

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS

FACULDADE DE DIREITO

REGIMES DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO

O MODELO DE PARTILHA NO DIREITO BRASILEIRO

ERICK FAGUNDES DE SOUZA

Rio de Janeiro
2º Semestre 2017

ERICK FAGUNDES DE SOUZA

REGIMES DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO

O MODELO DE PARTILHA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Farlei Martins Riccio de Oliveira**.

Rio de Janeiro
2º Semestre 2017

CIP - Catalogação na Publicação

FF156r FAGUNDES DE SOUZA, ERICK
REGIMES DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO - O MODELO DE
PARTILHA NO DIREITO BRASILEIRO / ERICK FAGUNDES DE
SOUZA. -- Rio de Janeiro, 2017.
67 f.

Orientador: FARLEI MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. MODELOS DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO. 2. REGIME
DE PARTILHA. 3. MARCO REGULATÓRIO PRÉ-SAL. 4. PRÉ-SAL
BRASILEIRO. I. MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA, FARLEI,
orient. II. Título.

ERICK FAGUNDES DE SOUZA

REGIMES DE EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO

O MODELO DE PARTILHA NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Farlei Martins Riccio de Oliveira**.

Data da Aprovação: 29 de novembro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Farlei Martins Riccio de Oliveira

Prof. Dr. Fábio Correia Souza de Oliveira

Rio de Janeiro
2º Semestre 2017

Dedico este trabalho em memória de meus pais, José e Angela, e minha irmã Marcella, pessoas que amo e sempre amarei, mas infelizmente não estão mais entre nós. Tenho a certeza de que onde estiverem, estão cheios de orgulho, sempre acreditando e torcendo por mim. Dedico, em especial, à minha esposa Liane e às minhas filhas Erika e Isabela, mulheres da minha vida, joias preciosas que são minha inspiração e motivação, a quem deixo meu agradecimento por todo apoio prestado, que me fez chegar até aqui. Não poderia deixar de mencionar o amigo Edimilson dos Santos Filho, o Dimil (*in memorian*), meu amigo e irmão que tanto faz falta. Muitas vezes deixei atender a seus convites por estar envolvido com tarefas da faculdade, e infelizmente em nosso último contato firmei a promessa de tomar aquele chopp após a colação de grau. Tarde demais. A estes dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Deus Todo Poderoso, Pai de toda a luz e de todas as virtudes, conhecedor de todos os mistérios e ciências, detentor de toda a sabedoria, o qual a cada dia renova nossas forças, firmando nossos passos, nos dando perseverança e garra para vencer mais esta etapa, sem o qual não teria conseguido chegar até o final do curso, logrando êxito na conclusão de mais este trabalho.

Aos insígnies Mestres da Faculdade Nacional de Direito, instituição tradicional que formou muitos dos principais juristas brasileiros, os quais ao longo desses anos de formação contribuíram sobremaneira para a nossa formação, ofertando seu valioso conhecimento acadêmico e experiência profissional, e lançando as bases para nos proporcionar uma carreira promissora no mundo do Direito, sem os quais também não teríamos chegado até aqui.

Ao ilustre Mestre, o Professor Doutor Farlei Martins Riccio de Oliveira, meu distinto orientador acadêmico neste trabalho, que sempre esteve prontamente disponível para ofertar suas diretrizes, orientações e materiais de pesquisa, que possibilitaram a realização de um trabalho de excelência, que certamente abrirá as portas no mundo do Direito.

Não poderia deixar de dedicar generosas linhas para citar os ilustres e queridos amigos do *Dark Side*, grupo de WhatsApp formado por alunos do turno noturno, que eu criei por um acidente de percurso, e que foi uma das mais felizes coincidências que aconteceram na faculdade. Tive a felicidade de perceber que ao longo dos anos viramos uma família, algo muito além de um simples grupo. Destaque para os amigos Miguel, Leonardo Suett, Gabriel, Jonas, Wagner, Francisco Lucas (Francesco), Rodrigo Pinheiro (Predador), Bruno Kullock, Douglas, Phelipe Austríaco, Rafael DJ, Raphael Toso e a nossa princesa Dark, Ludmila, amigos que levarei para a vida.

Agradeço ainda a todos os servidores, mantenedores e prestadores de serviço que criaram as condições para que pudéssemos estudar e deram apoio para chegarmos ao fim.

A todos os citados o nosso mais profundo respeito e agradecimento por terem abrilhantado este maravilhoso período de nossas vidas que já deixa saudades.

*“Se és capaz de dar, segundo por segundo,
ao minuto fatal todo o teu valor e brilho.
Tua é a Terra com tudo o que existe no mundo, e
- o que ainda é muito mais - és um Homem, meu
filho!”*

(Rudyard Kipling)

RESUMO

O presente trabalho apresenta um panorama histórico da descoberta e exploração do petróleo no Brasil e no mundo, e aspectos regulatórios da atividade desenvolvida no Brasil, desde a sua descoberta comercial ocorrida na primeira metade do século XX na Bahia, passando pelo marco regulatório instituído pela lei nº 2.004/53, que criou a Petrobras, até o marco regulatório atual, que encerra os regimes de exploração atualmente vigentes, a saber os modelos de Concessão, Cessão Onerosa e Partilha de Produção. Apresentados os regimes, serão abordados os aspectos regulatórios do Regime de Partilha, onde serão estudados os aspectos ligados à constitucionalidade do regime, à participação obrigatória da Petrobras como operadora única, com participação mínima de 30% nos investimentos, à política industrial e ao controle da produção. Vistos estes aspectos, serão apresentadas soluções regulatórias de otimização do regime, a fim de possa melhor atender aos anseios da sociedade.

PALAVRAS CHAVE: Pré-sal, Regime de Partilha, Marco Regulatório, Cessão Onerosa, Regime de Concessões, Exploração do Petróleo, Política Industrial e Controle de Produção

ABSTRACT

The present work presents a historical panorama of the discovery and exploration of oil in Brazil and in the world, and regulations of activities developed in Brazil, from its commercial discovery habitat in the first half of the 20th century in Bahia, passing through the regulatory framework instituted by law number 2.004 / 53, which created a Petrobras, up to the current regulatory framework, which closes exploration regimes, one know the models of Concession, Onerous Assignment and Production Sharing. Presented in the regimes, the Regulations of the Sharing Regime are discussed, where it is studied, is a structured instrument, a mandatory participation of Petrobras as sole operator, with a minimum participation of 30% in investments, industrial policy and production control. Visas are known, are presented regulatory solutions of optimization of the remittent, a better end of life in the yearnings of society.

KEYWORDS: Pre-salt, Sharing Regime, Regulatory Framework, Onerous Assignment, Concession Regime, Oil Exploration, Industrial Policy and Production Control

SUMÁRIO

	Página
Folha de Rosto	2
Ficha Catalográfica	3
Folha de Aprovação	4
Dedicatória	5
Agradecimentos	6
Epígrafe	7
Resumo	8
Palavras Chave	8
INTRODUÇÃO	10
Capítulo 1 HISTÓRIA DO PETRÓLEO NO BRASIL E NO MUNDO	13
1.1 Panorama do Petróleo no Mundo	13
1.2 Histórico e Regulação do Petróleo no Brasil	16
1.3 Breves Considerações sobre os Regimes	21
1.3.1 Regime de Concessão	21
1.3.2 Cessão Onerosa	22
1.3.3 Regime de Partilha de Produção	23
Capítulo 2 ATUAÇÃO DO ESTADO NO REGIME DE PARTILHA	27
2.1 Constitucionalidade do Regime de Partilha	29
2.2 Participação Obrigatória da Petrobras na Partilha	35
2.3 Política Industrial	42
2.4 Controle da Produção	48
2.5 Soluções Regulatórias para o Regime de Partilha	51
CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

O Petróleo é um recurso natural não renovável formado há milhares de anos que assumiu grande importância na história da humanidade. Sua descoberta ao longo dos tempos foi capaz de marcar as páginas dos livros de história, dado seu vasto emprego como fonte de energia e aplicação na indústria petroquímica, que extrapolou as fronteiras da economia, assumindo contornos geopolíticos e sendo responsável por grandes transformações sociais.

Sua descoberta comercial, aliada às experiências de refino, possibilitaram a substituição progressiva da madeira e do carvão pelo petróleo como fonte de energia, permitindo seu uso na iluminação e construção civil, nos motores a combustão (após sua invenção), nas fábricas durante a Revolução Industrial e seu emprego em aviões e navios da indústria bélica, advento que o elevou de simples *commodity* a um importante instrumento de poder nas mãos de governantes, que foi capaz de redesenhar as fronteiras do mundo.

Nações inteiras cresceram e se desenvolveram impulsionadas pelo petróleo. Pessoas pobres e sem perspectiva tornaram-se ricas, com muito trabalho e dedicação nesta atividade que o mundo havia descoberto recentemente, ocasionando grandes revoluções sociais. Tudo isso revela a grande importância do estudo da regulação do petróleo, dado seu potencial estratégico, geopolítico, econômico e social no desenvolvimento dos países.

No Brasil sua exploração é historicamente recente, se comparada a outros países, uma vez que sua descoberta comercial no mundo se deu em meados do século XIX e as primeiras expedições exploratórias no país datam do início do século XX, quando as campanhas exploratórias já estavam em estágio bastante avançado nos EUA e Oriente Médio.

Intensificou-se progressivamente, após a criação da Petrobras em 1953. Seguiu-se um período de grandes dificuldades orçamentárias para aquisição de maquinário, sobressalentes e investimentos em pesquisas. O pouco conhecimento sobre as reservas existentes ocasionava baixa atratividade para investimentos estrangeiros e havia escassez de mão de obra qualificada, pois o eixo do petróleo no mundo eram os EUA e Oriente Médio, regiões que havia reser-

vas conhecidas e abundantes, com baixos risco e custos de produção, e naturalmente eram polos atrativos de tecnologia, mão de obra qualificada e investimentos em intensas pesquisas.

Entretanto, a partir da década de 90, após os choques do petróleo e o controle do mercado pela OPEP, o mundo se viu obrigado a expandir as fronteiras exploratórias. Foi quando o país passou a ganhar proeminência. Em 1997 a Lei nº 9.478 modificou o Marco Regulatório instituído em 1953 e vigente até então, implantando no país o Regime de Concessões, que inaugurou a abertura do mercado brasileiro (após as EC nº 6 e nº 9/95) e trouxe estabilidade e segurança jurídica para o setor.

Em 2007, após intensas pesquisas sísmicas, foram descobertas abundantes reservas de petróleo em águas profundas, com baixo risco exploratório, na região compreendida entre os Estados de Santa Catarina e Espírito Santo, com cerca de 149 mil km², que ficou conhecida como Província do Pré-Sal. Por se tratar de reservas finitas, ensejando possibilidades de elevados ganhos, com ingressos de grandes quantidades de moeda forte no país, o modelo de Concessões até então vigente se mostrou inadequado, foi quando em 2010 surgiu a proposta de um novo Marco Regulatório, aplicável a áreas do chamado polígono do Pré-sal e áreas estratégicas.

Estas descobertas representaram um marco na história do petróleo para o país, pois acreditava-se que através dela o Brasil passaria a figurar definitivamente entre os maiores produtores mundiais.

Em decorrência disso, destacamos a importância do estudo do novo Marco Regulatório criado em 2010, que instituiu no país o modelo de Partilha de Produção para áreas do Pré-sal e estratégicas, dada sua relevância científica e social, abordando aspectos ligados obrigatoriedade de participação da Petrobras nos contratos (revogada por meio da Lei nº 13.365/16), a constitucionalidade e segurança jurídica do regime, atuação do Estado na política industrial e no controle de produção, os quais abordaremos nos capítulos seguintes.

Antes viajaremos pela história do petróleo, para fins de contextualização, detalhando os principais acontecimentos que contribuíram para as modificações no mundo após a sua produção em escala, até a chegada ao seu estado maduro da nossa produção nacional.

1 HISTÓRIA DO PETRÓLEO NO BRASIL E NO MUNDO

1.1 Panorama do Petróleo no Mundo

O termo petróleo, cujo significado literal é óleo da pedra, é um recurso energético não renovável, formado por meio de processos de biodegradação ocorridos na era paleozoica, com a deposição de micro-organismos, em geral plânctons, que se alimentam de animais e vegetais mortos no fundo dos oceanos, locais onde se formaram bacias sedimentares. Esta matéria orgânica, após ser submetida a certos processos físico-químicos de pressão e temperatura, formou as reservas existentes, hoje largamente exploradas no mundo, pelo fato do petróleo ser um agente impulsionador do desenvolvimento dos países e de grande importância econômica, social e geopolítica, responsável por gerar milhares de postos de trabalho e presente em variados produtos e processos da indústria petroquímica.

No mundo, sua aplicação data de 4.000 a.c., sendo empregado desde a antiguidade na conservação de corpos dos faraós, na iluminação e aquecimento de casas, pavimentação de ruas e estradas, lubrificação de utensílios, calafetação de embarcações, construção civil e medicina.

Inicialmente foi descoberto a partir das exsudações que afloravam do solo, segundo Luiz César Pazos Quintans¹:

Em síntese, o petróleo existe a partir de micro-organismos depositados nos sedimentos, e o próprio calor interno que a terra fornece, em processos físico-químico, dá as condições ideais para que a junção de produtos sulfurados, nitrogenados, oxigênio e matérias orgânicas decompostas sob determinados pressão e calor, formem o que se conhece como petróleo. Em regra, sob a forma de óleo, o petróleo se impregna nas rochas mais porosas da terra, podendo vir a superfície terrestre. É o que se chama exsudações. Todavia, quando esse óleo encontra rochas impermeáveis, ele se acumula em armadilhas (*traps*) naturais e forma as jazidas de petróleo. (QUINTANS, 2015: p. 4).

¹ QUINTANS, Luiz Cesar P. **Manual do Direito do Petróleo**. Atlas: São Paulo, 2015: p. 4.

O emprego em maior escala se deu a partir do século XIX, quando iniciaram as experiências de refino que, sendo bem-sucedidas, originaram a parafina, o querosene, o diesel e a gasolina. Nem mesmo a descoberta da luz elétrica em 1879 por Thomas Edison, uma revolução para a humanidade, foi capaz de reduzir a importância do uso das lamparinas de querosene. Em pouco tempo foram descobertas novas aplicações para o petróleo, que como combustível começou a substituir a madeira, carvão vegetal e mineral. Por essa época também foram inventados os motores de combustão, e deu-se a explosão da Revolução Industrial.

No entanto, não adiantava o domínio das técnicas de refino se a produção era insuficiente. Foi quando em 1858, na Pensilvânia, o Coronel Edwin Laurentine Drake, acionista e representante da Seneca Oil Company, iniciou as primeiras tentativas de perfuração, visando a descoberta comercial do petróleo. A partir de tubos de aço introduzidos no solo por meio de bate-estacas, iniciou sua campanha exploratória para encontrar óleo. Após várias investidas fracassadas, em 27 de agosto de 1859 ele perfurou no lugar certo, e encontrou óleo aos 21 metros de profundidade, com produção inicial de 10 barris/dia. Foi quando teve início a descoberta comercial do petróleo.

