenchimento do suporte fático da nova regra (segunda questão).

Não é propósito deste guia metódico procurar construir detalhadamente esta exceção principiológica e sequer identificar (precisamente) qual é o princípio que milita em favor desta medida extrema, em detrimento do princípio da segurança jurídica. O certo é que não pode ser um genérico apelo ao interesse público ou coisa semelhante, mas um processo que informe por qual motivo se atende a determinado interesse coletivo (qual?) revogando esta licitação mesmo sem a presença do fato superveniente nos moldes tradicionais. Em outras palavras, por que o caso é tão especial que admite (i.) revogar-se uma licitação em curso; (ii.) revogar-se uma licitação em curso à margem da regra do Edital que estabelece as condições (que não se verificaram) para a revogação.

Diga-se de passagem (v. subseção VII.2.) que o modo extravagante com que o caso tem sido manejado parece sugerir algo nesta direção, caso se deseje fazer uma leitura favorável desta extravagância, ao invés de ver aí pura e simples *nulidade*. É

como se o CNPE estivesse, em face das circunstâncias, movendo-se em um plano *superior* ao do Edital (que se deixaria aplicar em "circunstâncias normais"). O problema é que, até se justifique a superação da regra, o que se tem é a aparência de ato juridicamente irregular, a começar pela competência do agente para praticá-lo.

Em todo o caso, como se disse já, esta alternativa, ainda que seja complexa e aparentemente forçada acaba por propor uma teoria revogatória bastante banal, como se verá adiante.

IV.2.5. A inadequação setorial

Por fim, a última alternativa – cujas razões também poderiam ser usadas na alternativa anterior - opera do mesmo modo que a anterior mas afasta para o setor, em geral (e não apenas para o caso), a Cláusula do Edital e da Portaria 174/99, inspiradas, ambas, em norma geral dos contratos administrativos, o art. 49 da Lei 8.666/93.

A estratégia, aqui, é a de "agredir" a regra, expulsando-a do setor, com base em argumentos de generalidade/especialidade, associados a razões de fato próprias da dinâmica da indústria do petróleo que apontem disfuncionalidades (de qual tipo?) na aplicação da regra. Em síntese, trata-se de mostrar que é uma norma que estipula condições de revogação inadequadas para o setor de petróleo.

Adequada seria, por exemplo, a regra prevista no Edital da Primeira Rodada que reproduzia as condições gerais de revogação no direito administrativo brasileiro fora do âmbito dos contratos e licitações (v. próxima subseção, IV.2.6):

> 13.2 Direitos da ANP
> A ANP poderá revogar, no todo ou em parte, a qualquer tempo, a presente licitação, sempre que forem verificadas razões de interesse público, ou anular o procedimento quando constatada ilegalidade no seu processamento.

Ou aquela que se encontra no regulamento de licitações e contratos da Petrobrás, item 6.28 do Decreto 2.745/98:

> Os editais e cartas-convites conterão, sempre, a ressalva de que a PETROBRÁS poderá, mediante decisão fundamentada da autoridade competente para a homologação do julgamento, revogar a licitação, a qualquer tempo, antes da formalização do respectivo contrato, para atender **a razões de conveniência administrativa**, bem como anular o procedimento, se constatada irregularidade ou ilegalidade, sem que disso resulte, para os licitantes, direito a reclamação ou indenização.

Para essa tese, há, para variar, argumentos pró e contra.

Em seu favor há o fato de que o art. 36 da Lei 9.478/97, que indica as fontes normativas que fundam a construção das licitações no âmbito do petróleo, não refere, sequer como fonte subsidiária, a Lei 8.666/93. Nessa mesma linha, o Item 1 do Edital da 8ª Rodada, ao referir as normas a serem obedecidas pelos licitantes, não aponta a Lei 8.666/93[61].

Note-se, ainda, que a própria Cláusula 10.1. do Edital da 8ª Rodada e o art. 3º da Portaria 174/99 da ANP são efetivamente diversas da Lei 8.666/93, o que mostra a possibilidade, em tese, de afastamentos.

Por outro (e este ponto é muito importante), foi a própria Administração setorial que trouxe, *in casu*, a construção semelhante à do art. 49 da Lei 8.666/93. Se tinha liberdade para estipular diversamente, auto-vinculou-se quando, *positivamente,* estipulou condições de revogação semelhantes àquela da Lei Geral.

De resto, há respeitável entendimento acerca da aplicação subsidiária da Lei 8.666/93.

IV.2.6. Afastamento da regra: puro arbítrio ou aplicação da teoria geral da revogação?

Conquanto sejam operações complexas, é importante notar que as três alternativas que afastam a regra do Edital não descambam, necessariamente, para um abismo autoritário e casuísta.

Em verdade, estas hipóteses, ao minimizarem, por diferentes motivos, a exigência do fato e concentrarem-se na ideia do interesse público (que deve ter se alterado objetivamente em razão de algum fundamento que não pode ser estritamente considerado como "fato qualificante"), acabam por se aproximar de uma teoria da revogação bastante tradicional que não pode ser o ponto de partida da presente argumentação apenas porque há uma *regra específica,* de diverso conteúdo (a Cláusula do Edital).

Ainda hoje, parte significativa da doutrina que trata do tema em sede de teoria geral do ato administrativo (i.e., *fora* do âmbito das licitações e contratos), não exige como condição necessária a presença de um *fato qualificado*. Exige-se, sim, uma inconveniência objetiva para o interesse público na manutenção do ato que se quer revogar, o que é coisa bastante diversa:

> O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público. É consequência de um juízo feito 'hoje' sobre o que foi produzido 'ontem', resultando no entendimento de que a solução tomada não convém *agora* aos interesses administrativos. Pouco importa que o agente entenda que a decisão anterior foi conveniente à Administração[62].

---

[61] "Este Edital define as normas que deverão ser obedecidas por todas as empresas interessadas em participar na Oitava Rodada de Licitações. Ele foi elaborado de acordo com as disposições da Lei 9.478/97; da Portaria ANP nº 174, de 25 de outubro de 1999; das Resoluções do CNPE nº 8, de 21 de julho de 2003, n.º 2, de dois de abril de 2006, nº 3 de 2 de agosto de 2006, e demais disposições legais pertinentes."

[62] Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo,* 25a ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 443. Também Marçal Justen Filho, em seu manual, diferentemente do que afirma quando de seus comentários à Lei 8.666/93 (citados acima), não explicita a exigência do *fato superveniente:* "A prática do ato revocatório depende da observância de um processo administrativo, iniciado com a demonstração **concreta** dos motivos evidenciadores da inconveniência do ato em questão. Não é válida a revogação fundada na pura e simples

A formulação tradicional das condições para revogação é a da Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal:

> A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por **motivo de conveniência ou oportunidade**, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (grifou-se)

Nesta linha ia também a doutrina geral mais antiga, que via como único limite à revogação a possível criação de direitos subjetivos para os administrados, pelo ato que se desejava revogar[63]. Não se fazia menção à exigência de fato "superveniente, pertinente e suficiente", como limite ou condição[64].

Sequer no âmbito das licitações e contratos administrativos essa exigência era expressamente formulada sob a égide do diploma anterior, o que fazia com que houvesse respeitável doutrina que admitia a revogação (apenas) por mudada apreciação do interesse público (sempre que tal mudança pudesse ser objetivamente fundamentada, ainda que não em um fato superveniente, muito menos imprevisto):

> Art 39. A Administração poderá revogar a licitação por interesse público, devendo anulá-la por ilegalidade, sempre em despacho fundamentado, sem a obrigação de indenizar. (Decreto-Lei 2.300/86)
>
> Colocada a questão nestes termos, parece claro que o controle judicial do ato revocatório há de se fazer quanto à existência ou não de interesse público para a sua edição. O fato de a inconveniência ou da inoportunidade decorrer de critério adotado pela própria administração não constitui qualquer obstáculo à edição de providência em sentido contrário[65].

A ênfase, como se vê, está na condicionante material que expressa o interesse público (ou uma faceta dele), o "motivo de conveniência ou oportunidade". Que o interesse público se modifique, sobretudo, em face de eventos supervenientes

---

invocação da existência de um 'interesse público'." *Curso de Direito Administrativo,* São Paulo: Saraiva, 2005, p. 274.

