

NOVO MARCO REGULATÓRIO DO PRÉ-SAL: O RETORNO DO MONOPÓLIO ESTATAL NA INDÚSTRIA PETROLÍFERA?

Natália Maria Freitas de Assis. Lílian Gabriele de Freitas Araújo.

Acadêmicas do Curso de Direito da UFRN. Bolsistas do Programa de Recursos Humanos em Direito do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (PRH ANP/MCT N° 36).

Professora Orientadora: Dr^a. Patrícia Borba Vilar Guimarães

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe uma análise acerca da flexibilização do monopólio estatal na indústria petrolífera a partir do advento da Emenda Constitucional n° 09/95, retirando da PETROBRAS a exclusividade da exploração e da produção do petróleo e do gás natural, e abrindo este setor para empresas privadas, nacionais ou estrangeiras.

É a partir dessa conjuntura econômica que será feita a apreciação do contrato de concessão, que surgiu justamente como forma de celebrar os vínculos contratuais entre o Estado e a empresa exploradora.

Não obstante sua grande relevância histórica e econômica, com a recente descoberta de uma nova província petrolífera, situada na camada pré-sal, que se estende do litoral do Espírito Santo ao de Santa Catarina, requer o presente estudo discutir acerca do marco regulatório proposto para a referida área, bem assim para aquelas que venham a ser consideradas estratégicas pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, com ênfase para o contrato de partilha de produção. E finalmente, partindo da análise deste novel instrumento contratual, debater acerca da volta do monopólio estatal na indústria petrolífera, a cargo da PETROBRAS.

A metodologia empregada para a realização do presente estudo desenvolveu-se por meio da análise e interpretação de dados obtidos a partir da verificação de revistas especializadas, livros e monografias referentes às temáticas da flexibilização do monopólio e dos contratos de concessão, e, mais especificamente, através da apreciação dos documentos legislativos constitucional e infraconstitucionais, notadamente projetos de lei, existentes sobre a matéria.

2. A TITULARIDADE E O MONOPÓLIO ESTATAL DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL

O art. 20, inc. IX, da Constituição Federal de 1988 reza que “são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo”.

Nesse mesmo íterim, o art. 3º da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo) dispõe que “pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva”.

Desse modo, percebe-se que tanto a legislação constitucional como a infraconstitucional, conferem à União, e tão somente à ela, a titularidade das reservas de petróleo e de gás natural, isto é, as bacias sedimentares, por força constitucional, irão pertencer à União. Essas reservas são, conforme interpretação do dispositivo constitucional supracitado, “bens da União”, cunhados das características da inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade. São bens públicos que se incluem no patrimônio indisponível da União. Por sua vez, são da categoria dos bens públicos especiais, uma vez que têm uma destinação pública definida constitucionalmente, qual seja, a exploração das reservas petrolíferas e o aproveitamento dos seus potenciais.

É dizer, o petróleo é um recurso mineral que tem características peculiares em relação aos demais bens ambientais, características essas que justificam o protecionismo que sempre se deu à sua exploração e produção por parte do Estado, enquanto detentor da titularidade dos depósitos do óleo. É que ele sempre teve uma importância econômica relevante no cenário internacional, uma vez que se sedimentou ao longo dos séculos como a maior fonte de energia conhecida, sendo, por muitas vezes, razão para a eclosão de guerras entre as mais diversas nações. Não obstante isso, o petróleo relaciona-se com a ideia de soberania, sua exploração causa inquietações nos governos, em função da sua não renovabilidade e da degradação ambiental à qual estão sujeitas as áreas exploradas e produtoras.

Assim, visando a manter a Segurança Nacional, bem como a manter o uso racional do petróleo, evitando seu esgotamento precoce, sua exploração e produção

sempre foram monopolizadas pela União. O monopólio das jazidas de petróleo está consagrado na Constituição Federal de 1988, no seu art. 177, bem como nos arts. 4º e 5º da Lei Federal nº 9.478/97, os quais repetem o texto constitucional, que apregoa:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§ 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.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União; (BRASIL, 1988)

O monopólio da exploração e produção de petróleo e gás natural, no Brasil, pode se dividir em dois momentos distintos: de 1953 a 1995 e a partir de 1995, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 09/95, que flexibilizou esse monopólio, inaugurando uma nova forma de intervenção estatal na economia.

3. BREVE HISTÓRICO DO MONOPÓLIO DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL NO BRASIL

O monopólio da indústria petrolífera se manteve na Constituição de 1988, pois esta foi promulgada sob a égide de valores nacionalistas provenientes de Cartas anteriores, ainda que ela tenha cunho liberal, privilegiando a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil e da Ordem Econômica.