Após esta descoberta, vários imigrantes chegaram aos EUA em busca de oportunidades, muito deles pobres intelectuais e de nascimento, que com muito trabalho e dedicação, se tornaram os homens mais ricos de seu tempo. Normalmente, em uma sociedade estratificada, o homem que nascia pobre dificilmente deixava de ser, mas o petróleo modificou este cenário e operou uma grande revolução social, permitindo a ascensão de classes.

Em 1870 John Davison Rockefeller fundou a Standard Oil Company. Foi considerado o homem mais rico de todos os tempos. Tinha uma visão incrível dos negócios, que o permitiu planejar toda a cadeia produtiva do petróleo, desde os poços, passando pelo refino, transporte, distribuição e varejo. Percebeu que o refino, transporte e distribuição (*downstream*) eram mais lucrativos que a exploração e produção (*upstream*). Sua companhia chegou a dominar 90% do mercado mundial, mas o governo americano, sob o comando do Presidente Theodore Roosevelt, movia uma forte oposição aos *trusts*, e em 1911 a Suprema Corte Americana dissolveu a Standard Oil Company em dezenas de outras companhias menores, pulverizando o mercado.

Entretanto, a atividade continuou concentrada entre poucas empresas, que detinham o controle do negócio, e ficaram conhecidas como as “Sete Irmãs”. São elas: 1) Standard Oil of New Jersey (EXXON); 2) Gulf; 3) TEXACO; 4) Standard Oil of California (Chevron); 5) Mobil; 6) Shell; e 7) British Petroleum (BP).

A despeito da Revolução Industrial e da invenção dos motores de combustão, o fato histórico que revolucionou o mundo do petróleo foi a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), pois os países que obtinham os melhores resultados nas batalhas eram os detentores de aviões, navios e veículos movidos a motores a explosão. A partir daí, além de ser um recurso econômico, o petróleo passou a ser um bem estratégico, e teve início sua busca por questões geopolíticas, além das comerciais.

Na campanha exploratória em busca do petróleo, foram descobertas abundantes reservas no Oriente Médio, e muitas empresas migraram para a região. A produção mundial aumentou muito, forçando os preços para baixo e causando prejuízos a estas companhias. Sendo assim, em 1928 as principais empresas firmaram o acordo de *Achnacarry*, que serviu para limitar a produção de petróleo no Oriente Médio, visando controlar os preços no mercado internacional, o que seria a formação de um cartel institucionalizado.

O advento da Segunda Guerra Mundial (1941-1945) contribuiu para a explosão do consumo do petróleo, e os países buscavam expandir suas conquistas para territórios da Europa, Ásia e Oriente Médio em busca de grandes reservas. Na década seguinte o cartel das grandes petroleiras do ocidente se fortaleceu, ganhando o nome “Sete Irmãs”, mas a produção de petróleo nos EUA já entrava em declínio, enquanto no Oriente Médio aumentou absurdamente, deslocando o eixo do petróleo para a região. O descontentamento dos produtores árabes com o controle dos preços pelo ocidente era crescente, pelo que sentiram a necessidade de exercer um controle maior sobre o petróleo. A situação lhes era favorável, pois além de deter a maior parte da produção, estavam próximos a vias de escoamento e aos mercados consumidores da Europa e Ásia, instrumentos que lhes permitiriam mexer com o jogo de forças comerciais e estratégicas do mundo. O centro dos negócios passava a ser o Oriente Médio.

Por esta época os EUA já importavam mais petróleo que produziam, e já dependiam da produção externa. Assim, em 1960 a Arábia Saudita, Kuwait, Ira, Iraque e Venezuela cria-

ram a Organização dos Países Produtores do Petróleo (OPEP), retirando a força das Sete Irmãs no controle de preços, passando a ditar as regras do mercado.

As demonstrações de força dos produtores do Oriente Médio através da OPEP se verificaram, em pelo menos quatro ocasiões, nos grandes choques do petróleo de 1973, 1979, nas Guerras entre Irã e Iraque (1980 – 1988) e na Guerra do Golfo (1990 - 1991). Em 1973 os países moveram um embargo às Sete Irmãs, suspenderam as negociações com os países compradores e elevaram os preços da commodity no mercado internacional, em torno de 400%, deflagrando a Guerra Yom Kippur, em resposta ao apoio dos EUA a Israel na Guerra dos Seis Dias, em que tomou o Canal de Suez. O segundo choque se deu em 1979, devido a uma crise interna no Irã, que culminou com a deposição de Xá Reza Pahlevi, e causou desorganização na produção interna do país, que ficou muito reduzida, provocando um absurdo aumento dos preços no mercado internacional, pois o consumo do petróleo no mundo havia aumentado muito, e dependia da produção do Oriente Médio.

Posteriormente as instabilidades causadas no Oriente Médio pelas Guerras entre Irã e Iraque (1980-1988) e do Golfo (1990-1991) também provocaram significativos aumentos de preços, e serviram para comprovar a influência daqueles produtores no mundo, que se viu obrigado buscar novas fronteiras exploratórias, expandindo suas expedições para outras áreas, no mar e em águas profundas, com a tecnologia de que dispunham à época.

1.2 Histórico e Regulação do Petróleo no Brasil

No século XX, enquanto o mundo fervilhava em torno do petróleo, o Brasil ainda era um país eminentemente agrário, bastante distante dos principais centros mundiais, na América do Norte e Europa, desconectado dos estudos, pesquisas e tecnologias. As primeiras tentativas de encontrar petróleo se deram após a Primeira Guerra Mundial entre 1918 e 1933, quando ocorreram diversas perfurações, mormente nas Bacias Sedimentares do Recôncavo Baiano.

Em 1938 o presidente Getúlio Vargas criou o Conselho Nacional do Petróleo (CNP), que no mesmo ano iniciou perfurações do poço DNPM-163, em Lobato (BA), onde haveria

exsudações. Entretanto apesar da descoberta, as jazidas mostraram-se economicamente inviáveis. Até o final de 1939 mais de 80 poços já haviam sido perfurados, mas o primeiro poço economicamente viável foi descoberto apenas em 1941, em Candeias (BA).

Questionava-se se havia reservas em outros lugares do país, mas a exploração era muito difícil, pois não se dispunha de máquinas, equipamentos, sobressalentes, o orçamento era apertado, não havia mão de obra qualificada e a contratação era difícil. O eixo do petróleo estava no outro lado do mundo, em franca expansão. Não havia interesse estrangeiro no país, pois havia petróleo abundante e com produção a baixo custo em campos de terra no Oriente Médio.

A inércia na política petrolífera durou até o início dos anos 50, quando em 1953 o presidente Getúlio Vargas editou a Lei nº 2.004, que instituiu o monopólio da União sobre as atividades relacionadas ao petróleo. O Conselho Nacional de Petróleo (CNP) atuaria como órgão de orientação e fiscalização. Foi criada a Petrobras e suas subsidiárias como órgãos de execução, excluídas as refinarias. Nascia ali o primeiro Marco Regulatório brasileiro.

Antes disso, segundo Quintans², a Constituição de 1824 não trazia nada sobre o assunto, uma vez que a descoberta comercial se deu apenas em 1859, na Pensilvânia; a Constituição de 1891, inspirada em ideais liberais norte-americanos, trazia em seu arcabouço o direito de propriedade, conferindo aos proprietários do solo os direitos sobre as minas; a Constituição de 1934 diferenciou o solo do subsolo, e afastando-se da anterior, conferiu à União a competência para legislar sobre recursos minerais, estipulando que sua exploração dependia de autorização e concessão federais, ainda que em propriedades privadas; a Constituição de 1937 determinou a nacionalização progressiva das minas e jazidas, cuja exploração continuava a depender de autorização federal; a Constituição de 1946 instituiu a intervenção no domínio econômico, conferindo à União a prerrogativa de constituir monopólios por lei especial, a exemplo da Lei nº 2.004/53; a Constituição de 1967 trouxe o monopólio para o texto constitucional, mantendo a necessidade de autorização federal para a exploração; e a Constituição de 1969 não trouxe nenhuma inovação.

² QUINTANS, Luiz Cesar P. **Manual do Direito do Petróleo**. Atlas: São Paulo, 2015; p. 20-29.

A Constituição de 1988 instituiu um regime jurídico que regulou mais especificamente a atividade e marcou uma atuação mais forte do Estado. Manteve os recursos naturais da Plataforma Continental (PC), Zona Econômica Exclusiva (ZEE), recursos minerais e jazidas como bens da União, bem como o monopólio e a competência legislativa exclusiva para legislar sobre jazidas, minas e outros recursos naturais. Separou a propriedade do solo e do subsolo, determinando que a pesquisa e lavra de tais recursos somente poderia ocorrer mediante concessão ou autorização da União, por conta e risco dos beneficiários dos contratos, garantindo ao concessionário o produto da lavra.

Cabe aqui um esclarecimento sobre petróleo, jazida e lavra:

Nesse aspecto, é fundamental fazer uma distinção do que é jazida e do que é petróleo ou gás. As jazidas são consideradas bens públicos e pertencem, indiscutivelmente, à União, como já dito anteriormente (CF/88, art. 20). O petróleo estando dentro das jazidas também é considerado parte delas. Portanto, a esta altura, também pode ser considerado como bem público. Na medida em que há a extração do petróleo ou gás, ele deixa de ser parte da jazida, deixa de ser bem público e se torna fruto resultante da lavra. (QUINTANS, 2015: p. 26).

Até então, havia um monopólio rígido sobre estas atividades, que cabiam exclusivamente a empresas brasileiras, como a Petrobras. Com a EC 6/95 algumas flexibilizações começaram a ser operadas. O texto original do §1º do Art. 176, CF/88 previa:

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou **empresa brasileira de capital nacional**, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2017. (Grifo nosso)

E passou a vigorar com a seguinte redação:

§1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, **por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País**, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se

desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (BRASIL, 2015: p. 61)
(Grifo nosso)

Passou-se a admitir que não só empresas brasileiras, mas também empresas estrangeiras, desde que constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no país.

Todavia, apenas com a EC nº 9, que alterou o §1º do art. 177 ainda do ano de 1995, foi feita a flexibilização do monopólio da União. Segue a redação original:

§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.
(BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 22 out. 2017.

E passou a vigorar com a seguinte:

§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei." (BRASIL, 2015: p. 61)

A partir daí passou a ser admitida a concessão de qualquer tipo de participação a empresas pela União, indistintamente. A alteração viabilizou a mudança no Marco Regulatório instituído em 1953, propiciando a criação de um novo, com a Lei nº 9.478/97, que revogou expressamente a Lei nº 2.004, e criou o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional de Petróleo (ANP), como autarquia em regime especial para fiscalizar e regular os contratos de concessão com estatais e empresas privadas.

A EC nº 9/95 foi muito positiva, e com esta abertura para a livre concorrência, foi possível a participação de empresas privadas para atuação em contratos em que antes a participação era exclusiva da Petrobras. Iniciava-se aí um ciclo de estabilidade e segurança jurídica, com atratividade de empresas estrangeiras, aumento da produção nacional e desenvolvimento

tecnológico. O país passou de produtor insignificante a décima quinta maior reserva mundial (RUARO³, 2015, p. 274).

Iniciaram-se as rodadas de licitação sob o novo regime, tendo a Rodada Zero ocorrido no ano seguinte à edição da lei, com a participação apenas da Petrobras. Vieram as rodadas seguintes, até que em 2007, quando a 9ª Rodada de licitações da ANP já estava com data marcada, o governo anunciou as grandes descobertas de petróleo nas áreas do pré-sal.

Na avaliação do CNPE, em 41 blocos havia petróleo, não só na camada pós-sal, mas também reservas ainda não plenamente conhecidas na camada pré-sal, que careciam de melhor avaliação para se determinar sua valoração. Estes blocos foram retirados da licitação às vésperas da 9ª Rodada, o que desanimou muitos investidores, sinalizando uma possível insegurança jurídica, que poderia significar a retomada do monopólio da União.

Estudos mostraram a existência de grandes reservas, em áreas de baixos riscos exploratórios, ensejando altos ganhos para o Estado. Era uma oportunidade de revolucionar exploração e a produção de petróleo no país, com a necessidade de adoção de medidas de otimização da exploração e produção, tendo em vista se tratar de recursos finitos, de grande volatilidade no mercado internacional e que representariam o ingresso de grandes volumes de moeda estrangeira no país.

Sendo assim, o governo entendeu que o Regime de Concessões até então vigente se mostrava inadequado para o novo desafio, pelo que o Executivo enviou quatro projetos de lei para o Congresso Nacional a fim de regular o novo regime que seria implantado. Vieram os seguintes Projetos de Lei: PL nº 5.938/09, que dispunha sobre o Regime de Partilha de produção no pré-sal e em áreas estratégicas, mas foi arquivado; o PL nº 5.939/09, que se transformou na Lei nº 12.304/10, a qual autorizou o Poder Executivo criar a Empresa Pública Petrosal S.A. por decreto; o PL nº 5.940/09, que após sua conversão na Lei nº 12.351/10, criou o Regime de Partilha de produção do petróleo nas áreas do pré-sal e estratégicas e o criou Fundo So-

³ RUARO, Regina Lindem; PROENÇA, Fabrício Quixadá Steindorfer. **Aspectos Econômicos e Jurídicos da Exploração do Petróleo: Breve Introdução ao Contrato de Partilha da Produção.** Revista da AGU, Brasília, ano 14 nº 2, p. 274, abr./jun. 2015.

cial (FS); e o PL nº 5.941/09, que criou o Regime de Cessão Onerosa, após sua conversão na Lei nº 12.276/10.

Com estes contornos foi criado o Regime de Partilha da produção, com uma nova modelagem, diferente do modelo de Concessões até então vigente, que em tese favoreceria o país nessa nova fase da exploração do petróleo. Este é o Regime de Partilha do Petróleo, tema que será abordado no presente trabalho.

1.3 Breves Considerações sobre os Regimes

A partir de 2010 o Marco Regulatório brasileiro passou a contar com três regimes coexistentes, o de Concessões, Cessão Onerosa e Partilha. Faremos uma breve explicação sobre cada um desses regimes para servir de pano de fundo no presente trabalho.

1.3.1 Regime de Concessão

O Regime de Concessões é largamente utilizado no mundo, em países com maior estabilidade do regime fiscal e tributário, em cenários de maiores riscos exploratórios, onde se dispõe de poucas informações sobre o potencial dos campos.

Segundo Daniel Almeida de Oliveira⁴:

O regime de concessão é responsável por pelo menos a metade da produção mundial de petróleo e gás natural. É o mais seguro para as petrolíferas e preferido por elas.⁷ Geralmente a regulação do setor está amplamente fixada por lei e pouco fixada por contrato, ao contrário do regime de partilha de produção. (OLIVEIRA, 2010: p. 54).

