

## RESUMO

O presente trabalho, na sua parte inicial, tem o intuito de denotar a sincronia entre riscos e precaução em relação a exploração de recursos minerais, por conta das potencialidades quanto a possíveis danos ambientais e econômicos, seja na seara petrolífera quanto minerária, vide os recentes desastres ambientais de Mariana e Brumadinho. Para tanto, utiliza-se referencial sociológico e jurídico, com o intuito de denotar tal fenômeno e justificar a implementação de uma regulação capaz de conter e dimensionar tais riscos e, assim, manter a higidez do sistema. Ato contínuo, analisa-se as especificidades do mercado petrolífero quanto a regulação aplicável na forma de atos normativos primários e secundários, denotando como a consensualidade do Estado com o mercado privado emerge como uma diretriz para que se alcance uma alocação de recursos eficiente e fomento à concorrência, de modo a permitir o crescimento econômico sustentável, frente a, cada vez maior, inovação tecnológica e suas decorrentes incertezas. **Metodologia:** Utilizar-se-á o método de pesquisa hipotético-dedutivo, na medida em que as hipóteses levantadas nesse trabalho são verificadas a partir de análises bibliográfica e jornalística. **Resultados/Discussão:** Diante da necessidade de atendimento de demandas do setor privado, principalmente por conta da entrada da concorrência nos serviços públicos, vê-se uma maior flexibilização e adaptabilidade quanto a regras específicas do setor petrolífero, seja em relação ao contrato de partilha de produção como em relação a cobrança de royalties direcionados a campos maduros. Contudo, denota-se como incipiente a discussão sobre a cessão de direito de exploração, vide a suspensão de efeitos do decreto 9.355/18. **Conclusão:** Há a necessidade de associação entre os fenômenos regulatório e concorrencial, de modo a evitar situações de crise. Para além disso, a consensualidade e a negociação do Estado com a iniciativa privada tornam-se indispensáveis frente ao fenômeno do Estado-Empresário. Ademais, o *compliance* empresarial e a governança corporativa tornam-se exigências de mercado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Flexibilização da regulação setorial petrolífera; Inovação Tecnológica; Desastres ambientais

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Graduado em Direito pelo IBMEC-RJ. Participante dos grupos de pesquisa em Direito do Petróleo e em Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Econômico pela UGF. Professora titular do IBMEC-RJ. Co-lider dos grupos de pesquisa em Direito do Petróleo e em Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável.

## INTRODUÇÃO

Num contexto de crescimento econômico sustentável<sup>3</sup>, a prática exploratória de recursos naturais se manifesta como atividade de cunho estratégico. Entretanto, manifesta-se como inolvidável a possibilidade de impactos decorrentes de seu exercício, tendo em vista a pujança das consequências sociais, econômicas e, principalmente, ambientais que pode vir a causar. Notadamente, o risco empresarial é característica inerente à exploração de qualquer atividade econômica, todavia ele pode se manifestar como de difícil remediação nesse tipo de empreendimento, uma vez que a magnitude do dano pode ultrapassar o local da exploração e atingir níveis estaduais – como no caso do rompimento das barragens de rejeitos de Mariana e mais recentemente de Brumadinho.

De fato, surgem indagações sobre os motivos dos referidos acidentes, haveria uma imprudência tecnológica por parte da empresa responsável pela exploração; houve uma falta de fiscalização por parte do Estado, assim, caberia sua responsabilização por uma possível omissão; houve imprudência ou imperícia por parte do agente econômico; seria prudente o investimento estatal em atividades com risco tão acentuados. Ainda que os riscos sejam evidentes, o crescimento econômico sustentável conjugado com a atuação da livre iniciativa deve ser a regra, com o devido respaldo em metas como a sustentabilidade econômica, ambiental e distribuição de renda, de modo que haja uma divisão equânime dos bônus e ônus para os agentes envolvidos na exploração da atividade.

Dessa forma, tanto os erros como os acertos relacionados a atividades econômicas devem ser relevados para a disposição de regras setoriais capazes de mitigar o risco e impor deveres capazes de trazer segurança jurídica e econômica, além de nortear a própria atuação da Administração Pública, no sentido de estabelecer uma normatividade secundária hígida, seja ela regulatória como concorrencial.

---

<sup>3</sup> O crescimento econômico sustentado e inclusivo significa ser capaz de suprir as necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade de atendimento às necessidades das futuras gerações, o que está estritamente relacionado com o equilíbrio macroeconômico, a redução das desigualdades sociais e regionais e a sustentabilidade ambiental. O crescimento da economia e o desenvolvimento nacional devem visar o uso sustentável dos recursos naturais, ou seja, o desenvolvimento deve ser ambientalmente sustentável, sem dispensar a adequada avaliação dos custos econômicos e dos benefícios ambientais. Ministério do planejamento, desenvolvimento e gestão. Estratégia Nacional de desenvolvimento econômico e social. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/desenvolvimento-socioeconomico-estrategia-nacional/estrategia-nacional-e-sumario-executivo/estrategia-nacional>. P. 22.

O risco das atividades econômicas e as incertezas de suas potenciais consequências negativas não podem ser um óbice ao desenvolvimento econômico, por meio da disposição de um excesso de precaução, esta, por sua vez, capaz de inviabilizar a continuidade de atividades econômicas, na forma de excessivos custos regulatórios - fenômeno tido como *overregulation*. Além disso, deve-se também alertar para as consequências negativas de uma ausência de regulação na forma do *underegulation*. Exige-se, portanto, uma estrutura regulatória que seja capaz de fiscalizar e adjudicar sem que haja oneração demasiada frente a estrutura concorrencial e empresarial.