[63] Note-se que o problema da possível criação de direitos subjetivos no caso da 8ª Rodada, está relacionado com o *momento ad quem* da revogação e que, para os propósitos desta nota é a homologação, não ocorrida, como leciona Marçal Justen Filho. No plano dos fatos relativos à 8ª Rodada, de "direitos adquiridos" e "atos jurídicos perfeitos" se fala na Resolução CNPE 06/07. Uma análise jurídica deve esclarecer do que se trata, *in casu*. Sobre isto, v. subseção VII.1.

[64] Assim Themístocles Cavalcanti, *Teoria dos Atos Administrativos*, São Paulo: RT, 1973, p. 192. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro,* 2ª ed., São Paulo: RT, 1968. Distinguia-se entre *inconveniência originária* e *inconveniência superveniente*, sem contudo, precisar-se a distinção na existência de um fato superveniente, nem atribuir-se diferenças operacionais entre elas. Sobre isso, Miguel Reale, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo,* Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 96-97, que não via grande significado na diferença.

[65] Gilmar Ferreira Mendes, "Concorrência pública - revogação", in *Revista de Direito Público,* n. 84/1987, p. 109.

qualificados nos termos do art. 49 da Lei 8.666/93 é o mais provável; não é, porém, necessário. Que estes eventos supervenientes tenham que ser imprevistos, é algo que também não está dado. Em sendo assim, poder-se-ia entender que, para fins de aplicação da regra contida na Súmula, basta que a "saga do pré-sal" (não um evento específico seu) tenha provocado uma mudança na percepção do interesse público (este é o ponto de direito a ser justificado) para que se tenha por "oportuno e conveniente" revogar a 8ª Rodada.

Vê-se, pois, que o acréscimo do art. 49 (e do Edital) não é um tradicional pilar da teoria da revogação; ele veio para tentar evitar uma prática de não se prosseguir a licitação simplesmente porque os "candidatos do rei" não se qualificaram ou venceram a competição, que, assim, corria o risco de ter seu objeto atribuído a um "estranho". E se pode plausivelmente argumentar que, no caso de que se trata, não está sequer remotamente presente este risco, mas encontra-se em jogo uma questão de mais alta importância. Quase uma “redução teleológica” da regra.

IV.3. O que fazer, caso o fato tenha ocorrido (ou caso se aceitem as construções alternativas)?

Caso o fato tenha ocorrido ou se considera poder prescindir dele, parte-se para a fase seguinte[66] que consiste na identificação do segundo elemento do suporte fático, aqui denominado “interesse público alterado”. Antes, porém, convém recapitular.

IV.2.7. Recapitulação

Se o fato não ocorreu (nos termos em que tradicionalmente é entendido):

-nega-se a possibilidade de revogação (a competência, in casu, sequer se formou - IV.2.1.);
-busca-se superar esta falta, para poder prosseguir a análise:

- através da construção de um fato superveniente, suficiente e pertinente atípico em relação aos moldes tradicionais (do art. 49 da Lei 8.666/93) (IV.2.2.);
- através do afastamento da regra do Edital, para em seu lugar adotar-se uma competência revogatória fundada somente na verificação da efetiva alteração do interesse público. Este afastamento se dá:
  - em razão do caráter não concludente da regra,em caso de inexistência do fato (IV.2.3.);
  - em razão de uma exceção principiológica (IV.2.4.);
  - em razão de uma inadequação setorial (IV.2.5.).

2. Se o fato ocorreu (ou se julga poder afastar tal exigência por IV.2.2., IV.2.3., IV.2.4. ou IV.2.5.), segue-se em busca do outro elemento do suporte fático: o interesse público alterado.

---

[66] Em verdade, ainda se deveria responder a uma questão anterior, suscitada não pela lógica jurídica, mas pelas circunstâncias do caso, relativa à uma aparente reação contraditória do Estado brasileiro diante de um possível "fato superveniente, pertinente e suficiente". Sobre isto, v. a subseção VII.1., infra.

V - ALTERAÇÃO DO (NO) INTERESSE PÚBLICO

Convém relembrar: não se trata de afirmar que, antes não havia qualquer interesse público presente e agora há. A questão precisa é: alteraram-se as circunstâncias (sejam ou não qualificáveis como "fato qualificante"); o que isto provoca no interesse público?

Para responder a esta pergunta básica, convém fazer uma série de indagações intermediárias:

> - Qual foi o interesse público que levou à realização da 8ª Rodada (quais os motivos que levaram a licitar), nos moldes em que foi concebida?
>
> - Qual foi o fato que aconteceu ? Ou, caso se queira fugir do "fato", pode-se fazer uma pergunta mais genérica: que razão - de ordem fática, institucional, econômica, social etc. - levou a Administração a mudar o critério de apreciação do interesse público?
>
> - À vista desses fatos ou dessa mudança de critério de apreciação, qual é, agora, o interesse público (o que se quer alcançar agora)?

Adicionalmente, pode-se ainda avançar, para preparar o exame de proporcionalidade que virá em seguida:

> - Qual foi a providência pensada pelo Estado brasileiro para atingir este interesse público alterado[67] à vista do fato?

V.1. Interesse público originário que levou à realização da 8ª Rodada

Quanto à primeira pegunta, não se pode ficar em generalidades; há que se identificar precisamente, a partir dos dados de fato e das declarações dos próprios responsáveis pela elaboração e realização da 8ª Rodada, quais foram os motivos que a ensejaram.

Isto só pode ser adequadamente feito depois de conhecidos todos fatos[68], mas um exercício rudimentar ilustra suficientemente o ponto para os propósitos restritos deste estudo que se limita a levantar as questões a serem resolvidas e a formular hipóteses de solução.

Em termos amplos, o objetivo de toda as ações no âmbito da indústria do petróleo deve ser a "garantia do abastecimento nacional". Trata-se de propósito de status constitucional (art. 177, §2º, inc. I) de longa história no direito brasileiro[69]. É de se supor que este tenha sido o móvel também da 8ª Rodada.

---

[67] Esta questão não envolve nenhum juízo sobre a bondade ou adequação da medida. Tal exame será feito na última parte deste estudo.

[68] V. Nota de Estudo 03/11 (www.gern.unb.br).

[69] "Art. 1º - Fica declarado de utilidade pública o abastecimento nacional de petróleo.
Entende-se por abastecimento nacional de petróleo a produção, a importação, o transporte, a distribuição e o comércio de petróleo bruto e seus derivados e bem assim a refinação de

Mas é preciso ir ainda além. Para tanto, pode-se tomar como base a verdadeira declaração de princípios que se contém na Resolução do CNPE que autorizou a realização da 8ª Rodada:

> (…) considerando que: compete ao Ministério de Minas e Energia - MME explicitar as políticas e diretrizes a serem implementadas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, na condução das licitações de áreas para exploração de petróleo e gás natural, com vistas a ampliar as reservas brasileiras minimizando a dependência energética externa do gás natural e a manutenção da auto-suficiência na produção de petróleo; ao Governo Federal interessa promover o conhecimento das bacias sedimentares, dando continuidade às atividades de pesquisa e desenvolvimento; a incorporação de reservas decorrentes dos resultados de pesquisas exploratórias de petróleo e gás natural ocorre após longo período de maturação; a oferta de gás natural no País se mostra insuficiente para o atendimento da demanda prevista para os próximos anos; as licitações de blocos exploratórios possibilitam a fixação de empresas nacionais e estrangeiras no País, dando continuidade à demanda por bens e serviços locais, à geração de empregos e à distribuição de renda; (…) (grifou-se)

Este enunciado abarrotado de propósitos presta-se a uma decomposição analítica que aponta um catálogo de objetivos que podem ser considerados os determinantes da realização da 8ª Rodada: (a.) ampliação das reservas brasileiras; (b.) diminuição da dependência externa relativamente ao gás natural; (c.) manutenção da auto-suficiência relativamente ao petróleo; (d.) fixação das empresas no país, garantindo investimentos e empregos em território nacional; (e.) promoção do conhecimento de nossas regiões petrolíferas etc. (não consta, aqui, o reposicionamento radical do Brasil no *ranking* dos países produtores...; os objetivos da 8ª Rodada estão no âmbito da normalidade...).

Estabelecido isto, vai-se à segunda questão: assumindo que o evento determinante é ou está relacionado com o pré-sal, o que significa, afinal, o tal Pré-Sal?