Definimos como ponto de partida deste breve histórico a Constituição de 1946, sob a égide da qual foi instituída a PETROBRAS, através da Lei nº 2.004/1953. No entanto, antes de fazermos essa análise acerca do monopólio, é importante ressaltar em que contexto vivia o Brasil antes da promulgação da referida Constituição, quando se encontrava regido pela Constituição de 1937, à época do Estado Novo, onde prevalecia uma forte intervenção estatal. Havia um sentimento nacionalista exacerbado, remanescente da 1ª Guerra Mundial, da qual advieram os efeitos negativos do liberalismo puro, levando ao entendimento de que o Estado poderia direcionar a economia para evitar os malefícios causados em função do exercício livre do poder econômico privado. Nesse contexto, após a perfuração do primeiro poço de petróleo do Brasil, em 1938, em Lobato, na Bahia, foi instituído o Conselho Nacional do Petróleo – CNP, em 1939, proveniente de um movimento nacionalista, em oposição aos interesses privados, com a finalidade precípua de estabelecer preços máximos e mínimos de venda dos produtos refinados (importados ou produzidos no país), visando à uniformidade de preços no território nacional. Ressalte-se que nessa Era Vargas, a indústria petrolífera nacional era pouco desenvolvida, em função da prioridade que se dava à produção de aço. Além disso, as refinarias eram incapazes de suprir o mercado interno, gerando uma grande proliferação de produtos importados. É somente em 1943 (final do primeiro governo de Vargas) que ocorre o primeiro momento de liberalização do petróleo, quando se visou ao desenvolvimento das atividades na indústria do petróleo, através da publicação de editais para concessões de instalação de refinarias no Rio de Janeiro e em São Paulo.

Entendido isso, passemos para as inovações constitucionais de 1946. Essa Constituição possibilitou que as autorizações ou as concessões de exploração fossem dadas a brasileiros ou sociedades organizadas no país, eliminando, assim, a exigência de que tais sociedades fossem constituídas por brasileiros. Diante dessa conjuntura, foi criado o Estatuto do Petróleo, pelo CNP, para regulamentar o disposto na CF/46. Em reação a esse estatuto, nasce a campanha nacionalista “O petróleo é nosso”. A partir daí, o país mergulha numa onda de embates entre movimentos de liberalização e nacionalista, até 1951, quando Getúlio Vargas retorna ao governo, fazendo ecoar alto a voz dos nacionalistas, a qual se sobressai, e, posteriormente, inicia-se o projeto de criação de uma empresa petrolífera de controle estatal.

Resta caracterizado, assim, o segundo momento de liberalização do petróleo, que ocorreu após a 2ª Guerra Mundial, onde os governos passaram a criar empresas estatais para impulsionar a exploração e produção de petróleo, bem como garantir a Segurança Nacional.

Assim, a PETROBRAS surgiu em 1953, através da supramencionada Lei nº 2.004/53 (revogada pela Lei nº 9.478/97), sob a forma de Sociedade de Economia Mista, como solução para a falta de capitais para a exploração e produção do petróleo nacional. Ela passou a exercer o monopólio sobre a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural, refinação de petróleo, transporte marítimo de petróleo bruto nacional e seus derivados e transporte por condutos de gás natural, petróleo e seus derivados. Sofreu exceção ao monopólio somente a distribuição. Cabia ao CNP o controle e a fiscalização do monopólio exercido pela PETROBRAS.

Sobreveio, então, a Constituição de 1967, a qual trouxe a inovação de constitucionalizar o monopólio estatal sobre a pesquisa e a lavra de petróleo, enquanto as demais atividades descritas na Lei nº 2.004/53 continuaram a ser previstas nesse texto legal.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 representou um rompimento com os textos constitucionais anteriores, à medida em que limitou a intervenção direta do Estado no domínio econômico por via da previsão da livre iniciativa. A intervenção direta só é admissível quando necessária aos imperativos da Segurança Nacional ou quando houver relevante interesse coletivo (art. 173 da CF/88), o que representou um nítido preparo institucional para a desestatização, a qual foi um movimento mundial de abertura de mercado.

O art. 174 da CF/88 conferiu ao Estado o caráter de agente normativo e regulador da atividade econômica.