Além disso, é relevante dispor que, quanto maior o investimento tecnológico em determinada atividade produtiva, menos tangível é, a priori, o dimensionamento de seus potenciais riscos; Nesse sentido, a confiança e credibilidade quanto a higidez do sistema passam a serem verificadas por meio da tecnicidade daqueles que se propõem a exercer a atividade econômica e daqueles que respectivamente a regulam e fiscalizam – seja o Judiciário, a Administração Pública ou o próprio agente econômico por meio de uma estrutura de autorregulação. Contudo, deve-se, a priori, estabelecer a conexão entre riscos e sua respectiva probabilidade de acometimento e, nesse sentido, indagar porque alguns são mais relevados que outros.

Conforme Cass Sunstein, existiria uma conexão entre a negligência do risco e a aplicação de precaução para contê-lo, tal situação seria fundamentada por uma preocupação pública baseada na aversão daquele possível cenário futuro. Para tanto, ele exemplifica com base na maior disposição de americanos investirem no combate de ameaças terroristas em voos comerciais, do que em ameaças gerais em voos comerciais, existiria, portanto, um fator comportamental que faria riscos – ainda que de baixa probabilidade – fossem alvo de relevante preocupação pública.

## 1- INOVAÇÃO TECNOLÓGICA, REGULAÇÃO E PRECAUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico é investimento inerente a qualquer atividade produtiva que tenha o intuito de se mostrar competitiva, todavia sua cada vez maior aplicação implica em um ambiente de riscos desconhecidos e incertos, assim a real indagação seria como o Estado deve investir ou exigir de precaução sem inviabilizar o desenvolvimento dessas mesmas atividades.

Por sua vez, à medida que novos processos produtivos e tecnológicos obtêm êxito, aumentam os objetivos de crescimento e as promessas de progresso, ao passo que a possibilidade do fracasso passa a se configurar como possibilidade remota ou, por vezes, uma realidade pouco verossímil ou tangível, tendo em vista o ideal de favorecimento ao desenvolvimento econômico-social e ao adimplemento de expectativas de atores privados. Contudo em determinados setores regulados, o evidente risco ambiental e econômico deve ser reiteradamente denotado, principalmente pelo fato de poder afetar o desenvolvimento de gerações futuras, repercutindo, portanto, na sustentabilidade do sistema econômico (BECK, 2011, p. 40)

Todavia, deve-se esclarecer que desenvolvimento tecnológico não pode ser interpretado como sinônimo de insegurança jurídica, muito pelo contrário, ele se manifesta como uma demanda real de mercado frente a necessidade de manutenção de competitividade e produtividade. Nesse ponto, incorre a indagação de até que ponto a implementação de tecnologias pode criar situações fáticas, cujos efeitos não são passíveis de ser dimensionados quanto a afetação do meio ambiente e da concorrência. Contudo, tal constatação não pode fundamentar o impedimento da livre iniciativa e do crescimento econômico sustentável, por mais que o risco seja evidente, sendo os bônus da atividade superiores ao ônus, há razoabilidade para sua implementação. De fato, o risco não pode ser fundamento para impedimento de atividades produtivas pela incerteza que gera. (SUNSTEIN, 2005, p.120)

Assim, deve-se ressaltar que atitudes imprudentes são intrínsecas à lógica de mercado; falhas de mercado, concorrência desleal, práticas predatórias são fenômenos reais e, portanto, irremediáveis a ponto de nunca deixarem de serem vistas na prática, em suma, o mercado não é perfeito. Diante disso, a regulação e a atuação de agências com efetiva autonomia decisória têm o intuito de responsabilizar, prevenir e reprimir tais posturas e garantir a higidez do sistema; as agências devem promover uma regulação, de modo que os benefícios justifiquem os custos e, além disso, no sentido de maximizar os benefícios líquidos, a não ser que a lei dispunha de modo contrário (SUNSTEIN, 2014, p.16)

Ainda assim, na prática, tal atitude fiscalizatória se mostra de difícil concretização; a captura de agências reguladora por atores privados é fenômeno recorrente. Agora, indaga-se como alcançar uma ponderação viável entre ônus e bônus num ambiente que acaba por se inovar reiteradamente por meio da implementação de novos processos produtivos e novas tecnologias. Tendo em vista que a exploração de recursos minerais impõe o dimensionamento de riscos

geológicos, ambientais e econômicos, sendo por óbvio que cada região, cada exploração stricto sensu, impõe desafios precisos e particulares, assim, incorre uma propagação dos riscos como de suas consequências, isso tanto nacional – a exemplo do caso de Mariana e de Brumadinho no Brasil - como internacionalmente - por meio da contaminação de águas internacionais como no acidente do Golfo do Mexico.

Nesse sentido, o norte não apenas deve ser direcionado na implementação do progresso; a ciência não só deve estar comprometida com o progresso econômico como também incentivar o desenvolvimento sustentável, por meio da remediação de crises financeiras e desastres ambientais, o dimensionamento dos riscos na forma de um modelo regulatório hígido deve, portanto, constituir uma premissa do modelo de crescimento e desenvolvimento econômico.

O fator decisivo na questão sobre se a ciências pode contribuir nessa medida para o autocontrole de seus riscos práticos não é tanto se ela avançará para além de sua própria esfera de influência e **esforçar-se-á para ser levada em conta na aplicação de seus resultados**. O fundamental é antes de mais nada: que tipo de ciência já vem sendo praticada no que diz respeito a **previsibilidade de seus efeitos colaterais supostamente imprevisíveis**. **Marcação adicionada.** (BECK, 2011, p 238).

