

# UMA ANÁLISE CRÍTICA DO MARCO REGULATÓRIO DAS NOVAS FRONTEIRAS PETROLÍFERAS: PRÉ-SAL

## A CRITICAL ANALYSIS OF REGULATORY FRAMEWORK OF OIL NEW FRONTIERS:PRE-SALT

Grazielly dos Anjos Fontes<sup>1</sup>

### RESUMO

O cenário petrolífero brasileiro atual é composto por reservas petrolíferas que compreendem as bacias sedimentares e o denominado pré-sal, esse último ganha destaque pela perspectiva criada no mercado econômico e setor social. A indústria de exploração do petróleo no Brasil passou por várias etapas durante o processo histórico econômico, político e social. Todavia, suas significativas mudanças ocorreram nos últimos quinze anos, através da abertura do mercado decorrente da flexibilização do monopólio estatal sobre as jazidas de petróleo e seus derivados. Surge um fato novo, o qual não foi previsto pelo legislador à época, a descoberta do pré-sal. Realidade de baixíssimo risco exploratório, não compatível com a estrutura regulatória vigente à época. Vários foram os fundamentos para traçar o novo marco regulatório, dentre eles a tendência do aumento do preço do Barril de petróleo e a segurança nacional diante do cenário internacional. O Marco regulatório do pré-sal perpassa pelas Leis: Lei 12.351/2010, a Lei. 12.276/2010, e a Lei 12.304/2010, que visam garantir maior controle soberano sobre os recursos energéticos e aumentar a arrecadação. Todavia, tratam-se de legislações que merecem um olhar crítico dado algumas violações legais e possibilidade da arrecadação não ser compatível com o proveito a ser obtido, desta forma requer a identificação dos desafios jurídicos no marco regulatório vigente.

**PALAVRA CHAVES:** Direito; Regulação Estatal; Petróleo e Gás

### ABSTRACT

The current Brazilian oil scenario is composed of sedimentary basins and the pre-salt layer, the latter is in greater evidence by the perspectives created for the progress of the economy and the social aspects. The oil industry in Brazil has gone through several stages during the historical, economical, political and social processes. However, its most significant changes occurred in the last fifteen years, through the opening of the market resulting from the flexibilization of the state monopoly on petroleum and its subproducts. There is a new fact, which was not foreseen by the legislatures at the time, the discovery of pre-salt . Reality of very low exploration risks, not compatible with the regulatory framework existent at the time. There are several reasons for the redefiniton of the regulatory framework, including the perspective of price increase for the barrel and the national security facing the international scenario. The Regulatory framework of the pre -salt permeates the following Laws: the Laws 12.351/2010 , 12.276/2010 , and 12.304/2010, intended to ensure greater sovereignty over energy resources and increasing taxation. However, these are laws that need further critical analysis due to violations and the possibility of having a taxation not compatible with the revenue, so it requires the identification of the regulatory framework by identifying legal challenges.

**KEY WORDS:** Law; Estatale Regulation; Oil and Gas.

---

<sup>1</sup> Graduada pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UFRN. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## 1. INTRODUÇÃO

O cenário petrolífero brasileiro atual é composto pelas áreas petrolíferas que compreendem as bacias sedimentares e o denominado pré-sal, esse último ganhou destaque pela perspectiva criada no mercado econômico e setor social.

A indústria do petróleo no Brasil passou por várias etapas durante o processo histórico econômico, político e social. Todavia, suas significativas mudanças ocorreram nos últimos quinze anos, através da abertura do mercado decorrente da flexibilização do monopólio estatal sobre as jazidas de petróleo e seus derivados.

Data-se precisamente essa mudança a partir da constituição de 1988 com Estado Democrático Direito, que trouxe à tona a valorização dos direitos fundamentais, inovando, excepcionalmente, no momento em que ampliou e reconheceu uma gama de direitos humanos fundamentais.

Percebe-se que a constitucionalização dos princípios da Ordem Econômica, desde a Constituição de 1934, criou os chamados direitos econômicos constitucionais, o que se perpetuou nas demais constituições.

Assim, a Constituição Federal de 1988 fundamentou a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna de acordo com a justiça social.

O art. 1º da Carta Magna dispõe como um dos princípios fundamentais “os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa”. No art. 3º incluiu como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “a garantia do desenvolvimento nacional e erradicação da pobreza, reduzindo as desigualdade sociais e regionais”.

Tais princípios são normas programáticas e cabe ao Estado intervir nas ações para o alcance de suas finalidades. Nesse sentido deve o governo permitir políticas econômicas que atendam à finalidade pública e o bem comum da sociedade. Tais políticas refletem no incentivo de investimentos na iniciativa privada, podendo inclusive delegar atividades que devem ser prestadas pelo Estado, passando este a regulamentar e fiscalizar.