A consequência, para o Brasil, da desestatização, foi a modificação do texto constitucional através de várias emendas publicadas a partir de agosto de 1995, emendas significativas para uma política econômica favorável à participação do capital estrangeiro nas atividades econômicas nacionais e à atuação de empresas privadas em atividades até então submetidas ao monopólio estatal. Dentre elas, a de crucial importância para o nosso estudo é a EC nº 09/1995, que alterou o §1º do art. 177 da

CF/88 para conferir à União a alternativa de contratar tanto com empresas estatais quanto com empresas de capital eminentemente privado a realização das atividades de exploração, produção, refinação, exportação, importação e o transporte referentes à indústria do petróleo.

Essa emenda, portanto, flexibilizou o monopólio estatal exercido sobre as jazidas de petróleo e gás natural para outorgar o direito às empresas privadas de participar das atividades supracitadas. Notadamente quanto às atividades de exploração e produção, o instrumental jurídico que veio socorrer essa nova conjuntura foi, justamente, o contrato de concessão, mencionado no texto constitucional como o meio para a celebração dos vínculos contratuais entre o Estado e a empresa exploradora.

4. CONTRATO DE CONCESSÃO: O MODELO REGULATÓRIO PÓS-FLEXIBILIZAÇÃO

Na seara jurídica pós-flexibilização do monopólio estatal sobre as atividades relacionadas com petróleo e gás natural no Brasil, surgem, como novo aporte jurídico a ser discutido, os já referidos contratos de concessão petrolíferos.

Conforme nos explica Lydiá Maria C. de Castro (2004, p. 15) a existência desse modelo contratual é justificada tendo em vista o fato de que para que haja a exploração, desenvolvimento e produção (*upstream*) de petróleo faz-se necessário que a União, proprietária do bem público em apreço e de todos os direitos de exploração e produção de petróleo e gás natural encontrados em território nacional, conceda uma outorga para que haja a exploração privativa desse bem público, que se materializa sob a insígnia de contratos de concessão. Nada mais oportuno, então, que se construa a definição acerca deste instituto.

A contratação via concessão na indústria do petróleo e gás pode ser definida como aquela em que o Estado, na qualidade de titular das jazidas petrolíferas, representado por uma agência reguladora, no caso, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, concede a uma empresa (ou mais), nacional ou estrangeira, o direito de exercício da exploração e da lavra de petróleo, por sua conta e risco, sendo de sua propriedade o óleo e o gás extraídos da reserva, podendo a mesma

dispor livremente dos referidos recursos minerais, desde que o faça com observância às regras do contrato.

O elemento diferenciador entre o contrato de concessão e os demais contratos reflete-se na questão da titularidade do óleo extraído da reserva. Se antes esse óleo, extraído pela PETROBRAS, pertencia tão somente a União, com o contrato de concessão, sua titularidade será não mais diretamente do Estado, mas da própria concessionária. Por este modelo contratual, as empresas concessionárias são também as titulares dos equipamentos e ativos e possuem controle sobre as operações.

Em compensação, pela outorga do direito de explorar e produzir o hidrocarboneto, a empresa concessionária paga ao Estado tributos e participações governamentais (sendo o *royaltie*, o mais difundido e conhecido) como forma de indenização pelos reflexos negativos causados pela exploração e produção desses recursos naturais não renováveis.

Ademais, pelo relevante caráter estratégico do petróleo, surge uma obrigação específica para as concessionárias, qual seja, a de destinar uma determinada parcela da produção ao abastecimento do mercado interno do país produtor.

Importante frisar que no regime de concessão existem duas fases distintas, que possuem especificidades tanto quanto ao aspecto temporal, como quanto ao aspecto obrigacional: a fase de exploração e a fase de produção.

Conforme explicitado no Relatório I do BNDES sobre os regimes jurídico-regulatórios e contratuais de E&P de petróleo e gás natural (2009, ps. 28-29), quanto ao aspecto temporal, a fase de exploração é sempre mais curta, como forma de garantir e encorajar as atividades de exploração rápidas e eficientes. A fase de produção, contudo, é mais longa, visando à máxima extração de petróleo e outros hidrocarbonetos existentes na área da concessão. De modo geral, contando com a fase de exploração, que pode durar de 6 a 10 anos, a depender da localização das áreas (*onshore* e *offshore*) e, portanto, do nível de investimento necessário para a descoberta e avaliação das jazidas, o contrato de concessão tem uma duração média de 30 a 40 anos.

Quanto ao aspecto obrigacional, há o Programa de Trabalho e Investimentos Mínimos ou Obrigatórios, na fase de exploração, e o Plano de Desenvolvimento e os Programas de Produção, na fase de produção. O objetivo do Programa de Trabalho e

Investimentos Mínimos é a realização de sísmica na área de concessão e perfuração de poços, a fim de alcançar a descoberta de hidrocarbonetos e comprovar sua comercialidade. Se for aprovada a comercialidade da área explorada, a concessionária elabora o Plano de Desenvolvimento com a finalidade de estimar o número das reservas recuperáveis, o perfil da produção, os prazos das atividades, bem como o planejamento de atividades, incluindo o *design*, construção e instalação de equipamentos e máquinas. O Programa de Produção é submetido, periodicamente, à aprovação do Estado produtor e vai detalhar o ritmo e o nível da produção pela concessionária até o final do prazo contratual.