V.2. As dimensões e as consequências *empíricas* do pré-sal

Neste ponto, uma boa perspectiva de análise oferece o documento do Executivo que apresenta, ao Congresso Nacional, o Projeto de Lei do contrato de partilha, PL 5.938/09. Ao justificar as novas leis (em especial, a introdução do contrato de partilha), são identificados três elementos fáticos característicos do novo estado de coisas e reputados *decisivos* para as novidades normativas que estavam por vir:

- a grande produtividade da área do pré-sal, muito além daquelas tradicionais;

---

petróleo importado ou de produção nacional, qualquer que seja neste caso a fonte de sua extração" (Decreto-Lei n. 395/38)
Foi a necessidade de garantir o "abastecimento nacional" o móvel que fundou boa parte da intervenção estatal na indústria do petróleo, nos momentos iniciais da regulação setorial. Antes do monopólio, esta indústria era considerada "de utilidade pública" exatamente porque introduziu-se essa exigência genérica (garantia do abastecimento do petróleo), na disciplina normativa.

- o baixo risco exploratório destas novas áreas;
- a mudada conjuntura internacional, que apresenta altos preços para o barril do petróleo[70].

Para os propósitos deste estudo, aceita-se, sem análise ou verificação, que com a aparição do pré-sal no cenário setorial alterou-se profundamente não apenas a indústria do petróleo, mas a própria situação nacional: no plano externo, a posição do Brasil no jogo de forças da globalização ganhou força; no plano interno, as perspectivas de progresso e melhora das condições de vida de todos os brasileiros são possibilidades mais concretas. E isto, ainda por cima, em proporções e intensidade que permitiriam dizer "nunca antes na história deste país…[71]".

Esta panorama novo grosseiramente esboçado (panorama que pode ser o "fato novo" da regra do Edital ou mero pano de fundo para uma reformulação do interesse público) impõe que se revisite a plêiade de objetivos públicos que determinou a realização da 8ª Rodada, diante da constatação de que certos blocos dela estão posicionados sobre esta mina de ouro[72]? Mais precisamente: a constatação de que se está diante de uma área de excepcional produtividade, baixo risco exploratório e de uma conjuntura de altos preços do petróleo *altera* o interesse público? De que forma?

V.3. As consequências *jurídicas* do pré-sal: reformulação do interesse nacional?

Qual é, afinal, o **interesse público alterado**?

É de se descartar, *in limine*, que o impacto do pré-sal no caso tenha sido um desinteresse público relativamente à exploração dos blocos de petróleo ofertados e posicionados sobre as jazidas do pré-sal. Por óbvio, não é disto que se trata.

Também parece ser possível eliminar a hipótese de que, diante das três circunstâncias assinaladas, o interesse público alterado consistiria em simplesmente acelerar ou aumentar a produção dessas áreas. Fosse isso, não se entenderia a razão de manter parada a licitação. Teria sido melhor realizar logo a 8ª Rodada, ao invés de esperar pela elaboração de um novo marco regulatório.[73]

---

[70] E.M.I n. 00038 – MME/MF/MDIC/CCIVIL, disponível em http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=447934

[71] Dizia-se à época que as reservas do pré-sal tirariam o Brasil de sua posição medíocre no ranking dos produtores de petróleo, e o alçariam à condição de membro da OPEP. Dizia-se ainda que se tratava de uma das maiores fronteiras reveladas nos último anos etc.

[72] Dever-se-ia indagar, ainda, quantos blocos? O que isto representa, percentualmente, de toda a área do pré-sal?

[73] Foi exatamente isso o que disse a ANP, em julho de 2007, quando se tentava, nada obstante as evidências do pré-sal, prosseguir a 8ª Rodada: "É importante destacar também que uma eventual mudança no modelo regulatório do setor demandaria um tempo de tramitação certamente longo. Neste período, tanto a abertura de novas áreas à exploração, quanto o investimento contínuo e necessário à manutenção e crescimento das reservas nacionais estariam seriamente prejudicados, afetando o portifólio exploratório das grandes empresas estrangeiras e, principalmente, o da Petrobrás, a qual tem o foco de sua atuação no Brasil." (Nota ANP n. 43, p. 34-35 - apensada aos autos da Suspensão de Segurança SL 176 - para o contexto disso, ver a Nota 03/11).

O que se quer, afinal, diante do pré-sal?

Muito haveria que discutir acerca disso. Esta talvez seja uma das poucas perguntas ainda capazes de suscitar um intenso debate ideológico no morno panorama político nacional. Questões estratégicas, econômicas, políticas e de outros tipos permeiam o trato do tema e não se pode aqui suscitá-las. Mas é essencial responder-se a esta questão de forma consistente, sem parolagem.

Para fins de argumentação somente, avança-se uma resposta padrão, fundada na *communis opinio* e nas declarações do Governo Federal, no documento acima referido. Sem qualquer pretensão de exatidão: as dimensões do fenômeno do pré-sal exigem do Brasil (é, agora, "de interesse nacional"), tanto (a.) incrementar o controle estatal sobre estas específicas jazidas de petróleo; quanto (b.) incrementar o ingresso público advindo da exploração destas específicas jazidas de petróleo[74]. É o que diz expressamente a apresentação do PL 5.938/09:

> 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[75].

No exercício argumentativo que aqui se apresenta, este seria "interesse público alterado", ressalvada, por óbvio, a necessidade de melhor justificar essa conexão que envolve três elementos, cada qual passível de críticas e/ou refutações: **(i.)** as características da área do pré-sal; **(ii.)** a formulação de novos objetivos públicos em base a tais características; **(iii.)** a necessidade de reformular o marco normativo para atingir estes novos objetivos públicos. Isso, em tudo o caso, não será feito aqui.

Caso se aceite a este novo contexto, com a identificação correta de um interesse público alterado em virtude da ocorrência do fato qualificante, conclui-se aqui o segundo grande passo metódico proposto: preencheu-se o suporte fático da regra do Edital e se instaurou a competência revogatória, i.e., a possibilidade de revogação. Como, porém, já encarecido (subseção III.2.), a obtenção e formulação do interesse público alterado não bastam para que o caso se solucione; elas criam em concreto a possibilidade de revogação, tal qual prevista abstratamente no Edital[76], mas não transformam um “pode revogar” em um “deve revogar”. Para lograr esse resultado ulterior, é necessário percorrer a última via argumentativa.

---

[74] Atenção: o interesse público NÃO é a alteração do marco normativo setorial. Este foi o *meio* escolhido pelo Estado brasileiro para se atingir tal interesse. Em outras palavras: a *ratio* última das alterações legislativas deve poder ser expressa em termos substanciais, relativos aos objetivos públicos a serem alcançados por meio de sua aplicação.

[75] E.M.I n. 00038 – MME/MF/MDIC/CCIVIL, n. 7. A mesma conexão entre as características empíricas do pré-sal e estes novos objetivos públicos é feita em várias passagens (ns. 17, 21 e 18).

[76] Note-se, de passagem, que esta circunstância, por si só, afasta eventual crítica de uma suposta inobservância da exigência de vinculação ao instrumento convocatório. A possibilidade abstrata de revogação encontra-se no próprio Edital de modo que, verificadas as suas condições, a revogação nada mais seria do que a própria aplicação de uma norma do Edital.

Antes, porém, e para melhor prepará-la, convém atentar para uma consequência importante do modo como se configurou o interesse público alterado. É possível ver que o que está em jogo não é, em verdade, uma alternativa simples concernente à revogação.

É para esta direção que aponta a quarta questão, feita acima (qual foi a providência pensada pelo Estado brasileiro para atingir este interesse público alterado?). Aqui resta óbvio o que já está, de algum modo indicado: que o problema da 8ª Rodada encontra inserido num contexto muitíssimo mais amplo.

V.4. A medida cogitada para atender ao novo interesse público surgido

Na linha de exposição aqui trilhada, o advento do pré-sal não abate qualquer um dos objetivos públicos originais que determinaram a 8ª Rodada. Acrescenta-lhes outros dois [(a.) e (b.), acima].

Isto significa que, ao fim e ao cabo, não se trata simplesmente de revogar ou não revogar a 8ª Rodada. O interesse público alterado exige a exploração dos blocos ali presentes e sobrepostos às novas possíveis jazidas.

Como se disse, para colher o dilema que está por trás da sorte da 8ª Rodada, é necessário colocá-la em contexto. Ela é um peculiar "incidente de percurso" - talvez um "detalhe incômodo", ou um “esqueleto no armário” - nos planos de exploração de uma riqueza ainda intocada e ainda, em grande parte, "sem dono[77]". Como a área do pré-sal é bem mais extensa do que aquela coberta por alguns blocos da 8ª Rodada, o interesse público alterado formulado acima vai muito além dela e determina providências que a ultrapassam, mas que são importantes, sem serem totalmente determinantes para ela.