Desta forma, torna-se imperioso debater sobre as consequências a posteriori dessas mesmas atividades, notadamente, a implantação de uma crise macroeconômica ou desastre ambiental não são objetivos almejavéis. Entretanto, não se pode exatamente mensurar a afetação que as mais diversas tomadas de decisão de atores privados – principalmente empresas, grupos econômicos e instituições financeiras - têm no mercado, todavia é nítido que, por vezes, as mesmas sejam interpretadas como inócuas - no sentido do desconhecimento dos seus possíveis efeitos práticos, principalmente, por conta de uma possível falta de transparência de dados ou informações.

O dano esperado de tecnologias arriscadas pode também ser maior do que os danos ou bônus esperados da recusa de se prosseguir com a aplicação de tais tecnologias. Por isso, Talbot Page argumenta, no sentido de decisões concernentes a precaução relevarem 3 princípios: a) a aversão ao risco em relação a incertas, mas especialmente com externalidades perigosas, b) relutância em estabelecer compromissos irreversíveis em relação a tomada de decisão num futuro próximo e c) preocupação pela igualdade intergeracional, principalmente quando os benefícios são imediatos, mas os riscos são impostos aquele que ainda não nasceram. **Tradução livre.** (SUNSTEIN, 2005, p. 56)

Por óbvio, chega-se em um momento que o acúmulo dessa inocuidade se torna perceptível - na forma de externalidades negativas - e gera uma situação de insegurança e medo, capaz de propiciar uma sistemática de *overregulation* ou *underregulation*, o que pode em onerar substancialmente unidades produtivas. De forma a evitar tal sistemática, deve haver comprometimento para com o *compliance* empresarial, a governança corporativa e o fenômeno

do *disclosure* das empresas, ainda que estritamente em relação a órgãos reguladores, para tanto, auditorias e fiscalizações se fazem necessárias. De fato, o sistema não pode ficar a mercê da tomada de decisão de atores privados, tendo em vista a primazia da garantia de interesses como a defesa da concorrência, a proteção do meio ambiente e, por óbvio, do desenvolvimento econômico sustentável, na forma do art. 170 da CRFB/88.

[...] será possível reencontrar e desenvolver a força necessária para uma especialização voltada para o contexto; se a capacidade de aprendizado a partir dos erros práticos, serão geradas irreversibilidades que se baseiam na suposição de inefabilidade e que tornam, já de saída, impossível o aprendizado a partir dos erros práticos; em que medida, justamente ao lidar com os riscos da modernização, **é possível substituir o tratamento dos sintomas por uma eliminação das causas. Marcação adicionada.** (BECK, 2011, p. 239).

Nesse sentido, a perspectiva que se impõe é de aprendizado com os erros de outrora; o alcance de uma sistemática que esteja voltada para a eliminação das causas e não só o dimensionamento dos efeitos, a tecnologia do mesmo modo que traz riscos, traz novos métodos de prevenção, a regulação deve estar atenta em promover e desenvolver tais parâmetros, por meio da implementação de precauções devidas, com o intuito de evitar a seguinte máxima exposta por Beck:

A irresponsabilidade da ciência implica numa responsabilidade implícita das empresas e numa responsabilidade meramente legitimatória da política. **O progresso é a transformação social institucionalizada na irresponsabilidade. Marcação adicionada.** (BECK, 2011, p. 315)

Por mais que, a atividade empresarial não esteja a priori preocupada com a consequências macroeconômicas e ambientais de seus atos, o desempenho de suas atividades em um ambiente regulado pressupõe a existência de um ente que esteja. Para tanto, a disposição de *compliance* empresarial, autuações e termos de ajustamento de conduta devem ser recorrentes. A responsabilização por condutas improcidentes tem de ser habitual, a impunidade não pode ser uma benfeitoria para aqueles que incorrem em prejuízos econômicos, sociais e ao meio ambiente.

Agora, quando ocorre uma ausência de fiscalização do Estado - principalmente em se tratando de setor regulado - se vê na prática a manifestação de um dano, haveria, nesse sentido, prudência para a responsabilização civil do Estado? Na prática, não só os acidentes ambientais de Brumadinho e Mariana denotam essa questão, como também o fato de a Vale possuir 17 barragens sem declaração de estabilidade e, além disso, ter havido uma redução de orçamento

para sua respectiva fiscalização e a existência de apenas três engenheiros para realizar tal atribuição.<sup>4</sup>

A empresa em questão espera uma redução de 20% nas vendas de minérios de ferro no corrente ano, por conta da paralisação de unidade de mineração após o desastre de Brumadinho, além de medidas preventivas ou judiciais. Dessa forma, esse impacto produtivo pode comprometer o abastecimento das siderúrgicas dos países de 30 a 60 dias, conforme estimativa da Federação das Indústrias de Minas Gerais<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Jornal O Globo. Vale tem 17 barragens sem declaração de estabilidade válida. Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/04/vale-tem-17-barragens-sem-declaracao-de-estabilidade-valida.html>. Acesso em 02 de abril de 2019.

<sup>5</sup> Jornal O Globo. Vale tem 17 barragens sem declaração de estabilidade válida. Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/04/vale-tem-17-barragens-sem-declaracao-de-estabilidade-valida.html>. Acesso em 02 de abril de 2019.