É regido pela Lei nº 9.478/97, está presente em 44% dos países no mundo, e no Brasil é aplicável a campos de terra e áreas da camada pós-sal. Neste regime a propriedade do solo e do subsolo pertencem à União, que mediante licitações promovidas pela Agência Nacional de

⁴ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Pré-sal: o Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil. **Revista da AGU**, Brasília, nº 24, p. 54, abr./jun. 2010.

Petróleo (ANP), gestora destes contratos em nome da União, distribui os blocos às empresas vencedoras, as quais após lograr êxito no certame licitatório, celebram contratos de Concessão com a União, detém a propriedade do produto da lavra e a exploram por concessão.

Os leilões no Regime de Concessão levam em conta a maior oferta de Bônus de Assinatura⁵, Programa Exploratório Mínimo (PEM) e percentual de Conteúdo Local. A União recebe as parcelas referentes ao Bônus de Assinatura, Royalties (à taxa de 10% sobre a produção, podendo ser reduzidos a 5%), Imposto de Renda, uma taxa de ocupação ou retenção de área e Participações Especiais, que são uma parcela devidas em casos de grandes descobertas ou sobre grandes volumes de produção, com alíquotas variáveis, e representam a participação nos lucros.

Neste regime a remuneração que a União recebe alusiva a estas parcelas se dá em dinheiro, que ingressa no Tesouro Nacional e sua destinação se dá pela aprovação das leis orçamentárias, cujas deliberações ocorrem Congresso Nacional.

1.3.2 Cessão Onerosa

O Regime de Cessão Onerosa foi criado em 2010 pela Lei nº 12.276, e surgiu como uma tentativa de aumentar a participação do Estado nos resultados da Petrobras. Isso porque nas reformas ocorridas no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso com objetivo de enxugar a máquina pública, a Petrobras vendeu boa parte de suas ações para a iniciativa privada, principalmente estrangeira, com redução da participação do governo, que passou a deter cerca de 33% das ações da empresa, conservando a maioria das ações com direito a voto, enquanto 67% das ações ficava com a iniciativa privada. Conseqüentemente, a maior parcela do lucro da empresa não ficava no país.

O novo regime consistiu em uma tentativa de recuperar e ampliar a participação do Estado e capitalização da companhia, por meio de uma autorização de venda à Petrobras, sem

⁵ Valor a ser pago pelo parceiro privado na celebração de contratos de Concessão e Partilha, e usado como critério para definição do vencedor em certames licitatórios do regime de Concessões, enquanto na Partilha o vencedor do certame é o parceiro que oferecer maior excedente em óleo.

licitação, do direito intransferível de exploração de áreas do pré-sal que estão fora do Regime de Concessões, por conta e risco da companhia, nas condições previstas em contrato, mas limitadas à extração de um volume máximo de até 5 bilhões de barris de petróleo e gás natural, pelo prazo contratual de até 12 meses, pertencendo à Petrobras o produto extraído.

Como contrapartida à União, foi conferido o direito de subscrever ações do capital social da companhia e integralizando-as com títulos da dívida pública. Sendo assim, os pagamentos da Petrobras pelo contrato seriam realizados prioritariamente por meio em títulos da dívida pública mobiliária federal, ou seja, a Petrobras adquiria títulos públicos, financiando o governo; utilizava os títulos como pagamento dos contratos, e a União recebia pelo contrato em títulos; ato contínuo, estes títulos eram “devolvidos” à Petrobras, como pagamento pela subscrição das ações da companhia. Eis aí o mecanismo que permitiu a ampliação da participação do Estado nos resultados da Petrobras sem gastar nenhum centavo e ainda obtendo financiamento da dívida pública.

Além dos valores previstos em contrato, também são devidos Royalties à União sobre o produto extraído, aplicando-se, subsidiariamente as regras previstas na Lei nº 9.478/97, que alude ao Regime de Concessão.

1.3.3 Regime de Partilha de Produção

O regime de Partilha de Produção é mais comumente utilizado em países com baixo risco exploratório. O risco que em 1998 era alto, atualmente, com o aumento das informações disponíveis no setor, é considerado baixo.

Ainda segundo Daniel Almeida de Oliveira⁶:

O Acordo de Participação e o regime de partilha de produção foram a saída encontrada contra o regime de concessão clássico. É o regime preferido de países não-desenvolvidos e com grandes reservatórios de petróleo e gás, haja vista conferir controle direto da atividade pelo Estado – uma das características marcantes deste mo-

⁶ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Pré-sal: o Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil. **Revista da AGU**, Brasília, nº 24, p. 54, abr./jun. 2010.

delo é o fato de o Estado ficar com todo ou parte do petróleo/gás produzido. (OLIVEIRA, 2010: p. 54).

No Brasil é regido pela Lei nº 12.351/10, que inaugurou uma nova fase no programa de exploração dos recursos energéticos no país, com atuação muito mais ampla do Estado, se comparado com os outros regimes, inclusive com a criação da Empresa Pública Petrosal S.A., para gerir os contratos. Sua criação se deu por meio do Decreto nº 8.063/13, com autorização legislativa dada por meio da Lei nº 12.304/10. Sua finalidade é a gestão dos contratos da Partilha e compor o consórcio de empresas como *joint venture*.

De início já destacamos duas diferenças substanciais entre as Concessões e modelo de Partilha brasileiro: (i) o produto da lavra é de propriedade do Estado, numa espécie de retomada e fortalecimento do monopólio; e (ii) a remuneração do parceiro estatal se dá através do óleo extraído, e não em dinheiro.

O processo de licitação dos blocos continua sendo conduzido pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), mas o critério de escolha da empresa vencedora mudou, passando a ser vitoriosa a que oferecer o maior percentual de excedente em óleo, observado o mínimo definido no edital. Nele também estão previstos os Bônus de Assinatura (um valor fixo), o Programa Exploratório Mínimo (PEM) e o percentual de Conteúdo Local, mas são irrelevantes para o critério de julgamento das licitações.

No ato de assinatura do contrato a empresa vencedora deverá efetuar o pagamento do Bônus de Assinatura previsto em edital, que normalmente é um valor menor que o praticado no regime de concessões, e durante o contrato deverá executar o programa exploratório mínimo assumindo todos os riscos, sendo reembolsada dos seus custos somente em caso de descoberta comercial.

Como o produto da lavra pertence ao Estado, podemos distinguir três parcelas a serem consideradas a partir do óleo produzido na fase de execução dos projetos, após a celebração dos contratos, a saber: (i) Royalties, à taxa de 15% sobre a produção bruta, devidos em quaisquer situações; (ii) Custo em Óleo, que é a parcela devida ao contratante referente aos gastos realizados na campanha exploratória, devida apenas em caso de descoberta comercial; e (iii)

Óleo Lucro, que é também chamado de excedente em óleo, análogo às Participações Especiais no modelo de Concessões, que será partilhado entre a União e o parceiro privado, em percentual pactuado em leilão. Da parcela excedente em óleo destinada à contratante, ainda são devidos Imposto de Renda.

A fiscalização dos custos exploratórios para a definição do Custo em Óleo é assunto relativo aos contratos, cuja competência é da Petrosal S.A. Não existe um limite para os custos exploratórios no modelo brasileiro de partilha, e por isso há riscos de superfaturamento pelas empresas visando a redução do excedente em óleo, e conseqüentemente da parcela a partilhar, pelo que é necessária mão de obra especializada e muita expertise para contornar este problema. Na prática a alíquota de royalties limita os gastos ao patamar máximo de 85%, pois são devidos antes de quaisquer compensações, mesmo caso a companhia tenha prejuízo.

A comercialização da parte do óleo que fica com a União será intermediada pela Petrosal S.A., que poderá contratar empresas para tal finalidade. As receitas de Bônus de Assinatura, Royalties e da venda do excedente em óleo serão a receita do Fundo Social, e serão discutidas no capítulo seguinte.

Por fim, há mais um aspecto relevante. No modelo brasileiro, o projeto original previa que a Petrobras seria operadora única, com participação condicionada a um mínimo de 30% nos investimentos no consórcio de empresas. Entretanto, merece destaque a recente alteração legislativa que ocorreu no regime em 2016, quando foi editada a Lei nº 13.365, que retirou a obrigatoriedade de participação da Petrobras nos contratos de partilha. Antes da edição desta lei, a empresa vencedora do processo licitatório deveria formar um consórcio com a Petrosal S.A. e com a Petrobras, sendo esta última responsável pela execução do contrato, condicionada a uma participação mínima de 30% nos investimentos, pesquisas e exploração.

Atualmente a participação da Petrobras é facultativa, cabendo ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) oferecer à companhia, atendidos os interesses nacionais, a preferência para ser operadora dos blocos. Caso manifeste interesse, será feita sua indicação como operadora e responsável pela execução dos contratos, e definido o percentual de sua participação nos consórcios.

Neste caso o Estado atuará como *joint venture* com as empresas contratantes, assumindo todos os custos e partilhando lucros na exploração e desenvolvimento do projeto. Segundo Gomes⁷, este modelo tem por objetivo:

É a chamada *joint venture* ou, ainda, *State Equity* e tem por objetivo, para o Estado: a) fomentar o sentimento de nacionalismo na condução da exploração de petróleo, b) facilitar a transferência de tecnologia, segredos industriais, habilidades comerciais e *know-how* do contratante para o Estado, c) obter maior controle sobre o desenvolvimento do projeto. (GOMES, 2009: p. 41)

Cada um destes modelos tem suas particularidades, e não se pode afirmar taxativamente que exista vantagem intrínseca de um sobre o outro, pois os mesmos resultados, em termos de rentabilidade para o Estado, podem ser alcançados por ambos indistintamente. O mesmo não se pode afirmar sobre os objetivos políticos e estratégicos, que a seguir serão abordados.

Feita a contextualização e apresentação deste tema tão importante, passaremos a analisar o objeto deste trabalho, debruçando-nos mais detalhadamente sobre os paradigmas do Regime de Partilha.

⁷ GOMES, Carlos Jacques Vieira. Texto para Discussão nº 55: **O Marco Regulatório da Prospecção do Petróleo no Brasil: O Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2009: p. 41.

2 ATUAÇÃO DO ESTADO NO REGIME DE PARTILHA

A controvérsia se mostra importante na medida em que revela o choque ideológico de três modelos econômicos que tiveram especial influência na história da humanidade, o Liberal Clássico, Estado Social e Neoliberalismo.

Primeiramente tivemos o Modelo Liberal Clássico, em que a intervenção repressiva do Estado se limitava a garantir as liberdades contratuais e a propriedade privada, acreditando que o mercado se autorregulava, atuando sobre os agentes econômicos com sua suposta “mão invisível”. Entretanto, as desigualdades provocadas pelo modelo, com a concentração de riqueza e dificuldades de ascensão das camadas, levaram ao seu declínio e ao surgimento do Estado Social.

No Estado Social, há uma postura muito mais intervencionista do Estado, o qual passa a exercer atuação direta na economia, como efetivo produtor de bens e serviços, por meio das estatais, e também indireta, por indução, através da concessão de incentivos e subsídios às atividades econômicas. Entretanto, a ineficiência do Estado como produtor desses bens e serviços, ante a melhor capacidade do mercado em geri-los e produzi-los, bem como os excessivos gastos públicos superiores à arrecadação, trouxeram altas taxas de inflação e crises econômicas, intensificadas pela pressão externa causada pela globalização dos mercados, e isso levou ao fim a tentativa de se implantar um Estado Social no Brasil de forma efetiva. Pesa ainda o fato de que esta simbiose entre Estado e setor privado leva ao aparecimento de externalidades, tais como a ineficiência e corrupção.

Sendo assim, a partir dos anos 80, dado o fracasso do Estado Social como provedor de bens e serviços, surgiu, no Brasil e no mundo, uma onda de regulação e re-regulação que deu origem ao pensamento Neoliberal, em que o Estado passava a abandonar o papel de produtor de bens e serviços e concedente de incentivos à produção, cedendo lugar à iniciativa privada, para atuar no controle preventivo e repressivo sobre os agentes econômicos através da Regulação, visando a redução do tamanho do Estado, que culminou com uma onda de privatizações, principalmente de empresas públicas engajadas nas prestações diretas.

O Estado Neoliberal atua mais precipuamente por meio da elaboração de normas e regulamentos que regulam a atuação dos agentes econômicos, tendo como objetivos a reestruturação da economia e promoção da competitividade, leis que passam a reger o mercado e as relações de consumo.

Esta explicação se faz necessária para contextualizar a atuação desse jogo de forças que permeia o pensamento político e filosófico contemporâneo nacional, e que está por trás de cada um desses modelos de produção do petróleo.

Por exemplo, o regime de Concessões, implantado após a abertura do mercado brasileiro que se deu por meio das Ec nº 6/95 e nº 9/95, traz características marcantes do pensamento neoliberal surgido na década de 80, com a reformulação das relações entre os agentes econômicos. Apesar de o modelo trazer a previsão de atuação direta e indireta do Estado, há preponderância da regulação por meio da lei, complementada pela regulação promovida pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), permitindo a livre competição entre a Petrobras e as empresas privadas em condições de igualdade, dando segurança jurídica para atuação livre dos agentes econômicos no jogo de forças do mercado.

Já os regimes de Cessão Onerosa e Partilha denotam a atuação de forças antagônicas, numa tentativa de retomada do Estado Social, em que se verifica um maior controle do Estado sobre as atividades privadas, com presença direta mais expressiva na atividade econômica. Os defensores destes regimes acreditam que o pré-sal traz uma oportunidade ímpar de suprir as demandas da sociedade, o Estado provedor. Este movimento pode ser facilmente percebido quando observamos a tentativa de ampliação do controle acionário da Petrobras por meio de instrumentos que foram introduzidos pela lei nº 12.276/10, que criou o modelo de Cessão Onerosa, e também pela lei nº 12.351/10, que criou a Partilha, e trouxe em seu escopo, entre outras medidas, a obrigatoriedade de participação da Petrobras como operadora única, criação do Fundo Social e da Empresa Petrosal SA., que serão melhor abordadas nos próximos tópicos.

Nesse contexto de dualidade nasceram os regimes de Concessão, Partilha e Cessão Onerosa, que compõe o atual Marco Regulatório Nacional. No presente trabalho abordaremos

as particularidades do Regime de Partilha, a fim de devassar suas principais características e problemas.

2.1 Constitucionalidade do Regime de Partilha

A lei nº 9.478/97 revogou expressamente a lei nº 2.004/53, que criou a Petrobras, e instituiu o Marco Regulatório que introduziu no país o Regime de Concessões. Sinalizou uma mudança de postura do Estado sobre a questão energética, em especial ao petróleo. Era uma época de transformações do cenário mundial, com amplas descobertas de petróleo em áreas *offshore* e estes recursos precisavam ser explorados de forma otimizada, ensejando a formulação de regras claras. Ao longo dos anos trouxe razoável segurança jurídica para os contratos, com regulação predominante por meio de lei, licitações periódicas promovidas pela ANP, e atuação direta do Estado por meio da Petrobras, em igualdade de condições com as demais empresas, e regulação, via indireta, e fiscalização pela mesma ANP.