Para atender a este novo "interesse nacional" o Estado brasileiro decidiu (aqui está a resposta à quarta pergunta), **alterar radicalmente o panorama regulatório setorial especificamente para (certas) áreas do pré-sal**. Parece acreditar que apenas tal modificação poderá permitir-lhe, ao mesmo tempo, atingir os tradicionais objetivos da indústria do petróleo e mais aqueles novos, relativos ao controle da riqueza e a potencialização de sua "renda" para a sociedade brasileira.

Isso é dito em numerosas passagens da apresentação do PL 5.938/09. O traço característico do contrato de partilha, a apropriação do óleo pelo Estado brasileiro (dentre outras coisas), é o principal mecanismo para lograr os novos objetivos públicos[78].

---

[77] Por óbvio que “sem dono” é em sentido figurado, tendo em vista o caráter de bens públicos das jazidas de petróleo.

[78] Há outros ainda indicados no n. 14 do documento.
De qualquer sorte, a propriedade do petróleo poderia permitir à União regular estoques e assegurar melhores condições para o desenvolvimento industrial: “20. (…). 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.”

Ao revés, afirma-se expressamente que a disciplina jurídica então vigente (a.) **foi elaborada sob outras premissas fáticas**[79]; (b.) **não garante os novos objetivos públicos**[80]**,** na medida em que o sistema de concessão atribui a totalidade do produto da lavra (petróleo) ao concessionário, remunerando o Estado por meio dos mecanismos pecuniários insuficientes (para o pré-sal) previstos no art. 45 da Lei 9.478/97.

Daí o contrato de partilha (a parte do novo marco que aqui interessa), providência geral tomada pelo Brasil. Ele é exatamente a resposta do País diante da constatação da existência de uma nova e excepcional província petrolífera.

Pois bem: esta nova solução poderá ser implementada com menos dificuldade para toda a área que está por ser ainda identificada e colocada em exploração, do que para aquelas áreas do pré-sal incluídas na 8ª Rodada. Há peculiaridades aqui.

Embora seja bem possível (e necessário!) discutir, em tese e em geral, sobre a escolha do meio para satisfazer os novos objetivos públicos (como se verá na Seção VI)[81], a dificuldade é efetivamente menor do que aquela que se apresenta para a mesma providência no âmbito da 8ª Rodada porque, *neste caso concreto,* há mais coisas em jogo além da bondade da solução global encontrada. Certo: acaso se chegue à conclusão de que esta alteração normativa não é boa (num sentido a ser adiante especificado) em geral, também não será boa a sua aplicação à 8ª Rodada. Mas que a solução seja boa em geral não significa que seja, só por isso, boa também para a 8ª Rodada.

Isto porque, na 8ª Rodada, não se trata, apenas de aplicar o novo marco regulatório, mas de aplicá-lo mediante a revogação de uma licitação em curso.

Ao contrário do restante das áreas, aquelas da 8ª Rodada que estão sobre o pré-sal encontram-se envolvidas em um certame que já conta, inclusive, com ofertas e arrematações. Neste "esqueleto no armário" que é a 8ª Rodada, formaram-se interesses individuais bem concretos que eventualmente militam contra a adoção da solução geral para o caso específico. É bem possível entender que, **nada obstante para as áreas a licitar do pré-sal seja de interesse público aplicar o novo marco regulatório, para aquelas da 8ª Rodada é mais conveniente manter o atual modelo.**

Aqui devem-se levantar questionamentos como: qual a importância da 8ª Rodada neste contexto? Quais os interesses pró e contra em jogo? *Quais as consequências possíveis, para o Brasil, de contrariar estes interesses?* Ainda que também no âmbito da 8ª Rodada seja *prima facie* de interesse público incrementar o

[79] "9. 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."

[80] "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."Passim, especialmente. ns. 17 e 18.

[81] E como também é possível discutir o próprio interesse público formulado.

controle e as rendas do petróleo, em concreto, i.e., diante das circunstâncias do caso, está não pode não ser a melhor solução para esta parcela do pré-sal. Por força dessas circunstâncias, o "interesse público total", resultante de uma necessária ponderação (própria da 8ª Rodada), poderia não indicar isto.

Isto fica ainda mais patente quando se constata a medida tomada pelo CNPE *depois* da descoberta do pré-sal. Por meio da Resolução CNPE 06/07, o Estado determinou, ***contemporaneamente***: (a.) a alteração do novo marco normativo para as futuras explorações do pré-sal, inclusive com a exclusão de blocos do pré-sal constantes da 9ª Rodada (arts. 1º e 4º); (b.) o prosseguimento e a conclusão da 8ª Rodada, inclusive com certas garantias jurídicas (arts. 2º e 3º) e (c.) **a preservação do modelo jurídico tradicional, para as áreas do pré-sal *já contratadas***[82]**.** Vale dizer, mesmo que o pré-sal "determine", em geral, maior renda e controle do Estado, preferiu esse mesmo Estado manter os contratos em curso, ainda que em áreas do pré-sal. Esta espécie de ponderação foi explícita na apresentação do PL 5.938/09:

> 3. (...) 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**. (grifou-se)

Poder-se-ia mesmo pensar que o Estado brasileiro já determinou, exaustivamente, por meio da Resolução CNPE 06/07, quais eram as providências requeridas pelo interesse público alterado de que se falou acima, caso em que a análise deveria encerrrar-se com a constatação de que, sim, houve o fato; sim, alterou-se o interesse público, mas, em concreto, a solução foi prosseguir a exploração de certos blocos do pré-sal (aqueles da 8ª Rodada), em base ao regime normativo antigo, assim como se resolveu manter os contratos já firmados, ainda que incidentes em áreas do pré-sal.

Como quer que seja, colocadas as coisas em perspectiva e contexto, constata-se que aquilo que está em jogo, no caso da 8ª Rodada, na verdade é revogar para explorar sob o novo marco regulatório ou não revogar e explorar sob a base do atual marco regulatório. Este o real conteúdo da competência que se instaurou, com a verificação da existência de um novo interesse público diante da ocorrência do pré-sal.

Para escolher entre as alternativas, resta o último passo.

TERCEIRA PARTE
VERIFICANDO A CORREÇÃO DO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA EXISTENTE (CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE POR MEIO DE UM JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE)

VI - ADMITINDO QUE SE POSSA REVOGAR, O QUE SE DEVE FAZER ? AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO E A CONSTRUÇÃO DO "INTERESSE PÚBLICO TOTAL"

[82] A rigor, poder-se-ia pensar que também aqui o interesse público alterado exigiria a alteração dos contratos para aplicar-se a eles o novo marco regulatório (valendo-se do ius variandi e de outras competências regulatórias). Se isto não ocorreu é porque - como na 8ª Rodada - considerou-se melhor "ponderar" os interesses contrários a este curso de ação.

Admitindo-se que o fato ocorreu e que o interesse público se alterou, a competência existe, de tal sorte que é possível cogitar da solução da revogação para relicitação. Para investigar se efetivamente isto *deve* acontecer, pode-se, neste estudo, lançar mão do postulado normativo da proporcionalidade[83], aplicado em seus três estágios, já bastante conhecidos do direito brasileiro: a.) a adequação; b.) necessidade e, c.) proporcionalidade em sentido estrito[84].

Em forma de questões:

- a medida cogitada é causalmente apta para atingir o objetivo público alterado? (questão de fato)
- a medida cogitada, apta para atingir o objetivo público alterado, é a menos gravosa dentre outras eventualmente possíveis e tão eficazes quanto ela (ela é, nesse sentido, *necessária*)?
- a medida cogitada, apta e necessária para atingir o objetivo público alterado, deve prevalecer à vista das circunstâncias do caso e dos outros interesses jurídicos que lhe são contrários? (em forma retórica: *tudo considerado,* é de interesse público realizar o interesse público alterado no caso da 8ª Rodada ou é de interesse público, nesta Rodada, preservar seus efeitos?)[85]

VI.1. Adequação

A pergunta pela adequação é de índole empírica e não envolve qualquer relação com outros princípios: a revogação da licitação (e seu refazimento em novas bases) permitiria atingir o interesse público alterado (em outras palavras: dotaria o país de maior controle sobre esta exploração e provocaria um maior ingresso de recursos)? É um (dentre outros) meio apto para isto?

---

[83] Sobre a qualificação como postulado normativo e não como princípio ou regra, v. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios, cit.,* p. 121 e segs.