Finalmente, é de bom alvitre ressaltar que em qualquer regime jurídico-regulatório, existem dois métodos para a escolha da concessionária: a negociação direta e a licitação.

Na negociação direta, o Estado utiliza-se de seu poder discricionário para negociar e contratar diretamente com uma empresa concessionária, sem que haja a exigibilidade de apresentação por concessionárias competidoras. Através da licitação, as companhias competidoras devem preencher certos requisitos técnicos, financeiros e jurídicos, sendo que cada Estado opta pela oferta seguindo critérios variáveis. Dentre essas variações de critério, podem-se distinguir dois processos básicos: a escolha da oferta com maior bônus de assinatura e a utilização de critérios específicos para cada licitação, não sendo escolhida necessariamente a oferta com maior bônus.

5. O NOVO MARCO REGULATÓRIO DO PRÉ-SAL: BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONTRATO DE PARTILHA DE PRODUÇÃO

Ditas estas linhas gerais acerca do contrato de concessão, importa-nos esclarecer que o contrato de concessão é um dos três tipos de instrumentos jurídicos mais usados na indústria do petróleo do mundo, sendo os outros, o de partilha de produção e o de serviço.

Não obstante a sua importância, e até mesmo o seu caráter histórico, com a descoberta, em 2007, de uma nova e extraordinária província petrolífera no Brasil, com imensos volumes recuperáveis e risco exploratório baixo, situados na camada do Pré-Sal, que se estende do litoral do Espírito Santo ao de Santa Catarina, iniciou-se no país

um intenso debate acerca da elaboração de um novo modelo de regulação para preservar uma parte maior desta riqueza para o país, envolvendo mudanças na atual Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/97).

Nesse cenário, foi então instituída em 2008, pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, uma Comissão Interministerial com o objetivo específico de estudar e propor alterações necessárias na legislação relativa à exploração e à produção de petróleo e gás natural na nova província.

Ao final de agosto de 2009, a Comissão Interministerial concluiu sua incumbência, com a entrega, ao Presidente, da proposta de um novo marco regulatório para o setor petrolífero naquela nova província, encaminhada à apreciação do Congresso Nacional, na forma de quatro projetos de lei, quais sejam, os projetos de lei nºs 5.938/09, 5.939/09, 5.940/09 e 5.941/09.

Os projetos de lei definem, respectivamente, o sistema de partilha de produção para a exploração e a produção nas áreas ainda não licitadas do Pré-Sal e para as áreas que venham a ser consideradas estratégicas pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE); a criação de uma nova estatal (Pré-Sal Petróleo S/A); a formação de um Fundo Social; e a cessão onerosa à PETROBRAS do direito de exercer atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural em determinadas áreas do Pré-Sal, até o limite de 5 bilhões de barris, além de uma capitalização da Companhia.

Se a proposta do governo for aprovada, o país passará a ter três sistemas para as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural: concessão, partilha de produção e cessão onerosa.

Releva esclarecer, ainda que de maneira perfunctória, como funcionará o sistema de partilha de produção.

O *contrato de partilha de produção* inverteu a lógica da propriedade do hidrocarboneto explorado, antes de titularidade da empresa contratada, passando-a para a União. Assim, o Estado não mais seria remunerado por meio de *royalties* e tributos pelo direito outorgado às contratadas pela exploração exclusiva desta riqueza mineral, mas, ao contrário, o hidrocarboneto extraído passaria a ser de propriedade da União, parte do mesmo sendo entregue à empresa como remuneração por suas atividades e pelo risco da exploração e produção.

Por meio dos contratos de partilha de produção, a União contribui primordialmente com a área territorial a ser explorada, “outorgando à contratada o direito exclusivo de conduzir atividades de exploração e produção sem, no entanto, acarretar qualquer forma de arrendamento ou transferência de propriedade” (Relatório I – BNDES, 2009, p. 231).

A empresa contratada, então, explora a área sob suas expensas e risco e recebe parte dos hidrocarbonetos produzidos como compensação pelo risco. Assim, caso hidrocarbonetos não sejam encontrados ou as reservas não sejam comercializáveis, o contrato termina sem qualquer direito à empresa de recuperar seus custos.