A criação do Regime de Partilha ocorreu como decorrência da descoberta de extensas reservas em águas profundas, e o seu perfeito enquadramento nas premissas constitucionais merece análise, pelo que passaremos a examinar o texto constitucional para verificar a robustez dos seus fundamentos de validade.

Sobre o tema, o texto constitucional traz as seguintes disposições, no Caput e §1º do Art. 176:

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo **somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União**, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (BRASIL. Constituição, 1988) (g.n.)

O fragmento acima, com redação dada pela EC nº 6/95, nos traz importantes considerações. Estabelece que as jazidas, em lavra ou não, são de propriedade da União; faz distinção entre as propriedades do solo e do subsolo no aproveitamento das jazidas, garantindo ao concessionário o produto da lavra; e que a pesquisa e lavra somente podem ser efetuadas mediante concessão ou autorização da União. Verifica-se que só há previsão da exploração do petróleo por Concessão ou Autorização. A modificação trazida pela EC nº 6/95 permitiu que não só empresas brasileiras de capital nacional pudessem explorar a atividade, abrindo a possibilidade de que empresas estrangeiras constituídas sob as leis brasileiras também pudessem.

Outra controvérsia gira em torno da propriedade do produto da lavra, que conforme estabelecido na Constituição, a despeito do monopólio da União, pertence ao concessionário, e na partilha a disposição infraconstitucional prevê que pertence ao Estado. Tal questão já foi objeto da ADI nº 3.273, ajuizada por Roberto Requião, então Governador do Paraná, para questionar a constitucionalidade da lei nº 9.478/97. Na ocasião, foi questionado justamente o contrário, se o produto da lavra poderia ser dado como propriedade a particulares, e se com esta disposição, o *mandamus* infraconstitucional não estaria flexibilizando o monopólio constitucional da União. Segundo voto divergente do Ministro Eros Grau, o fato de a lei conferir a propriedade sobre o produto da lavra ao concessionário não significa que esta propriedade é plena, porque ainda assim estaria sob controle da ANP. Assevera que o contratado até pode deter a propriedade do produto, não sendo, porém, o titular de sua livre disponibilidade.

Reparemos que no caso tratado pela ADI 3.273 há questionamento sobre a atribuição da propriedade do produto da lavra a particulares, e não ao Estado. De onde concluímos, por via reversa, que apesar de a ADI dizer respeito à Lei nº 9.478/97, não há inconstitucionalidade na partilha sobre o fato de a propriedade do produto da lavra ser conferida ao Estado. Representou ainda um fortalecimento do monopólio da União sobre tais recursos.

Embora não exista nenhuma inconsistência sobre o retorno da propriedade do produto da lavra à União, não há disposição constitucional expressa que conceba a exploração de hidrocarbonetos por meio partilha de produção, como instituído pela lei nº 12.351/10, o que

configura uma inconstitucionalidade material, como assevera o professor Dr. Luiz Roberto Barroso⁸, uma vez que o art. 176, CF não prevê esta forma de exploração:

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional — ... — ou com um princípio constitucional... (BARROSO, 2012: p. 137)

Tal assertiva se confirma nas palavras do Professor Gilmar Mendes⁹:

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo.” (MENDES, 2012: item 3.3.2.2)

Em que pese a controvérsia em torno da disposição genérica prevista no §1º do art. 177, CF, de que a União pode contratar empresas estatais e privadas para realização das atividades de pesquisa, lavra, refinação e transporte do petróleo, entendemos que a melhor técnica legislativa aponta no sentido de haver flagrante necessidade de emenda constitucional para incluir a previsão do modelo de partilha no parágrafo primeiro do art. 176, CF, dentre as modalidades de contrato possíveis de aproveitamento das jazidas de petróleo.

Outro ponto que merece atenção é o aparente conflito entre a Lei e a Constituição no Art. 173, CF, pois se trata de intervenção direta do Estado na atividade econômica, que segundo nossa Lei Maior só deve ocorrer se necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Carece, todavia, de melhor definição do que seriam tais imperativos.

Para Carvalho Filho¹⁰ sequer seria cabível a atuação do Estado nas atividades de extração de petróleo nos Contratos de Concessão:

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012: p. 137.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012: item 3.3.2.2.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª Ed. Rev. atual. Ampl. São Paulo: Atlas, 2017: p. 260.

Atividades meramente econômicas, por conseguinte, são inidôneas para figurar como objeto de contratos de concessão, ainda que, por impropriedade técnica, sejam assim denominados. É o caso da Lei no 9.478, de 6.8.1997, reguladora da política nacional de atividades petrolíferas, que denomina de contrato de concessão o ajuste celebrado entre a ANP – Agência Nacional do Petróleo e empresas privadas, com o fim de serem executadas atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural (arts. 23 e 43). Há evidente errônea na nomenclatura legal. Tais atividades são eminentemente privadas, de caráter empresarial, muito embora se constituam monopólio da União, exercido, por longos anos, exclusivamente pela PETROBRAS, e hoje suscetíveis, parcialmente, de execução por empresas privadas, conforme as alterações introduzidas pela EC no 9/1995 no art. 177 da Lei Maior. (CARVALHO FILHO, 2017: p. 260)

Como o Regime de Partilha é caracterizado uma intervenção direta mais acentuada do Estado, se comparado ao Regime de Concessões, representaria uma violação a Princípios Constitucionais em maior medida.

Por outro lado, a intervenção do Estado no domínio econômico pela via indireta está prevista no Art. 174, CF:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL. Constituição, 1988)

Mas o que seria um Estado Regulador? Estado regulador é o Estado que atua como agente normatizador, com a finalidade de exercer o controle e fiscalização dos agentes econômicos, atuando de forma preventiva e repressiva através de uma Autarquia, que no caso brasileiro é a Agência Nacional de Petróleo (ANP).

Da própria Constituição advém toda argumentação para limitar a atuação do Estado na atividade econômica à regulação. Entretanto, apesar das considerações acima trazidas, o assunto já tem precedente no julgamento da ADI 3.273¹¹, já mencionada, em que o Ministro Eros Grau, em voto divergente, ressaltou que “a escolha sobre o modo de exploração da atividade petrolífera, que no caso se dá pela contratação de empresas estatais ou privadas, como dispõe o artigo 177 da Constituição Federal, é política, e o Poder Judiciário não poderia intervir.”

¹¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64437>

Sendo assim, embora este julgado tenha tratado da constitucionalidade da lei nº 9.478/97, dele extraímos algumas conclusões que poderiam servir como precedente para aferição da constitucionalidade do Regime de Partilha, pois assim como o regime de concessões, também é uma das formas de exploração do petróleo, podendo, semelhantemente, ser considerada como opção política, não sendo cabível ao Poder Judiciário adentrar no mérito de tais questões.

Resumindo, do ponto de vista constitucional, entendemos que a lei que instituiu o regime de partilha está eivada de vício, por flagrante inconstitucionalidade material, tendo em vista a falta de previsão expressa da possibilidade de exploração via partilha de produção, já que o art. 176 somente prevê a exploração do petróleo por meio de concessões e autorizações. Também é questionável a possibilidade de atuação direta do Estado na ordem econômica, posto que as hipóteses que justificariam sua atuação como agente econômico baseiam-se nas expressões “relevante interesse coletivo” e “imperativos de segurança nacional”, que são expressões vagas, imprecisas e trazem elevado grau de subjetividade, com ampla margem discricionária e, portanto, carecem de maior regulamentação.

Data vênua, também discordamos do argumento trazido pelo Ministro Eros Grau no julgamento da ADI 3.273, de que a escolha do regime de exploração é opção política, sendo vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito de tais questões, muito embora tais considerações refiram-se à Lei nº 9.478/97. Isso porque o exercício das escolhas políticas pelos governantes também deve obedecer aos pressupostos constitucionais de validade, não sendo admissível, a nosso ver, o atropelo da lei maior sob o subterfúgio de se tratar de opção política. Ademais, o Supremo Tribunal Federal é o guarda da Constituição, mormente em sede de controle concentrado, pelo que jamais poderia se escusar de tal apreciação.

Sendo assim, analisando a lei nº 12.351/10, constatamos que, segundo a interpretação literal da norma constitucional, há uma incompatibilidade material da lei com o art. 176, CF, uma vez que o texto constitucional somente prevê a exploração das jazidas de petróleo por meio de autorização e concessões, não fazendo qualquer menção à partilha de produção, como enuncia a lei. Apesar do parecer do Ministro Eros Grau no julgamento da constitucionalidade

da lei nº 9.478/97¹² ser no sentido de que a exploração da atividade petrolífera ser opção política do legislador, fato que por si só teria o condão de excluir tal matéria da apreciação pelo Poder Judiciário.

Em nosso entendimento tal posicionamento poderia ser aplicado à lei nº 9.478/97, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade da lei poderia gerar grande insegurança jurídica e trazer consequências extremamente negativas ao regime de concessões, mas revelar-se-ia equivocado se aplicado ao Regime de Partilha, uma vez que nesse caso, o legislador teria plenas condições de exercer suas escolhas políticas, porém o exercício de tais escolhas está adstrito à observância de requisitos formais e materiais previstos na constituição. Sendo assim, pela melhor técnica legislativa, seria necessária uma emenda à constituição para permitir a exploração de recursos petrolíferos pelo regime de partilha.

Quanto ao pertencimento do produto da lavra à União, significa um fortalecimento do seu monopólio, nada merecendo retoque. Aliás, este foi justamente um dos questionamentos da ADI 3.273, se diante do monopólio da União, a propriedade da lavra poderia ser atribuída ao concessionário, e não o contrário.

Por fim, quanto a constitucionalidade do regime, restou controverso se a exploração de recursos do petróleo seria defensável sob o argumento de que se trata de “imperativo de segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”, uma vez que tais expressões encerram significados vagos e carregados de subjetividade, não sendo conclusivo se o Estado poderia ou não exercer tais atividades, o que abre margem para discricionariedade e conseqüente apropriação pelo Estado do exercício de atividade econômica direta, em competição com a iniciativa privada.

¹² O julgamento da ADI 3.273 não guarda relação com o Regime de Partilha, uma vez que a ação direta em comento diz respeito ao Regime de Concessões. Entretanto, o entendimento de que a exploração da atividade petrolífera é opção política do legislador, pode ser entendida como excludente de apreciação pelo Poder Judiciário em situações futuras, o que não excluiria a aplicação de tal entendimento ao Regime de Partilha.

2.2 Participação Obrigatória da Petrobras na Partilha

A versão original da lei nº 12.351/10, que instituiu a partilha, determinava a participação obrigatória da Petrobras no consórcio de empresas como operadora única de todos os blocos, com participação mínima de 30% nos lucros e investimentos. Desta forma, o vencedor do certame deveria constituir, juntamente com a Petrobras e a Petrosal SA., um consórcio de empresas para explorar os campos, sendo que a Petrobras seria a responsável pela execução dos contratos, assegurada a responsabilidade solidária entre os contratantes e terceiros (arts. 2º, VI, VII; art. 4º; art. 10º, III, c; e art. 20, caput e §3º), e a Petrosal SA., seria a gestora.

Como característica inerente ao novo regime, já mencionada anteriormente, percebe-se aqui novamente um avanço do Estado no campo da iniciativa privada, uma modificação da ação interventiva do Estado nas relações contratuais, que assume o papel de Estado centralizador, produtor e provedor, traduzido na obrigatoriedade, por força de lei, da participação da Petrobras em todos os contratos. Significa uma atuação mais forte do Estado, num dualismo de forças políticas antagônicas, de sorte que quaisquer que fossem os vencedores do processo licitatório, teriam que suportar e aceitar a Petrobras como operadora e executora do contrato, além da participação da Petrosal, que tem a prerrogativa de indicação do presidente e metade dos membros do comitê gestor, com poder de veto e voto de minerva sobre as decisões das empresas contratantes.

Segundo GOMES¹³, apesar do aumento do custo da participação do Estado e consequente prejuízo se o projeto não for lucrativo, a presença do Estado no modelo através da Petrobras como *joint venture* tem como objetivos (i) fomentar o sentimento de nacionalismo na condução da exploração de petróleo, (ii) facilitar a transferência de tecnologia, segredos industriais, habilidades comerciais e *know-how* do contratante para o Estado, (iii) obter maior controle sobre o desenvolvimento do projeto.

A primeira experiência prática após a entrada em vigor do regime foi em 2013, no leilão do Campo de Libra, que corresponde a uma área de cerca de 1.550 km² de extensão na Ba-

¹³ GOMES, Carlos Jacques Vieira. Texto para Discussão nº 55: **O Marco Regulatório da Prospecção do Petróleo no Brasil: O Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2009: p. 40.

cia de Santos, em águas ultraprofundas, com lâmina d'água de cerca de 2.000 m, de onde se espera extrair entre 8 e 10 bilhões de barris de óleo recuperáveis.

Como resultado desta intervenção exacerbada do Estado, o leilão reuniu apenas 11 empresas, dentre as mais de 40 inicialmente interessadas, e a maioria das grandes empresas estrangeiras, entre elas as petroleiras Exxon Mobil, BP e Chevron se recusaram a participar, atestando a baixa atratividade dos contratos, muito embora a exploração pudesse trazer resultados promissores. Isto porque a possibilidade de o governo brasileiro ditar as regras dos investimentos e decisões futuras retirou a segurança jurídica do empreendimento e afastou os principais *players*.

Por fim, foi um leilão sem disputas, em que a única proposta apresentada foi a vencedora, com lance fixado no valor mínimo de 41,65% do óleo lucro em favor da União. Como as principais petroleiras ficaram de fora, o consórcio foi composto pelas empresas Shell (20%), Total (20%), as chinesas CNPC (10%) e CNOOC (10%) e a Petrobras (40%). Percebe-se uma participação tímida das demais empresas, enquanto os maiores investimentos serão de responsabilidade da Petrobras, que estará submetida a pesados compromissos até o fim do contrato.

Em 2013 o modelo já era alvo de intensas críticas, principalmente por ter quebrado a estabilidade regulatória até então existente, conquistada pelo sucesso e solidez do regime de concessões, assentada em um sistema testado e confiável, e por representar a ressurreição do monopólio de execução dos contratos pela União. A partilha também retirou as condições de igualdade entre as empresas nos leilões, criando uma participação forçada da Petrobras nos contratos e um favorecimento de pelo menos 30% para a companhia em todos os blocos, que acabaria por submeter a Petrobras a obrigações excessivamente onerosas de arcar com altos investimentos. Desta forma o sucesso da exploração do pré-sal estaria condicionado à capacidade financeira da Petrobras, o que nem sempre seria possível, dadas condições de mercado e de fluxo de caixa da companhia. Ao representar intervenção demasiada do Estado na livre iniciativa, abalou a segurança jurídica e a confiança dos investidores no setor, já consolidadas através do regime de concessões até então vigente.