[84] É importante notar é que a introdução, neste momento, de uma plêiade de circunstâncias, valores e interesses ligados ao caso e carentes de procedimentos como a máxima da proporcionalidade (que contém em si a ponderação, cfe. adiante), é uma exigência da própria regra do Edital.
Trata-se de uma *regra* que admite uma ponderação que lhe é interna (não se trata de ponderá-la com outras normas, mas de realizar uma operação por ela determinada, como condição de sua própria aplicação). É um fenômeno semelhante ao que Alexy qualifica como normas "fechadas mediante cláusulas gerais de reserva", em "Sobre la estructura de los principios jurídicos", in *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 2003, p. 121.
Quanto à relação entre os *mecanismos* – não as ideias! – da proporcionalidade e razoabilidade, v. a análise de Virgílio Afonso da Silva, em "O proporcional e o razoável", in *Revista dos Tribunais,* 798 (2002): 23-50.

[85] "Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas – consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível." Gustavo Binenbojm, *Uma Teoria do Direito Administrativo,* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 302.

Como se pode esperar, em face do que foi dito na subseção V.4., há uma perspectiva global a ser superada aqui, que diz respeito à aptidão *em geral, do novo marco regulatório,* para atender aos novos objetivos públicos (cuja identificação, repita-se, pode também ser posta em causa). A resposta a esta questão específica (aptidão), também para a 8ª Rodada pode ser buscada nesta discussão abrangente.

Sem adentrar em refinamentos e sofisticações pertinentes, mas que extrapolariam os propósitos de um guia metódico[86], assume-se, sem maior exame, que tal é o caso: está-se diante de uma série de providências jurídicas aptas à realização dos fins prefigurados (que se mostraram adequados e corretos elementos do interesse nacional relativamente ao pré-sal).

VI.2. Necessidade

A indagação relativa à necessidade, ainda que também seja de índole empírica, é um tanto mais complexa, pois envolve uma comparação entre providências alternativas em face de interesses colidentes (trata-se apenas de uma comparação, não ainda, de um juízo de preponderância de um interesse ou princípio sobre outro): há alguma outra medida que permitiria alcançar com a mesma intensidade o interesse público alterado (i.e., proporcionar mais controle e renda para o Estado [e a sociedade]), mas com menos custos para outros interesses envolvidos[87]?

Um primeiro estágio dessa resposta envolve, de novo, a análise genérica, desvinculada da 8ª Rodada, relativa à possibilidade de se lograr obter o novo interesse público sem os variados (e genéricos) custos, percalços e traumas que toda a

---

[86] Para um exame mais completo dessa passagem argumentativa, v. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios,* cit., p. 152 e segs.

[87] Há, no mínimo, uma questão muito importante a ser solucionada aqui: as alternativas à revogação que sejam menos danosas para os demais princípios e valores poderiam atender *em menor medida* (ou sob outra perspectiva), o interesse público alterado? Ou, para que sejam realmente alternativas, devem efetivamente satisfazer em igual medida tal interesse, ao mesmo tempo em que são menos gravosas?
Alexy parece exigir menos intervenção (no princípio oposto) e *igualdade de intensidade de atendimento* do princípio em exame: "Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales que sean evitables **sin costo** para otros princípios, es decir, se trata del óptimo de Pareto." ("La formula del peso", in *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional,* Ed. Miguel Carbonell, Quito: Min. Justicia, p. 15). Em outra ocasião, foi ainda mais claro: "Por su parte, el principio de necesidad establece que una medida M1, está prohibida en relación con los principios P1 y P2, si existe una medida alternativa a ella, por ejemplo M2, que favorece el princípio P2 en una **forma equivalente** a M1, pero interviene menos intensamente en el princípio P1." ("Sobre la estructura de los principios jurídicos", in *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá: Univ. Externado de Colombia, 2003).
Virgílo Afonso da Silva, vai no mesmo sentido: "Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida**, com a mesma intensidade**, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido." ("O proporcional e o razoável", in *Revista dos Tribunais,* 798 (2002), p. 38.
Humberto Ávila, *Teoria,* cit., p. 158, enfrentou o problema de modo mais complexo e interessante e sucita a difícil questão (explorada no texto deste estudo) da possível *diferença na eficácia do meio e possibilidade de meios que atendam de forma "composta" os princípios em pugna*.

profunda alteração normativa causa para os agentes setoriais em geral (entes públicos, sujeitos econômicos etc.), e para o próprio ordenamento jurídico. São novas competências, novos institutos, novos custos e novas controvérsias que toda a alteração desta natureza provoca.

Uma investigação deste tipo parece ter sido feita por Carlos Ari Sundfeld que pergunta se, para um eficiente aproveitamento do pré-sal em sua totalidade, seria necessário alterar o marco normativo atual (Lei 9.478/97), com todos os inconvenientes que isso traz:

> O argumento central deste artigo é que esse modelo, cuja construção demandou anos de trabalho e foi bem sucedida, pode ser reformado, sem perda de suas qualidades essenciais, para servir em um novo momento histórico, surgido com a descoberta de novas jazidas cujo aproveitamento deve causar impactos muito significativos na economia e no desenvolvimento nacional. O modelo de concessões petrolíferas foi capaz de atrair empresas não-estatais, por meio de licitações públicas, de conter a interferência política na execução dessa atividade econômica, de garantir segurança para os investidores (estatais ou não) e de gerar recursos financeiros para o Estado. Essas são suas grandes qualidades, cuja preservação na nova fase este artigo defende[88].

O Executivo, porém, tem outro entendimento (não exatamente formulado a partir das mesmas premissas):

> 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.**

A resposta aqui também pode ser encontrada em uma comparação entre os dois marcos normativos, o da Lei 9.478/97 e o da Lei 12.351/2010, agora não para saber se os novos dispositivos são adequados, mas para saber se o interesse público alterado não se poderia atingir com a manutenção da Lei 9.478/97 ou com reformas menos intensas e, por isso, menos traumáticas. Assim, p.ex., haveria que se saber por que o mecanismo das participações especiais, previsto na Lei 9.478/97 não daria conta da exigência de novos ingressos; por que o contrato de concessão, ali também previsto, não serviria, como o contrato de partilha, para garantir maior controle da exploração etc.

Fazendo-se a mesma pergunta da necessidade, agora relacionada especificamente à 8ª Rodada, trata-se de saber se não se poderia alcançar estes mesmo objetivos com a preservação dos interesses específicos dos licitantes, previamente identificados (v. subseção VI.3.1. para uma lista de tais interesses).

---

[88] "O quanto reformar do direito brasileiro do petróleo?", in *Revista de Direito Público da Economia,* n.

Se for possível demonstrar que há, sim, um meio que atinge os fins públicos com a mesma intensidade[89] e com menos dano para outros interesses específicos da 8ª Rodada, então o caso está solucionado: a competência existente deve ser, no caso concreto, não atuada (não se revoga e prossegue, em seus termos originais, a 8ª Rodada).

Caso se chegue à conclusão de que a revogação (para nova licitação) é o meio necessário ("não há, infelizmente, outro modo menos gravoso de lograr o interesse público alterado"), então, vai-se para a última fase: deve, então, prevalecer este interesse público alterado em face dos outros interesses jurídicos? (qual é o "interesse público 'total' ou 'final'"?).

VI.3. A proporcionalidade em sentido estrito

Esta questão será tratada apenas para a 8ª Rodada[90]: diante das circunstâncias do caso, deve-se fazer preponderar o interesse público alterado, com a adoção da providência que ele exige; ou pesam mais outros princípios criados *in casu* que afastam ou, pelo menos, mitigam a sua exigência?

O que segue apresenta: a.) os elementos e procedimentos para uma adequada ponderação (aqui apenas esboçada); b.) os possíveis resultados a que ela chega. Em particular, as possíveis soluções parciais aptas para acomodar, em medida ótima, interesses conflitantes.

VI.3.1. Elementos e procedimentos da ponderação

Abstendo-se de investigar peculiaridades fáticas do caso (que podem apontar para uma já ocorrida ponderação, quando da edição da Resolução CNPE 06/07, cfe. subseção VII.1., infra), cumpre, em primeiro lugar, identificar os combatentes. Quem se opõe a quem?

De um lado, o já conhecido *interesse público alterado e sua providência* (supondo-se a apta e necessária para atingi-lo) [91].

---

[89] Com o exame da necessidade, a revogação (com nova licitação), adquire um tom de exclusividade; se com a adequação se consegue mostrar que a revogação é um dentre outros meios adequados, com a necessidade se tem que demonstrar que é único que atinge, de modo ótimo, o interesse público alterado. Mas a questão ainda não está solucionada...