A contrapartida para a empresa ocorre unicamente em caso de sucesso das operações, através do recebimento de uma porcentagem fixa da produção de petróleo e gás natural, denominada *custo em óleo* ou *óleo-custo (cost oil)*. “O custo em óleo se destina à cobertura dos custos e dos investimentos realizados na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações” (Cartilha Pré-Sal – MME, 2009, p. 14).

O petróleo remanescente, denominado *excedente em óleo* ou *óleo-lucro (profit oil)*, corresponde à parcela da produção de petróleo e gás natural que será partilhada entre a União e a empresa contratada, segundo critérios definidos no contrato de partilha de produção, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo da exploração e produção.

Será elemento essencial para a preservação do interesse público que a União obtenha a maior participação possível na produção resultante do contrato de partilha, sendo este o critério essencial para a definição da proposta mais vantajosa quando tal contratação for resultante de licitação pública, sempre sob a forma de leilão. Assim, será considerada vencedora a proposta que oferecer o maior excedente em óleo para a União, observado o percentual mínimo estabelecido por proposta do Conselho Nacional de Política Energética - CNPE.

Importante frisar que, por determinação do art. 20, do projeto de lei nº 5.938/09, o licitante vencedor deverá constituir consórcio com a empresa pública ainda a ser criada (Pré-Sal Petróleo S/A) e também com a PETROBRAS, estando esta última obrigada a repassar para o governo o mesmo percentual da oferta vencedora na

licitação, na proporção de sua participação. Tal participação no consórcio deverá ser de, no mínimo, trinta por cento. A PETROBRAS, neste caso, ainda assumirá parte do risco do projeto.

Caso seja a PETROBRAS a vencedora isolada da licitação, estará obrigada tão somente a formar consórcio com a empresa estatal a ser criada (Pré-Sal Petróleo S/A).

Ainda segundo o projeto de lei nº 5.938/09, a União poderá celebrar os contratos diretamente com a Petrobrás, dispensando-se a licitação. Nesta situação, o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE indicará o percentual do óleo-lucro que caberá à União.

Além do mais, a PETROBRAS, com a nova regulação para as atividades de exploração e produção das reservas petrolíferas do pré-sal, ganha um papel de operadora única de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção. Conceituando, a PETROBRAS será a responsável “pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção” (art. 2º, VI, PL nº 5.938/09).

Observe-se, ademais, que, em resposta aos contratos de concessão antigos, que não possuíam quaisquer obrigações, parâmetros ou prazos para realização das atividades, os contratos de partilha de produção geralmente incluem programas previamente estabelecidos de exploração e de produção que devem ser cumpridos pela contratada.

Assim, o prazo de vigência dos contratos de partilha estará limitado a trinta e cinco anos, devendo o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE estabelecer a duração da fase de exploração, de acordo com o programa exploratório mínimo de cada área.

Saliente-se, outrossim, que, os custos e os investimentos necessários à execução do contrato de partilha de produção serão integralmente assumidos pela empresa contratada, incluídos os relacionados à aquisição, locação e ao arrendamento de equipamentos e bens. Ao final do contrato haverá a reversão de equipamentos e bens em favor da União, nas condições previamente estabelecidas no contrato. No que toca aos bens que não sejam objeto de reversão, deverá a contratada fazer a sua remoção.

Apesar de no regime de partilha de produção a propriedade dos hidrocarbonetos não ser transferida às empresas contratadas, têm elas o direito de contabilizar as reservas em suas demonstrações financeiras.

6. NOVO MODELO: RETORNO DO MONOPÓLIO ESTATAL NA INDÚSTRIA PETROLÍFERA?

Conforme já se deixou antever, a característica marcante do contrato de partilha de produção se expressa na propriedade dos hidrocarbonetos produzidos que, diferentemente do que ocorre no regime de concessão, pertencem à União e não à empresa contratada.

Com efeito, no regime de partilha, o país transfere à empresa contratada tão somente o direito exclusivo de conduzir as atividades de exploração e produção dos minerais do subsolo, sem, no entanto, transferir-lhe quaisquer direitos de propriedade sobre o subsolo. Os hidrocarbonetos produzidos permanecem, portanto, de propriedade da União que contrata a empresa para efetuar a exploração de hidrocarbonetos sob seu próprio risco.

Repise-se, no caso de viabilidade comercial de descoberta feita pela empresa contratada, a União, como proprietária dos hidrocarbonetos produzidos pela contratada, deverá ressarcir-la pelos seus custos na exploração das reservas e partilhar entre a própria União e a contratada o petróleo restante, conforme proporções previamente acordadas no instrumento contratual.