## 2 - PETRÓLEO E DEMANDAS DE MERCADO

Quanto ao mercado petrolífero, a constituição é expressa em declarar que a pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos constituem monopólio da União, conforme o artigo 177 da Constituição Federal (CF). Contudo, com a edição da emenda constitucional nº 9, houve alteração do art. 177 parágrafo 1º, no sentido de flexibilizar tal regra, ao permitir a contratação do mercado privado.

Nesse diapasão, editou-se a lei 9478/97, por meio da qual houve a regulamentação da referida emenda constitucional, no sentido de criar a Agência Nacional do Petróleo (ANP), propiciar a abertura do setor para o capital internacional, estimular a concorrência e estabelecer a participação governamental sobre a produção e exploração de petróleo e gás natural. Ainda assim, manteve-se grande ingerência do Estado brasileiro em tais investimentos, estes revertidos na forma de royalties, participação especial, bônus de assinatura e pagamento por retenção de área.

Por outro lado, tendo em vista os atuais empreendimentos para a exploração do polígono do pré-sal, deve-se denotar a implementação de uma nova sistemática regulatória para essa cadeia produtiva, notadamente, com o intuito de atrair investimento estrangeiro direto e garantir o crescimento econômico. Para tanto, houve alterações no sentido de modificar o modelo do contrato de partilha de produção e retirar a obrigatoriedade de a Petrobrás ser operadora única nos campos de pré-sal, sendo-lhe, portanto, facultado a sua inserção em tais atividades, conforme a lei 13.365/16 e a regulamentação trazida pelo decreto 9.041/17 (MARSHALL, 2018)

Contudo, não é só, a criação da Pré-Sal Petróleo por meio do artigo 8º parágrafo 1ª da lei 12.351 ensejou a criação de uma empresa de propósito específico competente para desempenhar a gestão dos contratos de partilha de produção, da comercialização de petróleo e gás natural e da representação da União nos acordos de individualização da produção. Para tanto, ela monitora e audita a execução de tais contratos, assim como as despesas operacionais e os custos de capital para projeto de exploração, avaliação e desenvolvimento da produção.



Por outro lado, os riscos, os custos e os investimentos necessários à execução do contrato de partilha são de responsabilidade dos contratados<sup>6</sup>.

Quanto a parte operacional do contrato de partilha, há a constituição de um consórcio com o setor público, manifestado pela presença da Petrobrás e da iniciativa privada, na forma das International Oil Companies (IOC) a exemplo.

Segundo Marilda Rosado de Sá:

A estatal do país hospedeiro tem participação na administração e a IOC assume o risco da parte técnica e financeira da operação em uma determinada área sob contrato; a produção pertence ao país hospedeiro.; após recuperação dos custos, a produção é rateada entre a estatal e IOC, de acordo com percentual predeterminado; a renda da IOC é sujeita à tributação; os equipamentos e instalações são propriedade do país hospedeiro (RIBEIRO, 2003, p. 163)

Além disso, deve-se esclarecer que o contrato de partilha não foge às regras contratuais tendo, portanto, seu vencimento correlato ao prazo estabelecido pelas partes ora pelos motivos de resolução previstos no mesmo assim como pelo fim da fase de exploração sem que tenham havido descobertas rentáveis (MARSHALL, 2018).

De fato, a utilização de alianças estratégicas para o adimplemento de regras contratuais referentes a contratos de concessão e partilha na indústria do petróleo se faz mister, uma vez que tais atos permitem o compartilhamento de expertises e/ou financiamentos entre agentes econômico, além de permitir rearranjos operacionais. A exemplo, tem-se a utilização de contrato de associação, parceria ou colaboração como convênios públicos ou privados; consórcios públicos e joint ventures de modelos variados (MARSHALL; LAGASSI; 2018, p. 6)

## 2.1- Conteúdo Local, maldição holandesa de recursos naturais e planejamento empresarial

Ao mesmo tempo, muito tem sido questionado sobre a política de conteúdo local exigida dos atores privados. De fato, a existência de uma cadeia produtiva de bens e serviços para o setor de petróleo manifesta-se como uma demanda razoável, isso com o intuito de garantir a inovação, diversificação e competitividade do setor em escala nacional. Assim, o fato de parte dos insumos, bens e serviços requeridos para investimentos no setor ser adimplido por atores

---

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.presalpetroleo.gov.br/ppsa/contratos-de-partilha-e-unitizacao/contratos-de-partilha>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

domésticos demonstra um comprometimento para com o fortalecimento do mercado interno, geração de empregos, além de uma infraestrutura local de suporte à atividade<sup>7</sup>

Dessa forma, a cadeia de petróleo fundamenta-se na exigência de parâmetros mínimos de conteúdo local nos investimentos dos operadores e, por isso, ocorre toda uma infraestrutura de utilização de instrumentos complementares de política industrial e tecnológica para induzir a oferta local desses serviços e bens. No entanto, o modelo de conteúdo local proposto pelo Estado tem gerado o descontentamento de atores privados, na medida em que os mesmos defendem a implementação de uma política de apoio ao desenvolvimento tecnológico e a expansão da cadeia produtiva de fornecedores locais.<sup>8</sup>

O conteúdo local se daria a partir do fomento à aquisição de bens serviços no Brasil, de modo a se evitar importações e ampliar a capacidade de fornecimento brasileira, o que, por sua vez, seria capaz de gerar renda e inovação (QUINTANS, 2015, p. 119-120)

Além disso, críticas são marcantes quanto ao adimplemento de metas relativas à fase de desenvolvimento e produção de petróleo, estas postas como parâmetro no momento da licitação pública, quando as nuances específicas das reservas de recursos minerais ainda não são conhecidas e, por isso, não se poderia mensurar a tecnologia e os equipamentos que deveriam ser utilizados.