[90] Com isso não se exclui a possibilidade de uma ponderação geral, relativamente aos possíveis conflitos que a aplicação do marco normativo do pré-sal em toda a área geraria em face de outros ineresses também gerais que militam contra tal adoção (interesses que já afloraram quando do exame de necessidade geral, feito na subseção anterior).
Apenas que este exame continuaria sem resolver o caso da 8a Rodada, na medida em que os interesses aqui, são bem específicos e de outra ordem. Sobre isso, v. Alexy, “Análise lógica das decisões jurídicas”, in *Direito, Razão,* cit., p. 41.

[91] Pode parecer estranho que não se faça preponderar, *ipso facto*, o interesse público alterado. O caso é que não há, efetivamente, princípios absolutos, que se imponham em qualquer circunstância, como demonstra Alexy, em relação àquele que possivelmente é o princípio que possui mais credenciais para ostentar tal qualidade, o princípio da dignidade humana, cfe. *Teoria dos direitos fundamentais,* p. 111 e segs. Especificamente sobre a tão comentada "Supremacia do Interesse Público sobre o Particular", v. Humberto Ávila, "Repensando o

De outro lado, os interesses específicos surgidos em concreto, em razão do procedimento licitatório instaurado.

Quais são os valores e interesses que se opõem à revogação (que são por ela afetados)? Ou, dito de forma mais técnica: quais são os outros princípios que apontam para a manutenção da licitação e da aplicação da disciplina jurídica da Lei 9.478/97?

Considerando que já há importantes manifestações acerca do problema em análise, a "colheita" das razões para a manutenção pode ser feita recorrendo-se a elas. Boas fontes são as considerações da doutrina e dos poderes públicos (União e ANP), quando fizeram a defesa do prosseguimento da 8ª Rodada perante o Supremo Tribunal Federal, na Suspensão de Segurança n. 176[92]. Um elenco plausível seria este, retirado do estudo de Marilda Rosado [93]:

Princípio da Segurança Jurídica (plano do direito internacional)
Princípio da Interdependência e Cooperação (plano do direito internacional)
Princípio da Segurança Jurídica (no plano do direito interno)
Princípio da Boa Fé Objetiva e da Confiança Legítima
Princípio (ou regra?) da Vinculação ao Instrumento Convocatório
Princípio (ou regra?) da Adjudicação Compulsória ao Vencedor
Princípio da Razoabilidade.

Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular", *in Revista Trimestral de Direito Público,* n. 24/1998, p. 159 e segs.
De todo modo, tal estranheza diminui, se se estipula, como já sugerido, que tal interesse público alterado é uma *parcela* do interesse público total, a ser encontrado pela ponderação. Isto se pode ver com um singelo exemplo inventado mas não absurdo: imagine-se um país muito pobre que, passando pelo mesmo processo de descoberta de enormes jazidas de petróleo no curso de um procedimento licitatório, dependesse, porém, inteiramente de capital e know how estrangeiros, também interessados em outras grandes descobertas feitas mundo afora. Nesse contexto, poderia ele, simplesmente, chegar à conclusão radical de que mesmo que conviesse, em tese, aumentar o controle e as entradas relativamente a esta nova fronteira petrolífera (o interesse público alterado), não seria conveniente fazê-lo nem para a licitação em curso, nem para o futuro, eis que tal específica medida poderia gerar uma retração sensível dos operadores internacionais, o que ou colocaria em risco a exploração de petróleo ou exigiria ingentes esforços do país para preparar, do zero, uma indústria nacional.

[92] Há uma cautela essencial a ser tomada, relativamente a tal fonte (manifestações processuais).
É que os argumentos relativamente ao prosseguimento da 8ª Rodada, feitos à época, centravam-se, em grande medida, nos prejuízos que a **demora em realizar a 8ª Rodada** causavam ao planejamento energético nacional.
Considerando que hoje, passados quase 4 anos, a "urgência", se ainda existente, pode ser suprida com o prosseguimento da 8ª Rodada ou com a oferta dos mesmos blocos em uma licitação nova (sob as regras do pré-sal), os argumentos fundados na demora não são argumentos específicos para o prosseguimento, como tal, da 8ª Rodada. Veja-se a Nota de Estudo 03/11.

[93] V., Marilda Rosado, *passim*, in "Parecer sobre a Oitava Rodada", cit.

Admitindo-se que estes princípios devidamente entendidos levam irremediavelmente a um conflito[94], está-se diante de um impasse. Alexy descreve o que ocorre aqui, ao comentar um caso em que se contrapunham dois princípios (apenas!): de um lado, o interesse público no regular andamento do processo penal, que exigia a presença do acusado em audiência; de outro, o direito à vida e à saúde deste acusado, que, cardiopata, correria sério risco de enfarte caso fosse obrigado a comparecer ao tribunal:

> Esses deveres devem ser aplicados na medida das possibilidades fáticas e jurídicas de sua realização. Se houvesse apenas o princípio da operacionalidade do direito penal, a realização da audiência seria obrigatória, ou, no mínimo, permitida. Se houvesse apenas o princípio da proteção da vida e da integridade física, a realização da audiência seria proibida. Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Esta situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua consequente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios (...). **A solução desta colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto[95].**

Pois bem: tem-se já os princípios em pugna; quais são as **circunstâncias do caso concreto** que devem ser levadas em conta para decidir qual valor ou interesse prepondera e, portanto, qual solução se adota? Este o segundo elemento exigido pela ponderação.

Eis aí outra tarefa que não pode ser realizada aqui (já são tantas!).

Uma dessas circunstâncias, certamente relevante, está relacionada com a *importância* da 8ª Rodada no conjunto. Seria decisivo saber qual é, percentualmente, a área do pré-sal (a produção possível), que está envolvida na 8ª Rodada. É muito? É pouco? Não é possível saber de antemão?

Outro possível elemento a ser considerado diz respeito ao número de interessados e de potenciais prejudicados com a medida, e, ainda nessa linha, a magnitude dos inconvenientes a eles causados pela revogação (reversamente, a magnitude dos inconvenientes causados ao interesse público alterado, pela

---

[94] Neste guia metódico admite-se, sem discussão, que tais princípios efetivamente apontam para a solução oposta à revogação.
Seria necessário, na solução do problema, verificar se o conteúdo deles, corretamente entendido, realmente é tal que aponta para a solução oposta. Esta questão é importante; pode-se plausivelmente argumentar, p.ex., que o Princípio da Boa-Fé Objetiva não exige a manutenção da 8a Rodada na medida em que a possibilidade de revogação encontra-se expressamente prevista no próprio Edital e uma conduta baseada em tal regra (desde que preenchido seu suporte fático), não é surpreendente ou contrária a direito.
Em todo o caso, para uma concepção bastante larga relativamente ao conteúdo dos princípios (mais compatível com a ideia de que há, efetivamente, colisões aqui), veja-se o Capítulo 6 da *Teoria dos Direitos Fundamentais,* de Alexy, especialmente a discussão sobre as teorias restritas e amplas sobre o suporte fático dos princípios.

[95] Alexy, *Teoria,* cit., p. 95-96.

manutenção). E assim se pode ir até onde for a criatividade daquele encarregado de, efetivamente, decidir...

Tendo-se chegado à identificação dos interesses em jogo e das circunstâncias do caso relevantes para a ponderação, instaura-se o procedimento de ponderação propriamente dito.

O mecanismo completo envolve a construção de uma complexa fórmula lógica, denominada por Alexy de "fórmula do peso" (*Gewichtsformel*). Sem pretender chegar-se a tal "hiperracionalização", é interessante, em todo o caso, ter presente os elementos que a compõem, em linguagem natural, não formalizada.

O núcleo da fórmula do peso é a "lei da ponderação[96]", que pode ser adaptada para o caso em análise da seguinte forma: a satisfação desse interesse público surgido agora é tão importante que justifica a não satisfação (ou a satisfação diminuída) de outros interesses (públicos e privados) construídos sob o estado de coisas anterior e que podem ser afetados pela revogação da licitação (providência que, supostamente, atenderia ao novo interesse público)? (e mais, como se verá na subseção VI.3.2.: em que medida este interesse público deve preponderar sobre outros valores e interesses[97]?).

Como se vê, deve-se dar aqui três passos[98]:

1)determinar o grau de afetação dos princípios que militam contra a providência exigida pelo interesse público alterado. Alexy sugere, para tanto, usar uma escala triádica que ordena os graus de afetação em leve, médio e grave.
2)determinar a importância da realização do princípio de que se trata (o interesse público alterado), quantificando-a também por meio de uma escala de graus de importância, leve, média e grande[99].
3)comparar as grandezas obtidas.