Outra característica dos contratos de partilha de produção é a maior participação e controle do Estado nas atividades de exploração e produção de hidrocarbonetos. O Estado passou, nesses contratos, a ter voz ativa na administração e na negociação das atividades petrolíferas, assumindo, assim, maior controle e fiscalização sobre estas atividades. Impende destacar a atuação da PETROBRAS como operadora de todos os blocos do pré-sal, cabendo-lhe, no mínimo, 30% (trinta por cento) daqueles em que não tiver exclusividade.

Ante essas características do novo modelo a ser implantado no setor do petróleo e gás no Brasil, há que se questionar se estamos vivenciando a volta da reestatização, da monopolização do Estado no setor petrolífero.

Para se chegar a uma conclusão coerente, impende inicialmente sejam feitas algumas considerações acerca do monopólio estatal, partindo de sua conceituação.

Consoante leciona Pinto Ferreira, citado por Alfredo Ruy Barbosa (2005, p. 23), “o monopólio estatal é a deliberada subtração de certas atividades das mãos do particular, a fim de colocá-las sob o controle da nação por motivo de interesse público”. Em outras palavras, José dos Santos Carvalho Filho (2001, p. 142) afirma ser o monopólio “o fato econômico que retrata a reserva, a uma pessoa específica, da exploração da atividade econômica”.

Com a nova redação que foi dada ao art. 177 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 9/95, não quis o legislador reformador retirar o monopólio da União sobre as atividades econômicas referidas nos incisos I a IV daquele dispositivo, apenas criou a alternativa de o monopólio estatal não mais ser exercido, com exclusividade, pela PETROBRAS, tal como ocorria no regime anterior. Assim, nos termos atuais do §1º do art. 177 da Constituição, “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”. Ou seja, a União pode optar: a) pela realização direta das atividades de pesquisa e lavra de petróleo e gás natural sob monopólio; ou b) pela contratação dessas atividades com empresas estatais ou privadas, sob regime de concorrência.

Observa-se, portanto, que, as atividades petrolíferas indicadas no referido dispositivo constitucional permanecem submetidas ao monopólio da União, ainda que seja atualmente possível a concessão, pelo Poder Público, de certos privilégios às empresas estatais ou privadas que preencham os requisitos previstos na Constituição e na Lei do Petróleo.

Carlos Ari Sundfeld (2000, p. 391) esclarece que “a nova redação do §1º do art. 177 da Constituição Federal (EC 9, de 1995) possibilitou o fim da exclusividade da exploração das atividades por empresa estatal federal. Mas não alterou o monopólio da União em relação às mesmas. Este persiste existindo”.

O que se verifica é a desvinculação do monopólio da tradicional intervenção direta do Estado no domínio econômico, com exclusividade no controle e no exercício dessas atividades, passando a caracterizá-lo como um *monopólio de escolha do Poder Público*, tal como o denomina Alexandre de Moraes (2003, p. 1868).

Assim, nos termos da referida Emenda, a União permanece como titular do monopólio federal e passa a deter, paralelamente, o direito de decidir, a seu critério exclusivo, quem deverá exercer as atividades indicadas no art. 177 da Constituição. Isso porque, repise-se, a EC nº 9/95 extinguiu o monopólio sobre o exercício dessas atividades, mas não sobre as próprias atividades.

Com o advento do novo marco regulatório para a camada pré-sal e para as áreas que venham a ser consideradas estratégicas pelo Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, que introduzirá o sistema de partilha de produção, com as características dantes consignadas, não há que se falar em reestatização. Eis o que iremos explicar.

Deve-se atentar, primeiramente, para a situação do cenário econômico do setor petrolífero à época em que foi criada a atual legislação do petróleo, em 1997. Sabe-se que o Brasil e, conseqüentemente, a PETROBRAS, se encontravam diante de um cenário propenso à instabilidade econômica e o preço do barril estava sempre em baixa. Além disso, os blocos exploratórios apresentavam alto risco, baixa rentabilidade, levando o Brasil a ser importador de petróleo. Dessa forma, o marco regulatório sob o regime de concessão somente foi criado para garantir um retorno àquelas empresas concessionárias que assumiriam o risco da exploração. Esse cenário em nada se assemelha com o que vivenciamos hodiernamente, uma vez que, com a descoberta do Pré-Sal, o Brasil se tornou autossuficiente na produção de petróleo, além de ter alcançado a estabilidade econômica. O risco exploratório é baixo e a produtividade é alta na área que compreende a camada Pré-Sal. Não há nada que justifique a manutenção do regime de concessão, portanto, diante da situação da indústria petrolífera brasileira.