Ademais, deve-se esclarecer que a existência de recursos naturais em território nacional não é sinônimo de crescimento econômico a priori. Para o alcance do mesmo, é impreterível a análise de desafios tanto de ordem econômica como política, principalmente quando se releva a utilização de tais recursos para a satisfação de interesses sociais. A exemplo do caso holandês, a maciça entrada de divisas decorrentes de receitas de exportação de gás natural, acarretou valorização cambial da moeda local de modo afetar a competitividade do setor industrial nacional, estimulando as importações e implicando em um processo de desindustrialização (MARSHALL, 2018a, p. 11-15)

Conforme Maurício Tolmasquim, a maldição do petróleo seria decorrente de constatações empíricas da dificuldade de se alcançar desenvolvimento socioeconômico em

---

<sup>7</sup> Confederação Nacional da Indústria. Política de conteúdo local na cadeia do petróleo e gás: uma visão sobre a evolução do instrumento e a percepção das empresas investidoras e produtoras de bens/ Confederação Nacional da Indústria - Brasília: CNI 2012. P. 6.

<sup>8</sup> Confederação Nacional da Indústria. Política de conteúdo local na cadeia do petróleo e gás: uma visão sobre a evolução do instrumento e a percepção das empresas investidoras e produtoras de bens/ Confederação Nacional da Indústria - Brasília: CNI 2012. P. 6.

países grandes produtores de petróleo, por conta de uma forte entrada de divisas estrangeiras, de modo que tais recursos não lograriam êxito em serem absorvidos pela economia doméstica, o que implicaria em maiores custos sobre os fatores de produção como recursos humanos e investimentos (TOLMASQUIM, 2011, p. 17)

Nesse sentido, depreende-se a necessidade de uma política de conteúdo local, de forma a fortalecer o parque industrial nacional e garantir a perpetuação do interesse público do local da exploração, por meio do desenvolvimento de uma indústria nacional de bens, produtos e serviços para a cadeia produtiva do petróleo. Para além disso, a diversificação da matriz econômica é impreterível, os recursos provenientes da exploração de petróleo devem ser utilizados com o intuito de ampliar e multiplicar alternativas econômicas e geração de empregos a longo prazo (MARSHALL, 2018a, p. 17).

De fato, não há como se negar a potencialidade econômica nacional na seara petrolífera, tanto pela inaplicabilidade da maldição holandesa dos recursos naturais (MARSHALL, 2018a, p. 18), vista diversidade de matrizes energéticas presentes no país – a exemplo dos biocombustíveis, petróleo, gás natural e energias renováveis – como pela dimensão e expressividade do mercado de consumo nacional, caso contrário, o capital estrangeiro não estaria tão interessado em investir no país, a exemplo das *International Oil Companies*.

Ademais, deve-se ter por certo que a prática exploratória de campos de petróleo traz um ônus muito evidente, seja na forma de seu impacto social, econômico como ambiental. Notadamente, o risco empresarial é fator inerente a exploração de qualquer atividade econômica, contudo ele se torna marcante nesse tipo de empreendimento, visto que os danos podem ser, em certos casos, de difícil reversão e, nesse ponto, o acidente do Golfo do México é um expoente, por conta da contaminação de águas internacionais.

Para além disso, a governança corporativa e o *compliance* empresarial devem ser vistos como necessidade reais de mercado. Hoje, as instituições não podem ser as únicas instâncias de controle e fiscalização em relação a atos de gestão de unidades produtivas, a fim de se garantir o controle e o combate de condutas prejudiciais à concorrência e à economia<sup>9</sup>. A exemplo, deve-se expor o fato de o ex-presidente da Nissan – Carlos Ghosn – ter sido acusado de sonegação e

---

<sup>9</sup> Desenvolver a governança do Estado, com foco no cidadão e na melhoria do ambiente de negócios, fortalecer a confiança da sociedade nas instituições públicas e garantir a soberania nacional. Ministério do planejamento, desenvolvimento e gestão. Estratégia Nacional de desenvolvimento econômico e social. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/desenvolvimento-socioeconomico-estrategia-nacional/estrategia-nacional-e-sumario-executivo/estrategia-nacional>. p. 23

fraude fiscal por conta de uma auditoria interna executada pela própria empresa que ele presidiu, além disso, houve mitigação dos ganhos da empresa na bolsa de valores de Tóquio, o que representa uma quebra de confiança e veracidade das informações prestadas aos investidores das empresas, o que denota dano evidente a concorrência e investidores<sup>10</sup>.

Diante do exposto, o planejamento empresarial conjugado com uma fiscalização e regulação eficientes são práticas a serem reproduzidas, desde a fase de exploração do petróleo até sua distribuição logística em território nacional ou até mesmo sua exportação. Por regulação, é mister denotar suas nuances econômicas, hoje fenômenos como cartéis, práticas predatórias, venda casada e preços abusivos são recorrentes, de forma a evitar a persecução de tais institutos; a defesa da concorrência deve ser garantida por meio de uma atuação tanto preventiva como repressiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e da fiscalização de demais entes regulatórios.