Também tiveram início em 2013 as apurações de escândalos de corrupção na Petrobras e em suas subsidiárias, decorrentes dos desdobramentos da Operação Lava Jato, com consequentes prisões preventivas de seus gestores, fornecedores e prestadores de serviços, que em muito afetaram a companhia, gerando inúmeros problemas para suas atividades. Além desses escândalos, também pesavam sobre a estatal alegações de cartel, suborno e lavagem de dinheiro, criando uma situação quase insustentável para a companhia, que por força de compromissos já assumidos, teria que implementar um dos maiores programas de investimento do mundo, da ordem de US\$ 220,6 bilhões no período de 2014 a 2018.

Em meio a estas tensões surgiu em 2015 o PL 131, de autoria do então Senador José Serra, cuja justificativa fazia menção aos escândalos de corrupção que atingiram a capacidade financeira da companhia, sustentando que o programa exploratório brasileiro não poderia ser afetado por tais vicissitudes, e que caso permanecesse esse engessamento das operações, a partir de 2020 poderia haver comprometimento do abastecimento interno de petróleo. Os escândalos de corrupção e as investigações em curso também vinham causando dificuldades de obtenção de financiamento externo pela Petrobras, e isto poderia inviabilizar o cumprimento dos cronogramas de projetos.

A conjuntura externa também poderia afetar o programa exploratório e o resultado financeiro da companhia, pois a oferta no mercado mundial era superior à demanda, com forte impacto na desvalorização do preço do petróleo, que afetaria diretamente a taxa de retorno dos projetos do pré-sal, muitas vezes projetados para obtenção de lucros a partir de preços mínimos, e a cotação do *brent* à época poderia ficar inferior a estes mínimos, trazendo resultados negativos, inviabilizando a continuidade dos projetos.

Esta desvalorização do petróleo no mercado internacional também poderia afetar as receitas da União com royalties e participações governamentais, além de redução significativa de exportações, acarretando prejuízos para toda a sociedade.

Neste sentido, o PL 131 defendeu o fim de obrigatoriedade de participação da Petrobras como operadora única dos contratos de partilha, a fim de evitar um retardamento irreparável do programa exploratório, garantindo uma exploração ininterrupta de tais recursos energéticos e maiores ganhos para o Tesouro Nacional.

O PL 131 foi aprovado em 2016 em meio a tensões de alas nacionalistas da sociedade, com forte oposição de entidades ligadas ao setor, e recebeu o número de ordem 13.365. Com as mudanças, a Petrobras deixou de ser a operadora única, sendo-lhe oferecida a preferência pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) para ser operadora dos blocos da partilha, considerando o interesse nacional. Após anuência da companhia, a lei prevê que o CNPE envie a proposta à Presidência da República indicando quais blocos devem ser operados por ela, com participação que não será inferior a 30%, podendo ser ampliada em processo licitatório. Então, só haverá participação da Petrobras caso a companhia manifeste interesse, e a indicação será feita pelo Ministério de Minas e Energias¹⁴.

Esta alteração legislativa permitiu a flexibilização dos contratos, abertura do mercado para investimentos, diminuição da intensidade da ação interventiva do Estado e desincumbiu a Petrobras do ônus de arcar, obrigatoriamente, com os investimentos em todos os blocos, permitindo que a companhia atue apenas se houver interesse e fluxo financeiro suficiente para investir, sem comprometimento de suas operações e sem atrasos nos programas exploratórios do país.

Os resultados positivos da medida ainda estão sendo estudados, mas avaliações preliminares dos últimos leilões ocorridos muito recentemente, em 27 de outubro de 2017, referentes às 2ª e 3ª Rodadas do Pré-Sal, indicam que o mercado acenou com otimismo para as mudanças, e se comparados aos leilões da 1ª Rodada do Pré-Sal que ocorreu em 2013, foram um sucesso, dada uma expressiva e acirrada participação de importantes *players* internacionais. Nos dois certames ocorridos recentemente, 16 empresas disputaram os 6 blocos oferecidos na Bacia de Santos e outros 2 blocos na Bacia de Campos, totalizando 8 blocos. Representam a inauguração de uma nova etapa na campanha de exploração do petróleo no país. Apesar de críticas sobre a baixa na arrecadação¹⁵, a expectativa é otimista, pois representa o ingresso de

¹⁴ O Conselho Nacional de Política Estratégica oferece a preferência à Petrobras nos blocos. Caso a companhia manifeste interesse, após avaliação de sua capacidade financeira de arcar com os respectivos investimentos, o CNPE elabora proposta de indicação e a encaminha à Presidência da República, que efetiva a indicação através do Ministério de Minas e Energias.

¹⁵ A crítica sobre a baixa arrecadação tem como fundamento os valores obtidos com bônus de assinatura, se comparados os leilões do regime de concessões e os 1ª Rodada do Pré-sal em 2013, referentes ao Campo de Libra, cuja arrecadação ficou em torno de R\$ 15 bilhões, enquanto os leilões da 2ª e 3ª Rodadas do Pré-Sal de 2017 somaram R\$ 7,75 bilhões. Cabe ressaltar que com o a partilha houve mudança no critério de escolha da proposta vencedora, que nas concessões se baseia na proposta que oferecer maior bônus de assinatura, enquanto na partilha será vencedora a proposta que oferecer à União o maior excedente em óleo. Com isso, naturalmente o valor do bônus de assinatura nas concessões será maior.

investimentos da ordem de R\$ 116 bilhões no setor nos próximos anos, cifra capaz de impulsionar a retomada dos negócios.

Na 2ª Rodada a Petrobras solicitou a preferência no bloco Entorno do Sapinhoá, Bacia de Santos, e entrou com a participação de 30%, juntamente com a Shell (45%) e Repsol (25%). O consórcio ofereceu o percentual de 80% de óleo lucro à União. Na 3ª Rodada A Petrobras arrematou dois blocos. Em Peroba entrou com uma participação de 40%, num consórcio formado pela CNODC (20%) e BP (40%), oferecendo à União o percentual de 76,96% de óleo lucro à União.

Já no bloco Alto de Cabo Frio Central entrou com uma participação de 50%, juntamente com a BP (50%), oferecendo 75,86% de óleo lucro à União. Infelizmente a Petrobras ficou de fora do bloco mais interessante, Norte de Carcará, arrematado pela Statoil, Petrogal e Exxon, e que exigiria bônus de assinatura da R\$ 3 bilhões e investimentos da ordem de US\$ 8 a US\$ 10 bilhões nos próximos anos, o que estaria fora das possibilidades companhia.

Nesta conjuntura é possível avaliar o sucesso da alteração legislativa, pois apesar da atratividade do bloco Norte de Carcará, a Petrobras não manifestou seu interesse na preferência, justamente pelo comprometimento de sua saúde financeira e o vulto dos investimentos exigidos, pois caso não pudesse arcar, poderia comprometer todo o programa exploratório. Dano maior ocorreria se na vigência da lei, antes da alteração introduzida, a Petrobras fosse obrigada operar e arcar com 30% da totalidade dos investimentos necessários para explorar os 8 blocos. Realmente seria inviável, de onde entendemos que a flexibilização da participação da Petrobras nos contratos de partilha foi um acerto, um ganho para o país.

Comparando os dois momentos, é possível verificar que os leilões do pré-sal da 2ª e 3ª Rodadas em 2017 foram muito mais atrativos que os da 1ª Rodada de 2013, a começar pelo número de participantes, propostas e valores de obtidos de excedente em óleo em favor da União, que oscilaram entre 75,86% e 80%, enquanto no Campo de Libra ficou limitado ao lance mínimo de 41,65%.

A crítica de que a arrecadação ficou muito abaixo do esperado se baseia no fato de que os valores obtidos com os bônus de assinatura em 2013, fixados em R\$ 15 bilhões, seriam

muito superiores aos dos leilões de 2017, que na 2ª Rodada ficaram em R\$ 3,4 bilhões e na 3ª Rodada ficaram em R\$ 4,35 bilhões, pouco mais que a metade. Entretanto, os percentuais de óleo lucro obtidos em favor da União nos leilões de 2017, que ficaram em torno de 80%, em muito excederam o percentual de óleo lucro atingido em 2013, a saber, 41,65%, o que representa apenas o adiamento do ingresso de maiores recursos no caixa do Tesouro.

A situação acena para uma perspectiva favorável, pelo fato de que o modelo tal como está desenhado acabou por despertar maior interesse nas empresas estrangeiras, se comparado ao leilão da 1ª Rodada ocorrido em 2013, referente ao Campo de Libra, antes da alteração introduzida pela lei nº 13.365/16. Pesa ainda o fato de que alguns ajustes favoreceram os contratos atuais, como por exemplo, a prorrogação do Repetro¹⁶ até 2040, a flexibilização da política de conteúdo local¹⁷ e *waiver*¹⁸, que é o perdão das multas aplicadas por descumprimento de índices mínimos de conteúdo local.

Em síntese, estamos vivenciando diariamente no país, uma grave crise fiscal provocada pela corrupção sistêmica instalada quase que na totalidade do setor público, com escândalos estampando nas páginas policiais, envolvendo políticos, funcionários públicos de todos os escalões associados a empresários. A corrupção sempre existiu, mas a sensação se intensificou a partir de 2005, com a descoberta do Mensalão, apurado através de Ação Penal nº 470, em que ficou comprovado o envolvimento de autoridades do governo no desvio de recursos públicos para comprar apoio político no Congresso Nacional. Seguiu-se a Operação Lava Jato, que está em andamento desde 2013, em que se descobriu que os esquemas corruptos entre políticos e empresários ocorriam dentro das empresas públicas e sociedades de economia mista,

¹⁶ Repetro é um regime aduaneiro especial em que os serviços prestados e as vendas realizadas por empresas nacionais para empresas estrangeiras são consideradas exportações, com a saída ficta serviços, equipamentos, produtos e insumos, e posterior admissão temporária. Na verdade os produtos e serviços são produzidos, prestados e vendidos no país, mas são considerados, para fins de incentivo e todos os efeitos tributários, como receitas de exportações. Representa uma forma de estímulo para as empresas nacionais do setor de petróleo e gás, que passam a ter todos os benefícios das exportações, como a imunidade tributária referente aos tributos IPI, ICMS, PIS, COFINS e ISS, além de favorecer aspectos macroeconômicos no que diz respeito à balança comercial do país. Recentemente foi prorrogado até o ano de 2040.

¹⁷ Entende-se por Conteúdo Local a parcela de participação da indústria nacional na produção de bens e serviços na indústria do petróleo. Os contratos estabelecem percentuais mínimos que devem ser obedecidos pelas empresas, e prevê multas pelo descumprimento.

¹⁸ Waiver é o nome dado às multas aplicadas pelo descumprimento do emprego de índices mínimos de Conteúdo Local pelas empresas de petróleo. Nos contratos atuais houve a diminuição dos índices mínimos obrigatórios e flexibilizadas as sanções e multas pelo descumprimento, o que melhorou a atratividade dos atuais contratos.

que foram gravemente afetadas por indicações políticas que infestaram o setor público e colocavam o Estado a serviço de interesses privados.

Os desvios ocorreram na Petrobras (aluguéis superfaturados de sondas, compras de ativos podres em troca de suborno, superfaturamento de contratos etc.), no BNDES (concessão de financiamentos secretos, sem as garantias necessárias, em atendimento a interesses privados, vide caso JBS), Caixa Econômica Federal (operações de crédito vedadas pela LRF, tais como empréstimos ao Tesouro Nacional para cobrir déficit público), desvio de recursos de Fundos de Pensão (Petros e Postalis) entre outros escândalos, trazendo consequências nefastas para o país.

Atingida por todos estes escândalos de corrupção, a saúde financeira da Petrobras foi seriamente afetada, e sua situação não comportaria tão vultosos investimentos, pelo que a obrigatoriedade de participação da companhia, como operadora única em todos os blocos, com cota mínima de 30% dos investimentos, seria completamente inviável. Fatalmente, por falta de recursos, ocorreriam atrasos nos programas exploratórios, que poderia ocasionar a desabastecimento e necessidade de importação de petróleo para suprir demanda interna, o que seria um desastre, e poderia, por fim, acarretar em mais prejuízos à companhia.

Sendo assim, o PL 131, transformado na lei nº 13.365/16, representou um grande avanço, por flexibilizar a participação da Petrobras nos contratos de partilha de produção. Não seria prudente atrelar o sucesso do programa exploratório do país à saúde financeira da Petrobras e deixar o controle da produção do país dependente disso.

Atualmente, já na vigência da lei alterada, cabe ao CNPE oferecer à Petrobras a opção pela preferência, sendo que esta tomará a decisão empresarial de exercer ou não esse direito, sabendo que a opção pelo exercício implicará em ter disponibilidade mínima de recursos para arcar com 30% dos investimentos nos blocos de que participar. Sua manifestação de interesse em operar determinados blocos será encaminhada à Presidência da República por indicação do CNPE, e efetivada através do Ministério de Minas e Energias.

Sendo assim, quanto a este ponto, entendemos que a aprovação da lei foi um acerto, e já produziu resultados positivos, como pudemos verificar na substancial melhoria dos resulta-

dos nos leilões ocorridos recentemente em outubro de 2017, com maior participação quantitativa e qualitativa de *players*, fruto de aprimoramentos regulatórios realizados no regime de partilha.

2.3 Política Industrial

A política industrial é um dos maiores desafios a serem enfrentados na implantação do novo regime. Consiste na forma de concessão de incentivos e benefícios a empresas e setores da economia que se pretenda estimular. Na Partilha, como a propriedade sobre os hidrocarbonetos extraídos pertence à União, os benefícios podem ser concedidos pelo oferecimento de condições diferenciadas na comercialização dos produtos. O Poder Executivo assume a prerrogativa de estabelecer as condições de venda mais ou menos favoráveis a quem se pretenda estimular, segundo sua conveniência e oportunidade. Como o Poder Executivo detém o controle do produto e sobre sua comercialização, pode oferecer condições diferenciadas para aquisição de petróleo e derivados por empresas ou setores, já que a comercialização é regida por disposição contratual.

No modelo de concessões instituído em 1997 isto não é possível, por duas razões, *(i)* na medida que o produto da lavra pertence ao concessionário, este tinha autonomia para dar destinação ao produto da lavra, de acordo com as leis de mercado, atendidos os interesses nacionais, mediante regulação específica via ANP; e *(ii)* como as receitas do Estado ingressavam no Tesouro, a concessão de incentivos e benefícios era matéria ligada à tributação, objeto de deliberação no Congresso Nacional, fora do alcance do Executivo.

Eis a diferença substancial intrínseca ao regime de partilha, que é o retorno da propriedade do óleo para o Estado, que passa a gerir e controlar o produto da lavra, um fortalecimento do monopólio. Para executar esta atividade, a lei nº 12.304/10 autorizou a União a criar uma empresa pública para gerir os contratos da partilha.