---

[96] Não confundir com a lei da colisão, que expressa a possibilidade de obter, do enunciado de preferência condicionada, uma regra que pauta a decisão do caso, formada pelas condições de preferência, como suporte fático, e pela providência requerida pelo princípio preponderante, como consequência juridica, como já se disse.

[97] Esta pergunta, que reproduz de forma modificada a chamada "lei de ponderação", da teoria de Robert Alexy (Teoria, cit., p. 157), que será aqui seguida com simplificações e alterações. Textualmente: "Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro."

[98] "La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de un de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en um tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro." ("La formula del peso", in *El principio,* cit. p. 16)

[99] Esta variável, em verdade, é obtida por um procedimento um tanto tortuoso: por meio da quantificação do impacto que a **não afetação** do princípio colidente causaria no princípio que se examina (IPa).

Resumindo, o resultado deste embate fornece uma regra de preferência condicionada para o caso concreto[100] (lembre-se: sempre uma regra decide um caso!):

"Diante das circunstâncias *x, y, …* prepondera o princípio *P* que exige a solução α"

Aplicando-se a fórmula ajustada para o caso, em forma de pergunta (depois de superadas as fases anteriores):

"Diante da importância da 8ª Rodada no contexto do pré-sal, do número de afetados e de outras circunstâncias específicas do caso (...), prepondera o interesse público alterado que consiste em garantir maior controle e rendas para Estado, o qual, por sua vez, exige a revogação da licitação e a relicitação dos blocos sob o regime da Lei 12.351, em face dos interesses também legítimos dos afetados, que exigem a solução oposta"?

O exame já estaria complexo o suficiente para que se pudesse terminar por aqui com uma fundamentação satisfatória, mas Alexy sustenta que, em certos casos, são necessários ainda mais elementos para bem decidir a ponderação. Apenas por amor à complicação, convém acompanhá-lo... Trata-se dos pesos abstratos de cada princípio e o grau de certeza das afirmações de fato relativas à afetação de um princípio e realização do outro.

Quanto ao peso abstrato:

> El juez también goza de un margen de deliberación a la hora de determinar el peso abstracto de los principios. El peso abstracto es una variable muy particular, por cuanto depende de consideraciones morales e ideológicas y lleva necessariamente al juez a adoptar una posición acerca de la teoría sustancial de la Constitución. (…) Puede pensarse, por ejemplo, que a la protección de la vida o a ciertos derechos fundamentales relacionados de forma estrecha con los principios de la dignidad humana y la democracia deba otorgarse un peso abstracto maior que el de otros principios. (…)[101].

Aparentemente, pode-se entender por peso abstrato uma espécie de presunção (sempre iuris tantum!) de precedência de um princípio sobre outro (ou outros) antes do exame das circunstâncias do caso. Um maior peso abstrato pode-se atribuir a certos princípios - como o da dignidade humana - que possuem um extenso catálogo de relações de preferência condicionadas estabelecidas, p.ex., pela jurisprudência constitucional. Ou se pode presumir que, tendo status constitucional, o princípio tem um peso abstrato já por si só considerável.

Para as afirmações de fato, vale o que Alexy chamou de "lei de ponderação epistêmica": *"quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia*[102]."

---

[100] Alexy, *Teoria* cit., p. 99.

[101] "La racionalidad de la ponderación", Carlos Bernal Pulido, in *El Principio de Proporcionalidad*, cit., p. 65.

[102] *Posfácio,* em *Teoria,* cit., p. 617.

No caso em concreto, dever-se-ia estabelecer com qual probabilidade se poderia esperar que o novo marco regulatório alcance o objetivo público alterado.

Estes os elementos que, relacionados entre si (Alexy os ordena, exatamente, na fórmula do peso), produzem a decisão acerca da preponderância, em sua forma completa.

Mais importante do que esquadrinhar circunstâncias, nuances e inconsistências, é ter presente que, neste embate, as exigências determinadas pelo princípio que prepondera em face de outro(s) podem ser alteradas, mitigadas. É o que se vê agora.

VI.3.2. Resultados possíveis da ponderação: soluções totais e parciais

O mecanismo da ponderação indica: (i.) qual princípio deve preponderar sobre os demais princípios e (ii.) em que medida[103].

Que uma graduação dos efeitos das medidas supostamente exigidas pelo interesse público (alterado) seja possível e, eventualmente, recomendável, mostra-o a própria conduta do Estado brasileiro: com a descoberta e, sobretudo, com o dimensionamento da área do pré-sal, soube-se que um percentual significativo dela encontra-se em exploração sob contratos já celebrados e regidos pela disciplina jurídica da Lei 9.478/97, que, supostamente, não garante (ou garante em menor intensidade), os objetivos públicos novos (se garantisse em igual medida, não seria necessária a nova lei). Mas, relativamente a estas áreas o Brasil declarou solenemente que não aplicará o novo marco regulatório, embora tal fosse juridicamente possível, *in extremis*, via expropriação ou alteração unilateral de contrato. A bem guardar, já não se exigiu que o interesse público alterado fosse satisfeito em sua máxima medida.

Efetivamente: poder-se-á chegar a uma solução (mais ou menos) intermediária em que certo princípio prepondera, mas se aplica uma solução menos radical – i.e., adota-se uma solução que o satisfaça em medida mais reduzida do que a solução original - em homenagem a algum grau de satisfação (ainda mais reduzida) dos princípios opostos. Revisa-se a exigência de *necessidade*[104].

---

[103] Alexy trata muito rapidamente deste importante ponto, ao analisar um determinado caso da Corte Constitucional alemã: "No caso analisado tratava-se de decidir se a consequência jurídica resultante do Princípio P1 deveria ser realizada em toda a sua extensão, ou não. **Pode haver casos nos quais seja necessário excluir parte da consequência jurídica do princípio prevalente. Nesse caso, P1 tem precedência em relação a P2 sob as condições do caso (C), apenas em relação a uma consequência jurídica limitada (R') (...).** A questão da precedência em relação a uma consequência jurídica limitada deve ser distinguida dos problemas de adequação e da necessidade (...)." *Teoria, cit.,* p. 98, nota 42 do Cap. III.

[104] O ponto foi, aparentemente, mais desenvolvido por Humberto Ávila, ao tratar, porém, do exame de necessidade: "Nesse sentido, o exame da necessidade envolve duas etapas de investigação: em primeiro lugar, o *exame da igualdade de adequação dos meios*, para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; em segundo lugar, o *exame do meio menos restritivo,* para examinar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais colateralmente afetados.
O exame da igualdade de adequação dos meios envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou

Neste estudo é o caso de apenas formular "candidatos" i.e., alternativas à providência dura e simples da “revogação + nova licitação”. Elas são formuladas sem exame de compatibilidade com o direito setorial:

1) não revogar, celebrar todos os contratos e expropriar onde houver jazida do pré-sal;
2) não revogar, celebrar todos os contratos e impor alterações por meio do ius variandi;
3) não revogar, celebrar todos os contratos e tentar, por acordo, adotar elementos do contrato de partilha onde houver jazida do pré-sal;

4) revogar parcialmente

4.1) retirar todos os blocos relacionados com o pré-sal, independentemente de terem sido ou não arrematados e relicitá-los;
4.2) retirar os blocos do pré-sal que não foram arrematados e celebrar os contratos nos casos onde houve arrematações

5) revogar totalmente e relicitar sob as regras novas

Mais adiante não convém ir.

Estes são os passos que se considera exigidos pelo *dever de análise* de que fala Carlos Ari Sundfeld.

VII - OUTRAS QUESTÕES

O que até aqui se fez foi tratar do núcleo da questão relativa à possibilidade de revogação da 8ª Rodada, desconsiderando, em certa medida, alguns "ruídos" nesse itinerário, provocados pela forma particular como se desencadearam alguns fatos. A este conjunto heterogêneo de pontos de análise refere-se como "outras questões". Eles só poderão ser bem apreciados depois da narrativa fática, mas, desde já ficam registrados como elementos a serem enfrentados.

Dentre este grupo de questões destaca-se um subgrupo, relativo a um evento que vem “rondando” este estudo já há algum tempo: a Resolução CNPE 06/07 e seu contexto.