## 2.2 - Flexibilização dos royalties para campos maduros de petróleo e a cessão de direitos de exploração sob o prisma da consensualidade administrativa

Atualmente, tendo em vista a urgência de remediar as consequências econômicas da crise de combustíveis que afetou diretamente a concorrência do setor *downstream* da indústria do petróleo<sup>11</sup>, tem-se visto, na prática, a lesividade que condutas anticoncorrenciais podem ter na estrutura de mercado e seu possível impacto estrutural na economia do país. Por conta de tal fato, a análise econômica do direito deve ser interpretada como uma necessidade frente a imperatividade de se combater práticas incongruentes com a higidez de mercado.

De fato, a escassez de recursos é temática central da ciência econômica, dessa forma, ao passo que ela propõe modelos para direcionar as escolhas humanas, o direito irá ordená-lo com o intuito de alcançar certa finalidade socialmente desejável (BINENBOJM, 2017, p. 144).

Conforme Norbert Reich, o direito estabelece uma relação de dupla instrumentalidade com o mercado e o Estado: de um lado, a economia de mercado instrumentaliza o direito, na medida em que exige instituições jurídicas que viabilizem o seu funcionamento (propriedade,

---

<sup>10</sup> Disponível em <https://www.bbc.com/news/business-46321097>. Acesso em 24 de Dezembro de 2018.

<sup>11</sup> Para fins de compreensão da estrutura dessa cadeia produtiva, deve-se ter em mente a divisão operacional da indústria do petróleo. Em um primeiro momento, o setor de upstream engloba atividades de identificação e localização de jazidas de petróleo, assim como sua perfuração e produção. Já, o correlato ao midstream concerne a fase em que as matérias primas são transformadas em produtos para uso específico como gasolina, diesel e querosene, logo engloba o refinamento e transporte do petróleo e gás. Por fim, o downstream envolve a parte logística, do transporte dos produtos até os locais de consumo, compreendendo o transporte, distribuição e comercialização (revenda).

contratos); de outro, o direito se converte em um instrumento do Estado, que o utiliza para erigir distintas formas de regulação orientadas à busca de objetivos socialmente valorizados - eficiência, maximização de riqueza, proteção ambiental, objetivos redistributivos. (REICH apud BINEMBOJM, 2017, p. 145)

A análise econômica, portanto, se torna um instrumento para a compreensão pragmática do direito, ao revelar a estrutura de incentivos criada pelas normas jurídicas para nortear o comportamento dos indivíduos. De fato, a qualquer agente econômico interessa conhecer os custos e benefícios das normas jurídicas e ao direito, por sua vez, saber como os agentes reagem a tais normas, com o intuito de avaliar a efetividade e eficiência de seus atos.<sup>12</sup>

Não sabemos o que é justo, mas sabemos o que a ineficiência é sempre injusta. Ademais, como os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica em necessidades humanas não atendidas. Nesse sentido, a razão pragmática da economia serve de instrumento para concretizar valores do constitucionalismo democrático. (GICO JR. apud BINEMBOJM, 2017, P. 147)

Para além disso, a emergência da consensualidade administrativa deve ser reiterada, como uma opção de alocação mais eficiente de recursos, com o intuito de evitar grande oneração em unidades produtivas, por conta de uma suposta arbitrariedade excessiva em modelos sancionatórios ou burocráticos, estes, capazes de comprometer a estabilidade de atores econômicos. Para tanto, releva-se a discussão sobre cessão de direitos de exploração em campos maduros de petróleo, nos quais a continuidade da exploração do poço, por vezes, não é mais economicamente interessante ao agente econômico em questão e, por isso, indagar-se-ia a possível prudência das diretrizes dispostas pelo decreto 9.355/18.

Ademais, há uma perspectiva de flexibilização da cobrança de royalties para campos maduros<sup>13</sup>, com o intuito de manter a atratividade de investimentos para os mesmos, aumentar

---

<sup>12</sup> A justiça exige que a parte que cause dano pague por ele. Em contraposição a isso, a eficiência exige que se aloque o direito à parte que mais o valoriza. Quando as partes seguem a lei de maneira não cooperativa, a alocação jurídica de direitos afeta a eficiência. Quando as partes negociam com sucesso, a alocação jurídica de direito não importa para a eficiência. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. Porto Alegre. Brokman Companhia Editora. 5ª ed., 2010. P. 102.

<sup>13</sup> Campo maduro seria o campo de petróleo ou de gás natural com histórico de produção efetiva maior ou igual a 25 anos, ou cuja produção acumulada corresponda a, pelo menos, 70% do volume a ser produzido previsto. Parecer n. 00135/2018/PFANP/PGF/AGU. Disponível em [http://www.anp.gov.br/images/Consultas\\_publicas/2018/n9/Parecer\\_n00135-2018-PFANP-PGF-AGU.pdf](http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/2018/n9/Parecer_n00135-2018-PFANP-PGF-AGU.pdf). Acesso em 07 de jan. de 2019.

sua a respectiva vida útil e, por conseguinte, promover a manutenção de empregos e da arrecadação das participações governamentais, de modo a evitar o declínio da produção<sup>14</sup>.

De fato, vê-se reiteradamente uma cada vez maior introdução de normas de direitos privadas nos contratos da administração pública. Questões como a consensualidade entre atores econômicos e o Estado, métodos alternativos de resoluções de conflitos, além da necessidade de mutabilidade dos contratos firmados com administração pública, tornam-se indispensáveis para a aplicação da eficiência quando da implementação de serviços públicos.