A Petrosal SA (PPSA) foi criada pelo decreto nº 8.063/13, e tem a finalidade de representar os interesses da União em tais contratos celebrados pelo Ministério de Minas e Energias e a gestão dos contratos para a comercialização do produto da lavra. Para a realização de

seus objetivos, a empresa receberá recursos, dentre outras fontes, de parte do bônus de assinatura dos leilões e da gestão dos contratos de comercialização de petróleo e seus derivados. Tem a prerrogativa de indicar o presidente e metade dos membros dos comitês operacionais, órgão responsável por importantes decisões na condução dos contratos, além de poder de veto e voto de qualidade nas decisões dos comitês.

Em termos de política industrial, o Poder Executivo, através da Petrosal, passa a ter o controle de recursos em óleo antes de sua conversão em dinheiro e ingresso no Tesouro Nacional. Significa o controle de um ativo importante para ser utilizado como instrumento geopolítico e de fomento para países ou setores que se deseje estimular. Por exemplo, se o governo, através da Petrosal SA., celebrar contrato de venda do petróleo ou seus derivados a preços subsidiados para estimular a indústria petroquímica ou para nações amigas, a exemplo do que faz a Venezuela, significa a concessão de um subsídio implícito. Este subsídio pode ser medido pela diferença entre o preço de mercado e o preço praticado pelo governo.

O grande problema não é a concessão ou não destes benefícios, mas sim a transparência, lisura e interesse público envolvidos. Esta discricionariedade sobre a venda do produto exclui o assunto da apreciação do Congresso Nacional, uma vez que aspectos operacionais da venda de petróleo são assuntos do Poder Executivo, relegados à Petrosal. Discricionariedade, porque a lei não definiu todos os critérios que serão utilizados para nortear a política de comercialização do produto, nem a política de preços que será praticada, aspectos regulatórios importantes para balizar a atividade, que no caso em tela são objetos de livre disposição contratual.

Não há nada de errado em fazer concessões, conferindo melhores condições de venda que favoreçam determinados setores da economia, a fim de que sejam estimulados, se desenvolvam e se tornem mais competitivos, desde que estes estímulos sejam concedidos de forma transparente, sem mascarar interesses duvidosos. É desejável que o povo participe da discussão, por meio de seus representantes no Congresso Nacional, para aferir quais os setores devem ser estimulados, em atendimento aos melhores interesses da sociedade.

Isto porque o regime confere ao Executivo, através da indicação dos diretores da estatal, o exercício do Poder Discricionário de uma forma perigosa, que pode mascarar interesses

duvidosos, mormente porque a recente experiência brasileira nos mostra que o país está sofrendo uma grave crise institucional em virtude da dos desvios de finalidade e aparelhamento do Estado, com indicações políticas em cargos que exigem competência técnica, corrupção, dilapidação do patrimônio público, superfaturamento de contratos e união promíscua entre o governo e o setor privado.

Carvalho Filho¹⁹ define o Poder Discricionário como o Poder conferido ao Agente Público para escolher uma, dentre as alternativas facultadas pela Lei, conforme a conveniência e oportunidade da Administração:

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade. (CARVALHO FILHO, 2017: p. 68)

A discricionariedade é, portanto, um poder dado à Administração para agir dentro dos limites da lei, o que inclusive blindaria as autoridades, afastando o controle judicial. Se há omissão da lei, o exercício da conveniência e oportunidade podem apontar no sentido de favorecer setor A em detrimento do setor B da economia, por exemplo, e como representaria uma atuação nos limites da lei, dificultaria o controle da legalidade pelo Poder Judiciário, que não poderia adentrar no mérito e nada poderia ser feito em relação a isso, como nas palavras da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰:

Com relação aos **atos discricionários**, o controle judicial é possível **mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.**

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a **opção legítima** feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. (DI PIETRO, 2017: p. 234)

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª Ed. Rev. atual. Ampl. São Paulo: Atlas, 2017: p. 68.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017: p. 234.

O problema reside no uso do poder discricionário como blindagem para atender a fins diversos da lei, o que representa desvio de poder e implicaria na possibilidade de prática de atos eivados de nulidade, estes passíveis de controle judicial, como nas palavras da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰:

Algumas teorias têm sido elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Uma das teorias é a relativa ao **desvio de poder**, formulada com esse objetivo; o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei. (DI PIETRO, 2017: p. 234)

O grande problema reside na dificuldade de se determinar, no campo da discricionariedade, se há ou não desvio de finalidade, porque existe uma linha tênue que o separa da conveniência e oportunidade.

Sendo assim, a falta de regulação sobre Política Industrial abre margem para uma ampla atuação discricionária dos agentes públicos que dificulta o controle externo, estando inclusive legitimada pela lei. Esta atuação não seria possível no regime de concessões, casos em que a comercialização do petróleo e seus derivados são reservadas às concessionárias e reguladas pela ANP, com restrições pontuais impostas pelo Estado para evitar desabastecimento interno.

Ainda há outra questão a ser suscitada, e diz respeito ao inchamento do setor público, que representa aumento de gastos e ineficiência, dado que, com a criação da Petrosal SA., haverá a inclusão de um intermediário na cadeia produtiva e serão dispendidos recursos para sua manutenção, que poderiam ser utilizados em outras áreas ou programas sociais. Isso porque a estatal será partícipe de todos os contratos da partilha, e consumirá parte da totalidade dos recursos provenientes dos bônus de assinatura obtidos nos leilões, e rendas obtidas da gestão dos contratos de comercialização, entre outras fontes, representando um aumento desnecessário do tamanho do Estado. Isto porque as funções atribuídas à PPSA poderiam ser absorvidas pela ANP em conjunto com a própria Petrobras, entidades que já tem expertise comprovada

na condução das atividades do setor e que há tempos já vem fornecendo pessoal qualificado para as atividades da estatal.

Também é questionável a aptidão do setor público em gerir tais contratos, uma vez que exige elevados conhecimentos técnicos e gerenciais da atividade, que pode trazer prejuízos ao Estado. Por exemplo, na partilha, as receitas da União são obtidas pela aplicação do percentual que cabe ao parceiro estatal sobre o óleo lucro, que é a parcela excedente, após deduzidos os royalties e o óleo custo. Como os custos são reembolsáveis em óleo para as companhias, é natural que sejam superdimensionados ou que manobras de transferências de preços²¹ possam ocorrer entre subsidiárias, de forma a inflar custos e reduzir o total de óleo a ser partilhado, reduzindo as rendas do Estado. A situação é mais preocupante porque no modelo de partilha brasileiro, ao contrário do que ocorrem em outras partes do mundo, não há um limite de gastos reembolsáveis, sendo que esse controle de custos e detecção de possíveis fraudes deverão ser feitos pela PPSA. Na verdade, o único limite implícito aos gastos é a fixação dos royalties à alíquota de 15%, representando que o limite máximo de óleo custo para os gastos reembolsáveis é de 85%.

A experiência internacional mostra que seria mais barato e mais eficiente a contratação de empresas de auditoria para exercer estas funções, porque têm maior expertise e pode trazer resultados mais eficazes. Sendo assim, o modelo é um grande desafio de gestão para o governo, e a solução seria estaria na redução do tamanho do Estado e regulação.

Em resumo, nosso entendimento quanto à política industrial é que o regime merece retoques regulatórios, uma vez que abre margem para uma ampla atuação discricionária dos agentes públicos intervenientes no setor. Isto porque a gestão dos contratos de partilha ficará a cargo da Petrosal SA., empresa pública criada para este fim, e que será responsável pela contratação de empresas para realizar a venda do produto da lavra.

Este posicionamento se justifica porque no cenário político brasileiro atual há flagrantes evidências de corrupção generalizada no setor público, de forma que diariamente apare-

²¹ Transferências de preços podem ocorrer nos casos de superfaturamento de contratos celebrados entre empresas coligadas ou controladas, como forma de reduzir o excedente em óleo. Pode ocorrer, por exemplo, superfaturamento nos custos de transporte do petróleo, representando um incremento dos custos reembolsáveis e consequente redução dos excedentes em óleo, prejudicando a União na partilha.

cem nos noticiários reportagens anunciando novas prisões de empresários e agentes públicos, atuando como organizações criminosas engendradas no Estado, de forma que abre precedentes para alguns questionamentos. Primeiramente, a PPSA passa a ser um intermediário nas operações de venda, que consumirá parte dos recursos, que poderiam ser empregados em programas sociais, reversíveis em prol da sociedade, e não na manutenção de mais uma estrutura pública. Também não foram definidos pela lei quais os requisitos devem reger os contratos de vendas de petróleo e seus derivados, nem a política de formação de preços, e esta liberdade contratual pode abrir margem para favorecimentos ilícitos e negociatas, com desvios de poder.

O controle dos ativos em óleo sob a PPSA representa a interceptação de recursos de grande valor agregado, negociáveis antes de sua conversão em moeda e ingresso no caixa do Tesouro, sendo, portanto, um instrumento poder sem o controle da destinação via Congresso Nacional. Nos contratos de venda, sem a definição de uma rígida política de preços e a submissão da concessão de benefícios e incentivos ao crivo popular, há grande margem para desvios.

Há uma lacuna, por exemplo, no que diz respeito ao limite de gastos reembolsáveis na partilha. No modelo brasileiro, não existe um limite máximo de gastos reembolsáveis às empresas, o que é objeto de avaliação casuística pela PPSA. O que existe é um limite implícito, uma vez que do óleo extraído, antes de qualquer compensação, 15% são destinados ao pagamento de royalties à União. Significa que, não havendo limites para compensação de gastos, estes podem chegar até 85% do petróleo extraído, e para elevar estes limites as empresas podem realizar diversas manobras, como as transferências de preços, anteriormente mencionadas, e em muitos casos a discussão pode até acabar nos tribunais.

Isso porque a discricionariedade na política industrial pode dar margem para a realização de vendas a valores menores para determinados setores ou até para outros países, como forma de subsídio indireto, com favorecimento pessoal de agentes públicos, que pode escapar ao controle externo. Estes subsídios podem ser medidos pela diferença entre os preços praticados no contrato e os preços no mercado internacional, nas mesmas condições²².

²² Valor FOB: Free On Board

Reiteramos que nada há de errado em conceder subsídios ou incentivos a setores da economia que se pretenda desenvolver para estimular o crescimento do país. O problema reside na falta de transparência na concessão de tais benefícios, que pode esconder acordos espúrios e corrupção, que se pretende combater.

Sendo assim, entendemos a política industrial no setor carece de regulação, para definir um limite máximo de gastos reembolsáveis, critérios para a concessão de incentivos e benefícios, invariavelmente com apreciação pelo Congresso Nacional, órgão legitimado pelo voto popular para tomar as decisões em nome da sociedade. Desta forma, o favorecimento de determinado setor, empresa ou atividade deve ser regulado em lei, com a necessidade de submissão ao crivo popular, para ficar livre de ser suscetível a desvios pela decisão unilateral de uns poucos administradores públicos.

2.4 Controle da Produção

Outro desafio a ser enfrentado na partilha é o Controle da Produção. Consiste na harmonização e compatibilização do fluxo de produção com preços no mercado internacional e demanda interna. É a habilidade de encontrar o ponto ótimo de produção, de forma a manter o nível elevado o suficiente para atender as necessidades do país, evitando excessos de produção quando o preço do petróleo no mercado internacional estiver baixo, ou escassez pelo exaurimento das reservas que possa acarretar na necessidade futura de importação quando o preço estiver alto.

O descontrole da produção, numa situação extrema, pode levar o país a produzir suas reservas até a exaustão, vendendo-as a preços baixos no mercado internacional, fazendo com que necessite importar para evitar desabastecimento quando os preços estiverem mais altos. Esta preocupação reside no fato de se tratar de recursos finitos, de alta volatilidade e de grande importância estratégica e geopolítica, um componente capaz de alterar as relações de poder no mundo.

No regime de concessões, as concessionárias, após a vencerem o certame licitatório, têm a prerrogativa de efetuar o controle da produção, muito embora este controle não seja ple-

no, posto que submetido à regulação pela ANP, para evitar escassez interna. Isto porque ao longo dos contratos, que normalmente têm vigência por décadas, o preço do petróleo pode sofrer variações, e as empresas já têm a expertise para compatibilizar o nível de produção com os preços no mercado internacional, justamente para que suas reservas não venham a se exaurir após serem comercializadas a preços baixos. É uma forma de obter reserva estratégica.

Já no regime de partilha, a Petrosal SA. tem a prerrogativa de indicar o presidente, metade dos membros nos comitês operacionais, órgão que tem a competência, entre outras, a de efetuar o controle da produção em todos os campos, ficando sob controle do Estado, sem que isso possa necessariamente significar um ganho para o país. Têm ainda o poder de veto e voto de qualidade nas decisões dos comitês operacionais. São decisões importantes que podem expor o país a um elevado risco, pois é muito razoável que a iniciativa privada tenha profissionais muito melhor preparados para tomar estas decisões que burocratas em estatais, muitos deles sem preparo técnico adequado, na maioria das vezes indicados para representar interesses de partidos políticos, em um Estado doente e aparelhado.

Levou muitos anos para que a Petrobras e a ANP tivessem um corpo técnico formado por profissionais realmente preparados para exercer, de forma plena, suas atividades, e já estamos diante de um novo marco regulatório que nos impõe grandes desafios. Retornamos ao campo da discricionariedade, com riscos de grave comprometimento dos interesses do país. Sendo assim, é necessária firme regulação e uma atuação dos órgãos de controle externo, autárquico, por meio da ANP e judicial, por meio de investigações e apurações pelo Ministério Público, a fim de prevenir desvios e desmandos.

A recente experiência brasileira vem mostrando que o aparelhamento do setor público é uma realidade, para a qual devemos estar preparados, buscando soluções regulatórias para o regime a fim de promover o amadurecimento das instituições e o desenvolvimento do país.

De forma simplificada, o controle de produção pode ser entendido como a habilidade de “controlar a torneira da produção”, que pode ser visto sob duas perspectivas, em sentido amplo e um ajuste fino. O controle de produção em sentido amplo pode ser feito pelos países, em suas decisões de realizar leilões de blocos, disponibilizando-os ou não para exploração pelas empresas. Uma vez leiloados, o controle da produção será exercido pelas empresas, sendo

que este controle não é pleno, tendo em vista que há previsão de reservas de mercado para suprir necessidade interna, no chamado ajuste fino.

No modelo brasileiro de partilha, a Petrosal SA., representará os interesses da União nos contratos, atuando na qualidade de gestora, com a prerrogativa de indicar o presidente e os membros dos comitês operacionais, com poder de veto e voto de minerva sobre as decisões dos consórcios. Isto significa que em linhas gerais, o controle de produção será seriamente influenciado pelo Estado.