Através do regime de partilha, o governo pretende realizar um controle mais assíduo da exploração dessa riqueza e fazer com que os recursos obtidos sejam revertidos de maneira mais igualitária para a sociedade brasileira, visando a alcançar a eficácia do dispositivo constitucional encartado no art. 3º, inc. III, o qual reza que é um

dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Esse modelo é o mais adequado ao contexto atual e ao desenvolvimento social, econômico e ambiental do país.

No início desse estudo mencionou-se às peculiaridades do petróleo para que ele se distinguísse dos demais bens ambientais. É forçoso lembrar, portanto, que o petróleo está diretamente relacionado à soberania de um país, em função de sua posição estratégica para o Estado produtor no cenário internacional, de sua importância econômica, de sua não renovabilidade e da degradação ambiental que gera no território explorado. O que se pretende com o regime de partilha é permitir que haja um maior controle na exploração do hidrocarboneto pelo Estado. Trata-se tão somente de conferir um maior protecionismo a esse recurso, para que ele seja utilizado, no nosso país, da melhor forma possível, sendo aproveitado todo o seu potencial. Não seria responsável seguir com o mesmo regime para regular uma área tão rica, tão promissora para a indústria interna, a qual, provavelmente, passará a exportar não óleo cru, mas produtos de maior valor agregado. O bloco Pré-Sal deve, sim, ser explorado em favor do desenvolvimento em massa do nosso país. É um recurso do solo brasileiro, é uma riqueza que nos pertence e é direito nosso fazer com que ele fique, ao máximo, dentro do nosso território, propiciando vantagens que há muito tempo são almejadas por cada cidadão brasileiro, como o destaque do Brasil no cenário geopolítico, o avanço da nossa indústria na exploração de produtos derivados do petróleo e a concretização dos valores ambientais, com a destinação do Fundo Social para a área de preservação e restauração ambiental. O que se verifica a partir do novo marco regulatório é apenas o maior controle pelo Estado das reservas petrolíferas recém descobertas e sua maior participação nos resultados, para melhor responder aos interesses nacionais. Além de garantir participação maior na renda de exploração e produção de petróleo, os contratos de partilha permitirão à União dispor de parte da produção para comercializá-la diretamente. Além disso, o novo arranjo permite ainda que o Estado assuma, plenamente, o seu papel de planejador, coordenador e maximizador dos resultados da exploração dessas reservas em benefício da sociedade brasileira, de forma inteiramente compatível com o previsto na Constituição Federal.

Está-se a falar, portanto, em protecionismo, e não em exclusividade da exploração e produção pela PETROBRAS. Tanto o modelo de partilha, quanto o de

concessão permite a participação de empresas privadas na exploração e na produção. Há que se questionar, todavia, se a atuação da PETROBRAS como única operadora dos blocos do pré-sal implicaria no restabelecimento de sua vetusta posição monopolista, em confronto a própria Emenda Constitucional nº 9/95.

Também diante desta situação, a resposta só pode ser negativa. O sistema de operador único significa que a PETROBRAS vai coordenar a exploração e contratar empresas para fazer atividades técnicas, como a instalação e a manutenção de equipamentos. O papel do operador é fazer a melhor proposição usando a melhor tecnologia possível, não tolher os investidores privados.

Assim, o que se denota é que a União, como titular das reservas de petróleo e gás natural, detém o monopólio de escolha sobre contratar ou não com empresas estatais ou privadas a exploração e produção destes hidrocarbonetos. No novel modelo regulatório – partilha de produção –, decidindo por contratar, poderá a União fazê-lo através de processo de licitação, em que qualquer empresa estatal ou privada poderá concorrer, ou diretamente com a PETROBRAS, dispensada a licitação.

Conclui-se, portanto, que a volta do monopólio estatal sobre a indústria petrolífera, a cargo exclusivamente da PETROBRAS, é mera falácia.

Consoante bem salientou o ex-deputado Delfim Neto (*apud* Haroldo Lima, 2008, p. 152) em entrevista para o Jornal do Comércio com edição de 16 de novembro 2007, “a crítica mais apressada e partidária enxergou a volta dos tempos do monopólio, o que é uma grande bobagem”.

7. CONCLUSÃO

É de fundamental importância a análise do contexto histórico – seja ele nacional ou internacional, envolvendo critérios sociais, econômicos ou políticos – que abarca cada episódio da indústria petrolífera do Brasil, para que se possa compreender as causas das alterações de seu funcionamento ao longo das décadas e, conseqüentemente, expressar uma opinião jurídica equânime com a realidade.