Nesse contexto de ideias, surge a possibilidade de se fazer uso dos contratos relacionais no âmbito do estudo dos contratos administrativos. Esta teoria trabalha com a incompletude do contrato e complexidade das relações que se estendem no tempo. O processo de planejamento e a possibilidade de negociação no curso da relação contratual passam a ser instrumentos necessários, assim como o reconhecimento de uma maior flexibilidade para tratar do ajuste (..) A ideia dos contratos relacionais aproxima o direito dos contratos à teoria econômica, permitindo-se que a confiança gerada por essa nova perspectiva dos ajustes de longo prazo possa diminuir os custos de transação, obstar comportamentos oportunistas, conferir a estabilidade necessária para as relações, diminuir assimetrias de informação e eventuais externalidades negativas que uma escolha contratual possa ter. (CAMPANATE, 2017, p. 97)

Contudo, para fins da presente discussão, a questão gira em torno da possibilidade da entrada da concorrência no setor *upstream* de óleo e gás. De fato, quando da abertura de editais licitatórios, a existência de altos riscos geológicos e incertezas quanto a disponibilidade de recursos dentro dos reservatórios traz grande insegurança para a implementação de investimentos, além disso o importe dos mesmos inviabiliza a entrada de grande número de concorrentes. Por isso, a medida que as nuances dos reservatórios são conhecidas, estime-se a proporção dos investimentos a serem implementados, porém, com o atingimento da maturidade do campo, muito se questiona sobre a vida útil e a rentabilidade do mesmo, visto o evidente declínio da produção.

A supremacia e a subordinação cedem espaço a atos de coordenação, calcados na consensualidade que terão por objeto a composição de interesses, aparentemente antagônicos. A lógica subjacente a essa linha de pensamento é no sentido de que as atividades calcadas da consensualidade atingem maior eficácia na definição da justa medida para o interesse pública específico a ser entendido e preservado. Daí se afirmar que a consensualidade se revela como instrumento de efetivo incremento da eficiência administrativa, eis que pela via da cooperação se poderá materializar o atendimento de um interesse público primário. Trata-se, pois, de uma nova visão de Administração Pública, que se legitima pelos resultados, e não apenas pelo cumprimento eficaz de trâmite burocráticos. (AMARAL, 2018, p. 74-75)

---

<sup>14</sup> Parecer n.00135/2018/PFANP/PGF/AGU. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/images/Consultas\\_publicas/2018/n9/Parecer\\_n00135-2018-PFANP-PGF-AGU.pdf](http://www.anp.gov.br/images/Consultas_publicas/2018/n9/Parecer_n00135-2018-PFANP-PGF-AGU.pdf). Acesso em 10 de jan. 2019

A realidade hoje manifesta-se pela existência de muitos campos maduros de petróleo, nos quais, deseja-se a não ocorrência da diminuição da produção. Nesse sentido, faz-se mister propor a possibilidade da entrada da concorrência em tais locais de exploração, principalmente diante da existência de recursos minerais e na diminuição do interesse econômico das empresas em questão, estabelece-se, portanto, a necessidade de parcerias estratégicas - como joint ventures, consórcios, dentro outras modalidades societárias - para que seja possível a cessão dos direitos de exploração de tais campos, na forma do art. 29 da lei 9478, de modo a evitar o declínio de sua produção<sup>15</sup>. Recentemente, viu-se a edição do decreto 9.355/18, por meio do qual tentou-se lograr êxito em estabelecer diretrizes de governança, transparências e boas práticas para a indústria do petróleo, mas tal ato normativo foi alvo de liminar na ADI 5942, a qual suspendeu sua eficácia<sup>16</sup>.

Por óbvio, se ao licitante não é mais interessante economicamente explorar tal campo, faz-se prudente a cessão dos seus direitos para quem deseja explorá-lo e seja capaz de adimplir os requisitos dispostos no edital da licitação, ao mesmo tempo não seria prudente que ao licitante seja somente garantida a parte benéfica da exploração dos campos de petróleo, sendo-lhe garantido a exploração dos campos durante o período mais rentável, exonerando-se de investimento quando da maturidade do campo, por conta disso o estabelecimento de uma subsidiariedade se faz necessária ou até mesmo o estabelecimento de um modelo de parceria da exploração, de modo a evitar a declínio da exploração do campo, uma vez que não seria, por vezes, rentável a empresa licitante fazê-lo por si só.

A entrada de pequenos e médio empresários dentro do setor *upstream* por meio de consórcios ou joint ventures pode se mostrar como uma alternativa viável para a garantia e fomento a concorrência<sup>17</sup>, principalmente em campos maduros, tendo em vista o dimensionamento dos riscos geológicos e tecnológicos das reservas de petróleo do campo em questão.

O desenvolvimento desse nicho de mercado por pequenas e médias empresas é importante porque proporciona, entre outros benefícios, o aumento da competição no setor,

---

<sup>15</sup> Releva o Art. 3º X da resolução 17/2017 do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE). In verbis: Estimular a cessão parcial ou total de contratos, em vez de sua devolução, pelos detentores de direitos e obrigações que não estejam implementando os investimentos necessários ao pleno aproveitamento dos recursos descobertos.

<sup>16</sup> Disponível em <https://www.viomundo.com.br/denuncias/pt-ajuiza-acao-no-stf-contra-decreto-de-temer-que-legaliza-a-devastacao-da-petrobras.html>. Acesso em 27 de dezembro de 2018.