O grande problema reside no aparelhamento estatal, em que os cargos públicos são distribuídos entre os partidos políticos como trocas de favores, na velha política do “toma lá, dá cá”, em troca de votos e emendas parlamentares. Esta velha prática presente na república tem sido responsável pelas piores mazelas existentes na sociedade, e é onde está o cerne de toda a corrupção que assola a esfera pública, e no caso narrado pode trazer, como vimos, diversas externalidades com efeitos nefastos para o país.

É inegável que indicações políticas para cargos que exigem competência técnica podem acarretar prejuízos incalculáveis. No caso do controle de produção de um país, poderia trazer resultados catastróficos. Primeiramente, por envolver questões extremamente complexas, como compatibilização das reservas e previsão das oscilações de preços no tempo, considerando inclusive aspectos geopolíticos das regiões produtoras sensíveis, como o caso no Oriente Médio. A prática internacional recomenda que, para realizar tais atividades, seria mais barato e eficiente a contratação de empresas de auditoria especializadas, pois é discutível se o Estado teria a expertise para tomar decisões acertadas sobre tais questões.

Erros na condução do controle da produção podem levar a desabastecimento interno, prejuízos macroeconômicos, déficit na balança comercial, desemprego, falências, instabilidade geopolítica entre outros prejuízos.

Sendo assim, é recomendável a Criação de um órgão com expertise técnica ou determinação legal para contratação de empresa de auditoria, de competência reconhecida, para atuação consultiva a fim de auxiliar a tomada de decisões sobre controle de produção.

2.5 Soluções Regulatórias para o Regime de Partilha

Para se atingir os objetivos do país, há que se perquirir o melhor atendimento do interesse público, perseguindo-se os princípios norteadores da Administração Pública, expressos e implícitos, a começar pelos trazidos na nossa lei maior, enumerados no art. 37, CF, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (g.n.)

Sendo assim, qualquer que seja a atividade realizada pela administração pública, não pode se afastar dos princípios basilares que regem sua atuação, a fim de possibilitar o atendimento aos seus princípios.

O primeiro Princípio Constitucional expresso é o da Legalidade, que nasce da necessidade de se estabelecer limites para a atuação da Administração Pública, baseado na premissa de que a Administração só pode fazer o que a lei permite, conforme palavras da professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro²³:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. (DI PIETRO, 2017: p. 104)

Se por um lado a legalidade restringe a atuação do administrador público aos estritos ditames da lei, a ampliação da legalidade, as omissões ou o emprego de expressões vagas e imprecisas pode representar uma abertura para a atuação discricionária:

A consequência da ampliação da legalidade é a **redução da discricionariedade** e, em consequência, do mérito do ato administrativo (aspecto concernente à oportuni-

²³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017: p. 104 e 57.

dade e conveniência da decisão diante do interesse público). Essa redução já vinha ocorrendo no decurso do tempo, pela aplicação das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes. (DI PIETRO, 2017: p. 57)

A legalidade está adstrita ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, apresenta no inciso II do art. 2º da Lei nº 9784/99, e especificado no parágrafo único, com a exigência de “*atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei*”. Resta evidenciado que o dispositivo veda a renúncia do interesse público pela autoridade administrativa.

Se o regime de partilha introduz na iniciativa privada uma nova forma de atuação, mais aguda, mais interventiva do Estado, o grande desafio que deve ser enfrentado na regulação do setor é a limitação da atuação discricionária, para atenuar as externalidades causadas pelos desvios e inobservância destes princípios na conduta dos administradores públicos. Estas condutas se manifestam externamente produzindo efeitos no mundo jurídico através dos Atos Administrativos, que são todos os atos praticados pela administração, emanados dos administradores públicos.

Entretanto, nem sempre estes atos são praticados em atendimento ao interesse público, podendo haver desvios, embora exista o dever de atender os parâmetros legais. Nas palavras de Carvalho Filho²⁴:

A conduta abusiva não pode merecer aceitação no mundo jurídico, devendo ser corrigida na via administrativa ou judicial. A utilização do poder, portanto, deve guardar conformidade com o que a lei dispuser. Podemos, então, dizer que abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei. (CARVALHO FILHO, 2017: p.67)

Tais desvios podem se manifestar por meio de abuso de poder, que pode se apresentar de duas formas, excesso de poder e o desvio de poder. Ocorre excesso de poder quando o agente atua fora dos limites de sua competência, enquanto no desvio de poder, o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo. Ainda nas palavras de Carvalho Filho:

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª Ed. Rev. atual. Ampl. São Paulo: Atlas, 2017: p. 67.

Já o desvio de poder é a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu, como bem assinala LAUBADÈRE. A finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima. Por isso é que tal vício é também denominado de *desvio de finalidade*, denominação, aliás, adotada na lei que disciplina a ação popular (Lei nº 4.717, de 29.6.1965, art. 2º, parágrafo único, “e”). (CARVALHO FILHO, 2017: p.67)

Nossa preocupação é justamente impor limites à discricionariedade para coibir a prática de atos com desvio de poder, que é justamente a origem dos problemas que afligem o setor público. Estes limites serão melhor definidos por meio de uma atuação regulatória mais efetiva, por meio de atuação legislativa para suprir omissões, reduzir as opções da administração e regular a atuação dos organismos de controle.

Como exemplos dos atos de desvio de poder estão o distanciamento do interesse público para atender a interesses privados, indicações para cargos de chefia na alta administração em troca de apoio político no Congresso Nacional, celebração de acordos comerciais e contratos com valores superfaturados, uso indevido de recursos públicos como forma de enriquecimento ilícito, e todas estas práticas estão sendo sentidas na pele por toda a população brasileira, traduzidas nos escândalos de corrupção que estão sendo apurados atualmente no país. O mais preocupante é que tudo isso é mais factível se não há controle sobre os atos discricionários:

O desvio de poder é conduta mais visível nos atos discricionários. Decorre desse fato a dificuldade na obtenção da prova efetiva do desvio, sobretudo porque a ilegitimidade vem dissimulada sob a aparência da perfeita legalidade. Observa a esse respeito CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: *“Trata-se, pois, de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento soez, insidioso. A autoridade atua embuçada em pretensão interesse público, ocultando destarte seu malicioso designio.”* Não obstante, ainda que sem prova ostensiva, é possível extrair da conduta do agente os dados indicadores do desvio de finalidade, sobretudo à luz do objetivo que a inspirou. (CARVALHO FILHO³³, 2017: p.67)

Os atos da Administração podem ser vinculados ou discricionários. Diz-se que um ato é vinculado quando na prática de uma atividade no âmbito administrativo, a lei prevê todos os requisitos, sem deixar margem para liberdade de decisão ou para a atuação do agente público. Caso estes requisitos estabelecidos em lei não sejam observados, o ato será passível de controle judicial, por ter ferido os limites legais, em observância ao Princípio da Legalidade.

Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. (DI PIETRO²⁵, 2017: p. 227)

Já nos atos discricionários, a própria lei, ao fixar limites à atuação do agente público, dá certa margem de liberdade de atuação, em requisitos como a conveniência, oportunidade e forma, posto que não foram totalmente fixados pela lei, que pode deixar duas ou mais alternativas válidas para decisão do administrador público:

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é **discricionário**, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser **arbitrária**, ou seja, contrária à lei. (DI PIETRO²⁴, 2017: p. 228)

Justamente aí reside o ponto vulnerável do regime, uma ampla margem para discricionariedade. Segundo Di Pietro²⁶, ela pode nascer pelos espaços dados pelo próprio legislador, conferindo poderes expressamente à administração; quando há omissão na lei, pois no momento em de sua edição não foi possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico; ou ainda quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada.

No caso estudado, podemos citar atribuições previstas em lei e ainda omissões legais, por exemplo, a falta de critérios legais objetivos para nortear a política de formação de preços para a venda do petróleo extraído sob o regime, bem como os critérios para contratação das empresas que farão a comercialização dos produtos. Outra grande abertura para a disciona-

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017: p. 227.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017: p. 229.

riedade reside na falta de definição de critérios para a concessão de incentivos e subsídios a empresas, que no regime de concessões dar-se-ia por meio do ingresso de recursos no caixa do Tesouro, com destinação de recursos orçamentários via Congresso Nacional. E estes pontos não esgotam o assunto.

Por esse prisma, o regime de concessões é capaz de conferir muito maior segurança jurídica ao setor. Normalmente é o preferido pelas empresas, uma vez que sua regulação normalmente se dá por meio de leis, e não por contratos, em que existe margem para ampla atuação discricionária. Cada contrato celebrado para comercialização de petróleo, cada concessão de subsídios e benefícios, cada aprovação de limites de compensação de custos reembolsáveis poderá ensejar a oportunidade de atuação indevida.

O regime de concessão é responsável por pelo menos a metade da produção mundial de petróleo e gás natural. É o mais seguro para as petrolíferas e preferido por elas. Geralmente a regulação do setor está amplamente fixada por lei e pouco fixada por contrato, ao contrário do regime de partilha de produção. (OLIVEIRA²⁷, 2010: p. 54).

Em outras palavras, a lei é omissa em vários pontos, por não definir quais os critérios para concessão de subsídios e benefícios nas vendas para empresas e países, como será a formação dos preços, quais os parâmetros de comercialização devem ser adotados nos contratos celebrados com agentes econômicos pela PPSA, quais as diretrizes gerais para nortear a política de controle de produção, que definirá o ritmo de exploração dos campos, e o mais importante, a lei não prevê um limite para compensação de gastos.

Este último aspecto é particularmente interessante, porque a lei realmente não define um teto para os gastos reembolsáveis em óleo. Repare que o regime de partilha prevê que as empresas farão a exploração por sua conta e risco, e só serão reembolsadas pelos seus gastos em caso de descoberta comercial. Feita a compensação, o óleo excedente, denominado óleo lucro, será partilhado entre os contratantes, segundo percentuais definidos em leilão.

Repare que a indefinição de um teto para os gastos impactará diretamente o resultado da União. A lei prevê que esta compensação de gastos sofrerá avaliação casuística pela PPSA,

²⁷ OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Pré-sal: o Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil. **Revista da AGU**, Brasília, nº 24, p. 54, abr./jun. 2010.

sem um limite máximo definido. Na prática há a imposição de um limite indireto, que é a compensação de 85% dos gastos, uma vez que no cálculo, antes de qualquer compensação, as empresas efetuarão o repasse de 15% de royalties à União, sendo que o restante somente será partilhado se houver óleo lucro. Em outras palavras, a única garantia de algum lucro são os royalties, e fora isso, em caso de má gestão ou atuação indevida, a União pode ter um prejuízo de até 85% do produto da lavra.

Há outra razão de natureza financeiro-contábil pelo qual o Regime de Concessões é mais vantajoso para as empresas. Segundo Gomes²⁸, “como os ativos (o petróleo produzido) pertencem ao Estado, o valor de mercado das empresas contratadas cai, porque elas não poderão lançar em sua contabilidade (questão conhecida como “*book barrels*”) ativos que pertencem ao Estado; isso pode dificultar a obtenção de recursos financeiros pelas empresas, a fim de conduzir os investimentos exigidos pelo projeto. Nesse momento, o Estado pode ser chamado a investir, especialmente nas fases iniciais do projeto (exploração), o que representa um risco maior para o Estado (o campo pode não ser produtivo) e uma constrição orçamentária.”

No que diz respeito ao controle de produção, mais que uma questão comercial, se trata de uma política de Estado, uma vez que envolve aspectos da exploração de recursos energéticos estratégicos para o país, capaz de afetar o abastecimento interno, a geopolítica e as relações de poder no cone sul e no restante do mundo, o que merece muita atenção. Durante a vigência do regime de concessões, após longos anos os órgãos de controle como a ANP e a própria Petrobras adquiriram expertise para lidar com tais questões, e quanto a este ponto, a mudança de regimes impõe uma série de desafios que deverão ser enfrentados pelos novos atores, pois a vulnerabilidade reside no ceticismo de que o setor público seja capaz de lidar bem com as decisões de mercado, na definição do ritmo de produção.

O controle de produção será exercido em âmbito mais amplo pelo próprio governo, a partir dos leilões feitos pela ANP, de forma que o calendário de realização dos leilões seria uma forma de ditar o ritmo. Mas o controle de produção também sofre um ajuste fino, porque uma vez realizados os leilões e definidos os agentes econômicos que atuarão nos blocos, im-

²⁸ GOMES, Carlos Jacques Vieira. Texto para Discussão nº 55: **O Marco Regulatório da Prospecção do Petróleo no Brasil**: O Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2009: p. 54

portantes aspectos da produção em si ainda estarão sendo delegados aos comitês gestores, sob controle majoritário da PPSA. Reiteramos a estatal participará como gestora de todos os contratos de partilha, com as prerrogativas de indicar o presidente dos comitês gestores, além de metade dos seus membros, e ainda tem o poder de veto e votos de qualidade nas decisões.

Isto significa que, em linhas gerais, as decisões de quanto produzir em face do preço do petróleo no mercado internacional, da taxa de crescimento da demanda interna, das reservas existentes e das variáveis geopolíticas capazes de influenciar os preços ao longo das décadas de vigência dos contratos poderá recair sobre pessoas sem qualquer expertise, indicadas como contrapartida de favores e apoios políticos, com resultados catastróficos que não se pode calcular.

Um controle de produção mal conduzido pode representar, em larga escala, o desabastecimento interno, exaurimento das reservas vendidas a preços baixos e futura necessidade de importação a preços elevados para atender ao mercado interno, inflação de custos²⁹ e de demanda³⁰, evasão de divisas, déficit na balança comercial³¹, quebra de empresas, desemprego entre outras externalidades, principalmente porque o país vem depositando muito de suas esperanças e expectativas no bom desempenho da indústria do petróleo e nas receitas de royalties para realização de suas políticas públicas e programas sociais.

Resumindo, a lei não adentrou em importantes aspectos da política industrial, para definir critérios objetivos inerentes à comercialização do petróleo, tais como a formação dos preços, não mencionou critérios para a concessão de benefícios e vendas subsidiadas, não definiu teto máximo para os custos reembolsáveis, entre outros aspectos. O que se sabe é que foi criada uma estatal, já mencionada, a Petrosal SA., para gerenciar os contratos da partilha, cujos diretores serão indicados pelo Poder Executivo e a eles também caberá indicar o presiden-

²⁹ Inflação de custos significa o aumento generalizado dos preços de oferta para um dado nível de produção, considerando a hipótese de desabastecimento interno e necessidade de importar petróleo a preços mais altos para suprir a demanda.

³⁰ Inflação de demanda pode ser causada pela previsão incorreta da evolução do aumento da demanda interna de petróleo, com futura necessidade de importação a preços mais elevados, preços estes que serão repassados aos consumidores.

³¹ Ocorre quando o volume de importações supera o volume de exportações, com redução de ingresso de moeda forte no país e consequentes implicações no câmbio.

te e metade dos membros nos comitês gestores, aspectos que necessitam firme regulação, ou atuação do poder regulamentar.