Em 1953 o Brasil sofria influência do exacerbado sentimento nacionalista característico da Era Vargas, advindo da 1ª Guerra Mundial, em que se buscava a

intervenção estatal máxima na indústria, tendo em vista os efeitos negativos causados pelo liberalismo puro. O mundo experimentava o período das estatizações, e com o Brasil não foi diferente, uma vez que instituiu uma empresa estatal que viria a ser o maior símbolo do monopólio exercido nas atividades relacionadas à indústria petrolífera: a PETROBRAS. Foram 42 anos de monopólio, o qual fora, não quebrado, mas flexibilizado, em 1995, através da promulgação da EC nº 09/95 à Constituição de 1988. O período seguinte à Emenda foi marcado pela abertura de mercado, onde se passou a ensaiar uma desestatização e a criar a figura do Estado Regulador. O Estado passou a intervir indiretamente na economia. Na indústria do petróleo, lhe cabia optar por explorar diretamente o hidrocarboneto, através da PETROBRAS, ou outorgar esse direito de exploração às empresas privadas que fossem selecionadas num certame licitatório por meio da contratação via concessão.

Mas, qual era a situação da indústria petrolífera interna à época da instituição dos contratos de concessão? Será que esse contexto tem alguma relação com o que vivenciamos atualmente após a descoberta da camada Pré-Sal? Será que o modelo de concessão é o adequado para reger as relações estabelecidas no Pré-Sal? Manter um regime incompatível com nossa realidade não seria estagnar a economia? É viável que o Brasil feche os olhos para a riqueza existente no seu subsolo e perca a oportunidade de crescer e se desenvolver através do incentivo a uma indústria milionária? Posto que não, e todas essas perguntas já foram, diretamente, respondidas no corpo desse estudo.

O Pré-Sal é uma oportunidade única e surgiu num momento propício para o desenvolvimento, visto que o Brasil já amadureceu sua matriz industrial e, certamente, não correrá o risco de se ater ao petróleo como única fonte rentável, caminhando para a desindustrialização. Diante de tal riqueza, não pode o Brasil permanecer com um regime que, em regra, somente trazia vantagens para as concessionárias. Os tempos são outros, há que se prezar pela abundância recém-descoberta do nosso subsolo, e isso não implica, de forma alguma, retorno ao monopólio, mas tão somente protecionismo.

Deve-se atentar, principalmente, para o fato de que as companhias privadas não estão impedidas de participar do certame licitatório e, em sendo vencedoras, explorar o bloco Pré-Sal, diferentemente do que acontecia à época do monopólio absoluto da Petrobrás. Contudo, hodiernamente, o Estado deve ter um maior controle dessa exploração, uma vez que se visa alavancar o desenvolvimento do país, através do fim

das desigualdades regionais, dos maiores investimentos em educação e proteção ambiental. Isso é interesse público.

A EC nº 09/95 não pode estar sendo ferida, pois nem ela mesma pôs fim ao monopólio, mas tratou somente de flexibilizá-lo a fim de desenvolver a indústria petrolífera nacional que era tão inexpressiva. Não é esse o contexto vivenciado atualmente pelo Brasil.

8. REFERÊNCIAS

BARBOSA, Alfredo Ruy. *A Natureza Jurídica da Concessão para Exploração de Petróleo e Gás Natural*. In: Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BNDES. *Regimes Jurídico-regulatórios e Contratuais de E&P de Petróleo e Gás Natural*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Apoio_a_estudos_e_pesquisas/chamada_presal.html> Acesso em: 15 jul. 2010.

BORGES, Ilia Freire Fernandes Borges. *O poder normativo da Agência Nacional do Petróleo*. 2004. Monografia – UFRN, Natal, 2004.

BUCHÉB, José Alberto. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Lydia Maria Cruz de. *Contratos de concessão: uma análise jurídica na indústria do petróleo e gás do Brasil*. Monografia em Direito do Petróleo e Gás - UFRN, Natal, 2004.

COSTA, Maria D'Assunção. *Comentário à Lei do Petróleo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA, Antônio Luís de Miranda. *A Desmonopolização do Mercado*. In: Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LIMA, Haroldo. *Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual*. Rio de Janeiro: Synergia, 2008.

MARTINS, Daniela Couto. *A Regulação da Indústria do Petróleo: segundo o modelo constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MME. *Cartilha Pré-sal*. Disponível em
<http://www.mme.gov.br/mme/menu/pre_sal.html> Acesso em: 20 jul. 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Regime Jurídico do Setor Petrolífero*. In: Direito Administrativo Econômico, obra coletiva coordenada por Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000.