VII.1. O significado e alcance da Resolução do CNPE 06/07

---

pelo Poder Executivo. A dificuldade desse exame reside no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico). Um meio não é, de todos os pontos de vista, igual a outro. Em alguma medida, e sob algum ponto de vista, os meios diferente entre si na promoção do fim. Uns promove o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e, assim, sucessivamente. Além disso, a distinção entre os meios será em alguns casos evidente, em outros, obscura. Por último, mas não por fim: alguns meios promovem mais o fim em exame, e também os outros com ele relacionados, enquanto outros meios promoverão em menor intensidade o fim em exame mas com mais intensidade outros cuja promoção também é determinada pelo ordenamento jurídico." (*Teoria,* cit., p. 158-159).
No texto da Nota destacou-se essa possibilidade e se a fez derivar da própria ponderação.

O teor da Resolução CNPE 06/07 já foi apresentado na Seção I. Por diversas vezes, ela apareceu, ao longo deste guia metódico, para indicar obstáculos e/ou passagens argumentativas necessárias, sugeridos pela sua existência. Convém resumir os elementos principais que ela suscita.

O primeiro deles diz respeito ao seu contexto: o anúncio da Petrobrás que a motivou, acerca da descoberta do petróleo no poço 1-RJS-646 na área denominada Tupi pode ser tomado como o "fato qualificante" que se está a buscar?

Antecipando que há dificuldades de subsunção envolvidas aí – a descoberta encontra-se inserida em uma cadeia de acontecimentos anteriores e mesmo posteriores que se ordenam numa espécie de *processo gradativo* de verificação de hipóteses – admite-se, em todo o caso, que à vista de um melhor conhecimento do fenômeno do pré-sal, o Estado brasileiro tomou uma certa providência que, aparentemente, pode ser lida como aquela exigida pelo interesse público alterado de que se vem falando. Vale relembrar que, por meio da Resolução CNPE 06/07, o Estado determinou: (a.) a alteração do novo marco normativo para as futuras explorações do pré-sal, inclusive com a exclusão de blocos do pré-sal constantes da 9ª Rodada (arts. 1º e 4º); **(b.) o prosseguimento e a conclusão da 8ª Rodada, inclusive com certas garantias jurídicas (arts. 2º e 3º)** e (c.) a preservação do modelo jurídico tradicional, para as áreas do pré-sal *já contratadas.*

Se não se deseja concluir cabalmente pela solução da questão no sentido de um prosseguimento integral da 8ª Rodada, há que tentar construir alternativas que afastem as aparências...

A primeira delas, mais simples, é *negar* que tal tenha sido o fato qualificante ou que, se tiver sido, houve outro depois. Por aí parece ir a Resolução do CNPE 08/08 que fala em "estudos posteriores" que teriam apontado a existência de blocos arrematados e listados sobre jazidas do pré-sal.

O problema com essa resposta é duplo.

Em primeiro lugar, o relato do Governo não aponta, de modo algum, os fatos precisos que a colocaram em contradição com a Resolução 06/07, o que é juridicamente pouco aceitável. E, quanto a esta frágil base, seria de perguntar, à vista das declarações precisas, detalhadas e substanciais da Petrobrás acerca do achado e de sua extensão[105]: não era já possível saber quando da edição da Resolução 06/07 que blocos da 8ª Rodada estavam sobrepostos ao pré-sal?

O segundo problema é que, em 31 de agosto de 2009 (muito depois da Resolução 08/07 que afirmou que novos estudos teriam constatado a sobreposição referida), o Governo Federal descreveu a área do pré-sal de modo ao menos muito semelhante à descrição que deu quando da Resolução 06/07[106]. É o que se lê na Exposição de Motivos do Projeto de Lei do contrato de partilha, PL 5.938/09:

> Á área estimada é de 149 mil km2, com aproximadamente 800 km de extensão e, em algumas áreas, 200 km de largura, sob lâminta d'água de 800 a 3000 metros de profundidade e

[105] V. Nota de Estudo 03/11.

[106] V. Nota de Estudo 03/11.

> 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. (...) (E.M.I n.00038 – MME/MF/MDIC/CCIVIL, n. 7)

Em síntese, como contornar a Resolução CNPE 06/07 (cujo art. 3º, diga-se de passagem, **até hoje não foi revogado**)?

Outras alternativas seriam: negar as aparências, e sustentar que o conteúdo da Resolução 06/07 não importa em compromisso de não revogação; ou admitir tudo quanto feito (o compromisso), mas negar que, rigorosamente, as condições da revogação tenham sido suprimidas com isso[107]. Estas são hipóteses quase constrangedoras. Seriam juridicamente possíveis?

À ação do CNPE está ligado ainda outro problema.

VI.2. Questões de competência e de procedimento

A segunda questão envolve o papel dos diferentes entes públicos no *imbroglio*.

É efetivamente o CNPE o protagonista *de direito* desta história? Compete a ele *suspender* e, eventualmente, *revogar* a 8ª Rodada? É ele que retira, garante ou outorga direitos e deveres, relativamente à 8ª Rodada? Ou é a ANP? Aparentemente, houve uma intersecção de funções e tarefas que deve ser explicada[108].

---

[107] Para tanto, dever-se-ia enfrentar o conteúdo dos arts. 2º e 3º da Resolução.
Quanto ao art. 2º - em formulação que beira o ridículo mas que preserva o sentido dos termos - "prossegue-se e conclui-se" uma licitação também quando se a revoga…(não se prossegue e não se concluiu quando se a suspende…).
Também se poderia dizer que a cláusula teleológica aposta no final do dispositivo ("considerando seu foco em gás natural e óleo leve"), permite o prosseguimento e a conclusão *parciais* da 8ª Rodada. Nesse sentido, se prosseguiria apenas na medida necessária para atender às necessidades normais de gás natural e óleo, mas não em face dos blocos em que se vai muito além da mera garantia de abastecimento destes energéticos.
Quanto ao art. 3º o Estado brasileiro teria assumido o compromisso de não alterar os contratos já celebrados e, relativamente às arrematações o "direito adquirido" aí garantido é o direito de não ser preterido, *se e quando* a Administração resolver contratar, nos termos do Edital; com a arrematação adquiriu-se um direito (subjetivo, acionável) de preferência, mas não um direito à não revogação. Da mesma forma, a referência a "ato jurídico perfeito" no âmbito da 8ª Rodada significaria um atécnico reconhecimento de que nada de juridicamente equivocado fora realizado até então.
As dificuldades desta alternativa são grandes, mas não maiores do que as de outra, teoricamente formulável: admite-se que os dispositivos dizem o que parecem dizer, mas não se considera condição necessária de revogação a não contradição. Rigorosamente, as condições para revogação previstas na regra do Edital são (1) "fato qualificante" + (2) "alteração dele decorrente no interesse público que justifique a revogação". As condições não são: (1) "fato qualificante" + (2) "ausência de uma decisão em sentido contrário à revogação" + (3)"alteração decorrente do fao qualificante no interesse público que justifique a revogação".
Em síntese: o erro inicial não impediria a revogação, ainda que pudesse gerar consequências patrimoniais.

Se não se deseja ver *nulidade por incompetência*, poder-se-ia ver, neste procedimento atípico, um afastamento juridicamente admissível (não bem fundamentado, diga-se de passagem) do regramento normal relativo à revogação, diante da importância e magnitude do pré-sal? Quase como se o CNPE tivesse realizado uma *avocação* do caso (com base em sua competência para autorizar a realização da 8ª Rodada), para tratá-lo à luz de outras premissas e bases normativas que, porém, não explicitou (alguma das alternativas aqui aventadas?). Seria isso possível? Ou se trata, mesmo, de uma banal nulidade, derivada de uma também banal invasão de competências?

E com esse ponto aflora um outro, também não enfrentado no texto: houve ou deve haver algum *procedimento formal, de contraditório, que anteceda a revogação*? A atipicidade do modo como se desenrolou o caso não diz respeito somente a questões de competência, mas também de procedimento.

VII.3. Pretensões indenizatórias

Ainda explorando este filão das "anormalidades", seria de indagar também acerca das consequências jurídicas que se ligam ao longuíssimo tempo de espera que vivem os interessados. Foram mais de três anos com expectativas em suspenso e investimentos paralisados. Haveria algo a indenizar, *apenas* por esta longa espera?

Estas são apenas algumas das questões possíveis.

E já não são poucas.

[108] Eventualmente o CNPE teria haurido sua competência da mesma regra que lhe atribui poderes para *autorizar* a realização do certame licitatório.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-28-NOVEMBRO-2011-GUSTAVO-LOUREIRO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.