<sup>17</sup> Releva Art. 1º parágrafo 1º da Resolução nº 17 de 2017 do CNPE, no sentido de incentivar uma maior pluridade de atores na indústria, de modo a aumentar a competitividade no setor de exploração e produção de petróleo e gás natural.

acelerando o processo de seleção natural e surgimento de outro líderes, um maior giro de negócios regionais (principalmente em áreas menos desenvolvidas e sem grandes oportunidades, um aumento na demanda de mão de obra local, um maior desenvolvimento regional, geração de imposto e a criação de um setor nacional robusto, quando empresas regionais começam a buscar outras oportunidades (ZAMITH; SANTOS apud QUINTANS, 2015, p. 89)

Contudo, críticas devem ser postas quanto a infraestrutura necessária para a atração de investimento em campos maduros, por mais que a redução de tributos seja bem vista, fato é que ocorre uma insuficiência de oleodutos ou gasodutos para escoamento da produção. Grande parte do transporte está concentrado nas mãos da Petrobrás, o que por certo acarretará a necessidade do intermédio da mesma para que pequenos produtores possam vender sua produção e, além disso, ainda que na existência de tais dutos, grande parte dos produtores independentes não possuem equipamentos para a separação do óleo da água. Dessa forma, devem-se expor as seguintes dificuldades para a exploração de campos maduros: dificuldade de transporte, armazenagem e separação de óleo; falta de regulamentação específica para o segmento; demora na venda da produção e falta de garantias para competição; o poderio da Petrobrás. (QUINTANS, 2015, p. 82-84).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da problemática apresentada, os fenômenos da regulação e concorrência devem ser interpretados como espécies do mesmo gênero para manutenção da hígidez de mercado. Principalmente, ao se tratar de setores regulados como o petrolífero e minerário, há necessidade de se conter e dimensionar riscos e incertezas, cujas consequências podem gerar externalidades de grande proporção, vide as consequências ambientais e econômicas decorrentes dos desastres de Mariana e Brumadinho.

Além disso, com a entrada da concorrência nos serviços públicos, o modelo de Estado empresário deve ser ressaltado. Dessa forma, a introdução de normas de direito privado nas contratações públicas se faz, cada vez mais, necessária frente a necessidade de adimplemento de demandas condizentes com a lógica de livre mercado, isso, com o intuito de se manter competitividade inerente a mesma e, assim, garantir a eficiência da prestação de um serviço público.



Nesse contexto, a consensualidade e o diálogo emergem como diretrizes a serem observadas, principalmente, na medida em que crescem expectativas quanto ao adimplemento de demandas privadas, seja no que se refere a flexibilização regras setoriais como o conteúdo local, royalties para campos maduros e cessão de direitos de exploração. Por certo, não se pode mais defender a imutabilidade de contratos públicos, diante de uma modificação cada vez mais frequente das particularidades dos mercados regulados, a exemplo da modificação do modelo do contrato de partilha de produção e da transnacionalidade de grupos empresariais como as *International Oil Companies*; há, portanto, a necessidade de adaptatividade contratual e regulatória para atração de investimentos tanto nacionais como internacionais.

Ademais, a governança corporativa e o *compliance* empresarial devem ser interpretados como demandas de mercado, com o intuito de evitar práticas incongruentes com ótica do sistema, a exemplo da sonegação e fraudes fiscais, as quais o empresário Carlos Ghosn está sendo acusado judicialmente. Portanto, a interação fiscalizatória entre a iniciativa privada e o Estado deve se mostrar concorrente, tanto por meio de auditorias, processos administrativos ou termos de ajustamento de conduta por órgãos da Administração Pública como pela implementação de auditorias internas pelos próprios agentes econômicos.

Para além disso, na ocorrência de danos ambientais, indaga-se sobre a plausibilidade de responsabilidade do Estado. Quanto ao caso da Vale, denota-se o fato de 17 barragens estarem sem declaração de estabilidade e o fato de ter ocorrido uma redução de orçamento para sua respectiva fiscalização pelo Estado. Nesse sentido, persistem dúvidas de até que ponto a negligência estatal pode ser fator relevante para a persecução de danos ambientais e econômicos de grande proporção.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Flavio Garcia. **Licitações e contratos administrativos**. Malheiros Editores, 5ª Ed. 2018.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BINEMBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador**. 2ª ed. Belo Horizonte, Fórum, 2017.
- CAMPANATE, Carolina Zaja Almada de Oliveira. Contratos administrativos de longo prazo: entre a incompletude e a certeza da mudança uma proposta regulatória. In: **Teoria do Estado Regulador** – vol. 3 organizado por Sérgio Guerra: Editora Juruá. 2017.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre. Brokman Companhia Editora. 5ª ed., 2010.

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. LAGASSI, Veronica. **Alianças Estratégicas em tempos de crise: a busca por maior competitividade**. In: II Congresso de Direito do Vetor Norte, 2018, Belo Horizonte. Congresso de Direito Vetor Norte Belo Horizonte. Belo Horizonte: Instituto Cultural Sergio Magnani, 2018.

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. **Maldição dos recursos naturais, desindustrialização, conteúdo local: na busca de novos parâmetros de desenvolvimento na exploração e produção de petróleo**. In: Daniel Machado Gomes (Org.). Direito, mídia e sociedade. 2ed. Rio de Janeiro: FACHA, 2018a, v. 2.

MARSHALL, Carla Izolda Fiuza Costa. **Petróleo, contrato de partilha e sua recém reforma**. Revista da EMERJ. 2018.

QUINTANS, Luiz Cezar P. **Manual de direito do petróleo**. São Paulo: Atlas, 2015.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo - as joint ventures na indústria do petróleo**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNSTEIN, Cass. R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge University Press. 2005.

SUNSTEIN, Cass. **O mundo real da análise custo-benefício: 36 questões (e quase tantas respostas quanto)**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro.

TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. **Marcos regulatórios da indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: Synergia : EPE, 2011.