No que diz respeito ao controle de produção, também há a descrença e insegurança na capacidade de o Estado tomar decisões de mercado e para traçar diretrizes sobre tais assuntos, de competências eminentemente técnicas.

Então, se a lei deixa tais lacunas, é mister que os órgãos de controle, tais como a ANP, Ministério Público, bem como a sociedade civil organizada fiscalizem, mas é necessária atuação regulatória para prevenir e corrigir possíveis desvios. Em outras palavras, a partilha, para alcançar os objetivos que atendam aos interesses nacionais, precisa de muito controle e firme regulação:

Mas o que é regulação? Em sentido amplo, regular é normatizar, mas em sentido estrito, regulação significa modalidade de intervenção indireta via fiscalização (controle) dos agentes econômicos, mas de caráter predominantemente *preventivo* dos mercados, exercido por meio de agências reguladoras que produzem inflação normativa necessária à regulação por prevenção. (GOMES³², 2009: p. 45)

Segundo RUARO³³, a regulação é uma forma eficaz de prevenir desvios e excessos, a fim de evitar a ocorrência de externalidades e seus efeitos negativos:

Em verdade, o que mesmo há é a utilização de um recurso disponível com vista ao desenvolvimento econômico de uma nação. A regulação é instrumento de otimização, prevenindo desvios e excessos, servindo como trilho à condução dos negócios e evitando os efeitos negativos que podem advir da exploração de recursos naturais tais como a doença holandesa³⁴, que teria gerado o declínio do setor industrial daquele país na década de 1970. (RUARO, 2015: p. 277)

³² GOMES, Carlos Jacques Vieira. Texto para Discussão nº 55: **O Marco Regulatório da Prospecção do Petróleo no Brasil: O Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2009: p. 45.

³³ RUARO, Regina Lindem; PROENÇA, Fabrício Quixadá Steindorfer. **Aspectos Econômicos e Jurídicos da Exploração do Petróleo: Breve Introdução ao Contrato de Partilha da Produção**. *Revista da AGU*, Brasília, ano 14 nº 2, p. 278, abr./jun. 2015.

³⁴ Doença holandesa é uma falha de mercado que tem origem na exportação de abundantes recursos naturais, capaz de causar significativa valorização do câmbio. Como consequência dessa valorização cambial, há prejuízo na exportação de outros produtos manufaturados, que se tornam mais caros em relação ao mercado internacional, e pode representar desindustrialização e quebra da indústria manufatureira interna.

Entretanto, existe a necessidade de forte atuação da fiscalização, por meio da ANP, no exercício do Poder de Polícia³⁵ a fim de prevenir e corrigir desvios, bem como a atuação dos órgãos de controle, tais como o Ministério Público, Tribunais de Contas e Poder Judiciário, sem esquecer da sociedade civil organizada:

O que não se pode olvidar é a necessidade de constante acompanhamento do setor por intermédio de medidas interventivas no domínio econômico, de caráter regulatório ou concorrencial. (RUARO, 2015: p. 278)

Dentre os requisitos dos atos vinculados e discricionários estão o sujeito, a finalidade, a forma o motivo e o objeto. O sujeito, a quem a lei dá a legitimidade para a prática do ato, será atributo sempre vinculado.

A finalidade pode ser analisada em sentido amplo e estrito. Em sentido amplo é atributo vinculado, porque está ligada ao atendimento do interesse público. Já em sentido estrito poderá ensejar atuação discricionária, porque pode definir um resultado específico decorrente da aplicação da lei, que pode conter omissões, expressões vagas e imprecisas, sem estabelecimento de critérios objetivos.

A forma para a prática do ato pode ser atributo vinculado, quando a lei expressamente define como deve ser praticado o ato, ou quando a lei prevê a possibilidade de o ato ser praticado por mais de uma forma.

Entretanto, no motivo e objeto é onde reside a discricionariedade de forma mais marcante. O motivo poderá ser vinculado ou discricionário. Segundo Di Pietro³⁶, será vinculado se lei, ao descrevê-lo, utilizar-se de expressões claras e precisas, sem margem para apreciação subjetiva. Por outro lado, será discricionário se a lei não o definir, deixando a critério da administração, ou ainda se a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos com mais

³⁵ Poder de Polícia é definido como dispõe o art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.1966) que se considera poder de polícia a “*atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos*”.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017: p. 230.

de um significado, os chamados **conceitos jurídicos indeterminados**, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa.

Com relação ao objeto ou conteúdo, o ato será vinculado se da lei for possível atingir apenas um determinado fim, e discricionário se puder atingir vários objetos possíveis para atender o mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito. Sendo assim, o ato administrativo será discricionário se a lei deixa margem para a administração pública decidir quanto a sua conveniência e oportunidade em relação ao motivo e objeto.

O grande problema é que, sendo questões de conveniência e oportunidade, fica mais difícil comprovar os desvios, dificultando o controle da legalidade do ato, posto que o judiciário fica impossibilitado de adentrar no mérito, sob pena de ferir o Princípio da Separação dos Poderes³⁷.

Podemos citar algumas soluções regulatórias para o regime de partilha, ensejadoras de critérios estabelecidos em lei para possibilitar a limitação da discricionariedade, a respeito da política industrial e controle de produção:

- Vedação às indicações políticas para cargos setoriais que exigem competências técnicas, com critérios transparentes de seleção que possibilitem a excelência no desempenho das funções, com prioridade para funcionários de carreira.
- Exigência de reconhecida expertise técnica como pré-requisito para a composição dos quadros de chefia da PPSA, com preferência para funcionários de carreira oriundos dos quadros da Petrobras, suas subsidiárias e ANP;
- Estabelecimento de critérios objetivos para contratação das entidades comercializadoras do produto da lavra, incluindo a política de formação de preços;

³⁷ Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si, não cabendo interferência de um no outro em suas atividades típicas.

- Estabelecer quais os setores poderão ser favorecidos, os requisitos a serem preenchidos pelas empresas e a forma como serão concedidos os incentivos e subsídios na venda dos produtos, devendo ser incluídas as propostas nas leis orçamentárias, com discussão no congresso nacional;
- Estabelecimento de um limite para compensação de gastos reembolsáveis na partilha, e que em casos de gastos superiores aos limites estabelecidos, a aceitação deve ser submetida a instâncias superiores ou a arbitragem; e
- Criação de um órgão com expertise técnica ou determinação legal para contratação de empresa de auditoria, de competência reconhecida, para atuação consultiva a fim de auxiliar a tomada de decisões sobre controle de produção.

Estas recomendações não esgotam o tema, entretanto foram as mais importantes detectadas para minimizar as externalidades que a discricionariedade no setor pode provocar, evitando maiores desvios de finalidade, corrupção, superfaturamento de contratos, erros na condução da política industrial, danos ao erário entre outros problemas decorrentes da má administração dos recursos públicos.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foram estudados os principais aspectos ligados à exploração do petróleo, com abordagem que iniciou nos aspectos históricos da produção do petróleo no mundo, destacando a sua importância para o desenvolvimento da humanidade e sobre como influenciou a formação dos países, provocando uma corrida pelo domínio de reservas que inclusive foram o pano de fundo de muitas guerras e grandes revoluções sociais e transformações industriais. Enquanto isso, no Brasil a exploração se manteve adormecida, pela distância do país dos principais mercados consumidores e por dificuldades na obtenção de investimentos, maquinário e mão de obra qualificada para conduzir os projetos.

O início da exploração comercial no Brasil foi modesta e se deu com a descoberta de reservas na Bahia, seguindo-se a criação da Petrobras pela Lei nº 2.004/53, que instituiu o primeiro Marco Regulatório brasileiro, com rígido monopólio estatal. Após a edição das Ec nº 6 e nº 9/95 ocorreu a flexibilização do monopólio da União, com a abertura do mercado para a atuação de empresas nacionais e estrangeiras, seguindo-se o Marco Regulatório instituído pela Lei nº 9.478/97, que instituiu o Regime de Concessões.

Apesar do desenvolvimento tardio da indústria nacional, com o modelo de instituído em 1997 o país experimentou grandes avanços e estabilidade regulatória, uma vez que o modelo de Concessões, cujas premissas são reguladas em maior medida pela lei, é o preferido pelas empresas privadas, e conferiu maior segurança jurídica aos contratos celebrados, pois o Estado participava em condições de igualdade com os entes privados, através das licitações promovidas pela ANP.

O cenário mudou quando em 2007 foram descobertas as reservas do pré-sal brasileiro em águas ultraprofundas, numa região de aproximadamente 800 km de extensão por 200 km de largura, no litoral entre os estados de Santa Catarina e Espírito Santo. Tal descoberta levou o CNPE a retirar 41 blocos às vésperas dos leilões da 9ª Rodada, sinalizando para o mercado uma postura mais interventiva do Estado na iniciativa privada, com possível retorno ao monopólio estatal sobre o setor. Pouco a pouco a conjuntura acenava para a criação de um novo regime para explorar as áreas recém descobertas.

Em 2010, por meio da lei nº 12.351, se deu a instituição de novo Marco Regulatório para a explorar as áreas de pré-sal e estratégicas, tendo em vista que, com os avanços tecnológicos e maiores informações disponíveis, tratava-se de extensas e finitas reservas, em áreas de baixos riscos exploratórios, que poderiam ensejar oportunidades de grandes ganhos para o Estado. Havia a esperança de que tais descobertas pudessem colocar o país definitivamente entre os grandes produtores mundiais.

Entretanto, como vimos, o novo marco instituído para estas áreas representou um grande desafio regulatório para o país, com reforço do monopólio e maior intervenção estatal, que traz várias externalidades para o regime, algumas delas abordadas aqui. Dentre os principais assuntos relacionados, consideramos em nosso trabalho a constitucionalidade do regime, a cláusula de participação obrigatória da Petrobras como operadora única, a atuação da Petrosal SA, a política industrial e o controle de produção.

Concluimos que as disposições do regime, reguladas mormente por cláusulas contratuais, sob gestão direta de agentes públicos da Petrosal SA. nas atividades privadas, constituem ampla margem para atuação discricionária, carecendo de efetivo controle preventivo e repressivo externo, exercidos pelos órgãos de controle, tais como a ANP, Ministério Público e sociedade civil organizada, combinado com ação regulatória firme, por meio de leis em estrito senso, editadas e discutidas no âmbito do Poder Legislativo. Isto porque o país atualmente vive forte crise decorrente da atuação indevida de agentes públicos em conluio com o empresariado em um Estado aparelhado, que é um ambiente propício à ocorrência de escândalos de corrupção, tal como podemos constatar atualmente.

Desde 2010, com a criação da Partilha, passando pelo primeiro leilão do pré-sal ocorrido em 2013, até os dias atuais, com os leilões da 2ª e 3ª rodadas ocorridos em 2017, observamos que o regime de partilha vem se aprimorando e o país vem recuperando a confiança dos investidores, mas em uma avaliação crítica, entendemos que seu melhor aproveitamento em prol da sociedade será obtido a partir da adoção das medidas sugeridas, tendentes a reduzir a discricionariedade, que certamente não esgotam o assunto, mas permitem eliminar ou reduzir os efeitos das externalidades apontadas, com a introdução de medidas corretivas capazes de melhorar e otimizar o regime de partilha, de forma a obter o máximo aproveitamento dos recursos.

Independentemente do viés ideológico que possa influenciar os governos, seja Liberal Clássico, Neoliberal ou entusiasta do Estado do Bem-Estar Social, o que todos desejamos é um futuro melhor para o país, e que nossas riquezas sejam exploradas e os benefícios desta exploração sejam revertidos em prol da sociedade, sem desvios, sem conluíus e sem corrupção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANP habilita 8 empresas para 2º leilão do pré-sal; 3ª rodada terá 11 companhias. G1, Rio de Janeiro, 26/SET/2017. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/anp-habilita-8-empresas-para-2-leilao-do-pre-sal-3-rodada-tera-11-companhias.ghtml>> Acesso em 03/NOV/2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997. **Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 de agosto 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm> Acesso em 14/NOV/2017.

BRASIL. Lei nº 12.351 de 22 de dezembro de 2010. **Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo sob o regime de partilha de produção, cria o Fundo Social e altera a lei nº 9.478/97 e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 de dezembro 2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/L12351.htm> Acesso em 14/NOV/2017.

BRASIL. Lei nº 13.365 de 29 de novembro de 2016. **Altera a Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para facultar à Petrobras o direito de preferência para atuar como operador e possuir participação mínima de 30% (trinta por cento) nos consórcios formados para exploração de blocos licitados no regime de partilha de produção**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 de novembro 2016. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13365.htm> Acesso em 14/NOV/2017.

BUSTAMANTE, Luiz Alberto da Cunha. Texto para Discussão nº 168: **A Frustração com a Partilha de Produção**: o leilão do campo de Libra. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª Ed. Rev. atual. Ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª Ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. Texto para Discussão nº 55: **O Marco Regulatório da Prospeção do Petróleo no Brasil**: O Regime de Concessão e o Contrato de Partilha de Produção. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2009.

KELSEN, Hans; MACHADO, João Batista. **Teoria Pura do Direito**. 6ª Ed. Trad. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**. 7ª Ed. Rev. e Ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Daniel Almeida de. Pré-sal: o Novo Marco Regulatório das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil. **Revista da AGU**, Brasília, nº 24, p. 47-78, abr./jun. 2010.

PRÉ-SAL. Petrobras, Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/pre-sal/>> Acesso em 14/NOV/2017.

QUINTANS, Luiz Cesar P. **Contratos de Concessão e Partilha**. Benício Biz: Rio de Janeiro, 2011.

_____. **Manual do Direito do Petróleo**. Atlas: São Paulo, 2015.

RUARO, Regina Lindem; PROENÇA, Fabrício Quixadá Steindorfer. **Aspectos Econômicos e Jurídicos da Exploração do Petróleo: Breve Introdução ao Contrato de Partilha da Produção**. *Revista da AGU*, Brasília, ano 14 n° 2, p. 261-283, abr./jun. 2015.

SPRINGER, Paulo. **Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?** Internet, Brasília, 14/NOV/2011. Infraestrutura e Petróleo/Regulação. Disponível em <<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2011/03/14/qual-a-diferenca-entre-regime-de-partilha-e-regime-de-concessao-na-exploracao-do-petroleo/>> Acesso em 12/NOV/2017.

SUPREMO Considera Constitucional a “Lei do Petróleo”. Internet. Brasília, DF, 16/MAR/2005. Seção Notícias STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64437>> Acesso em 14/NOV/2017.

THOMAS, José Eduardo. **Fundamento da Engenharia de Petróleo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2004.

VALLE, Sabrina; BAHNEMANN, Wellington; CIARELLI, Mônica. **Sem disputa, Petrobras vence leilão de Libra com Shell, Total e duas chinesas**. Internet, Rio de Janeiro, 21/OUT/2013. Seção Economia e Negócios. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sem-disputa-petrobras-vence-leilao-de-libra-com-shell-total-e-duas-chinesas,168014e>> Acesso em: 03/NOV/17.