Nesse sentido a edição da emenda constitucional nº 9, alterando o parágrafo 1º, do art. 177 da Constituição Federal, caracterizou o fim de uma rigidez quanto ao monopólio que o Estado brasileiro mantinha em relação à pesquisa e exploração de petróleo e gás. A emenda Constitucional nº 9 não rompeu com o monopólio, mas o flexibilizou, a partir do momento em que abriu espaço para que as empresas privadas explorassem e produzissem o petróleo e gás.

A ordem econômica, portanto, proporcionou a idéia contida na emenda visto que seu conteúdo são medidas adotadas pelo poder público a fim de organizar as relações econômicas, permitindo-se alcançar a justiça social. É o Estado agente de implementações de políticas públicas, cumpridor dos objetivos e princípios constitucionais.

A abertura da exploração de petróleo e gás para as empresas privadas foi pautada sob o argumento de atração de investimentos à indústria do petróleo e seus derivados, tendo em vista que à época o país não possuía recursos financeiros e tecnológico suficientes para sozinho explorar o ramo, principalmente por ser o petróleo motivo de muitas disputas internacionais, o que acabava diretamente intervindo na economia interna dos países.

A Lei 9.748/97 tratou de regulamentar o parágrafo primeiro do art. 177 ensejando mudanças na economia brasileira com relação ao mercado petrolífero. Percebe-se que foi traçado uma regulamentação voltada para atrair investimentos e investidores, de forma que a busca por petróleo, ou seja, a exploração de campos fosse estimulada, o que de fato aconteceu e logrou êxito.

Com base na estrutura geológica e tecnologia desenvolvida no país, foi que se adotou, através da Lei 9.748/97, o modelo de contrato de concessão para exploração de petróleo e gás.

A regulação da cadeia produtiva pela ANP trouxe um grande aumento na participação do Estado brasileiro na renda do petróleo e gás, gerando receitas para investimentos em infra-estrutura e em desenvolvimento social. De 1998 a 2007, as participações governamentais do setor (royalties, participação especial, bônus de assinatura e pagamento por retenção de área) que juntas somaram mais de R\$ 82 bilhões, segundo Agência Nacional do Petróleo.

Antes do atual modelo de mercado, a arrecadação de royalties sobre a produção de petróleo era extremamente modesta: R\$ 190 milhões em 1996. Só em 2007, com base nos cálculos fornecidos pela ANP, a Secretaria do Tesouro Nacional – STN, repassou cerca de R\$ 14 bilhões em royalties e participações especiais à União, a estados e municípios. Esses recursos têm contribuído para transformar o panorama econômico e social de muitas cidades em todo o País.

Assim, percebe-se o êxito oriundo da abertura ao mercado privado a exploração e produção de petróleo e derivados no Brasil.

Entretanto, surgiu um fato novo, o qual não foi previsto pelo legislador à época, qual seja, a descoberta de reservas gigantescas de petróleo na camada pré-sal.

A realidade do pré-sal, de baixíssimo risco exploratório, não era compatível com a estrutura regulatória em vigor, já que foi voltada para as províncias petrolíferas de altíssimo risco exploratório.

Vários foram os fundamentos para traçar o novo marco regulatório, dentre eles a tendência é o aumento do preço do Barril de petróleo, em virtude de bem com tempo definido, além de ser uma segurança nacional diante do cenário internacional de petróleo.

O Marco regulatório do pré-sal perpassa pelas Leis 12.351/2010, que define o regime jurídico através do modelo de contrato de produção e partilha, a Lei. 12.276/2010, que trata da cessão onerosa à Petrobras e a Lei. 12.304/2010 que cria a denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA).

Trata-se, portanto, de uma riqueza, que pertence ao Estado Brasileiro, e conseqüentemente ao povo brasileiro, que precisam superar muitos desafios tecnológicos, econômicos e também jurídico, dado a necessidade de segurança jurídica do setor.

## **2. CONTEXTUALIZANDO O NOVO MARCO REGULATÓRIO**

Em meados da década de noventa o Brasil foi marcado pela abertura comercial e financeira dos mercados, decorrente das privatizações. O Estado adequava sua função de incentivador do desenvolvimento de atividades econômicas, antes explorada apenas pelo Estado, passando a regular esses mercados.

A flexibilização do monopólio do petróleo e gás permitiu avanços, vez que a estrutura geológica brasileira até então, era marcada por um alto risco exploratório, o que tornava o crescimento da atividade inviável sob o comando do Estado.

A constatação dos avanços é a evolução de reservas petrolíferas no Brasil, segundo os dados da ANP as reservas provadas nacionais de petróleo saltaram de 7,1 bilhões de barris em 1997 para 12,6 bilhões de barris em 2007, um crescimento de 78%, enquanto as de gás natural passaram de 227,7 bilhões de m<sup>3</sup> para 365,0 bilhões de m<sup>3</sup> no mesmo período. Ao longo dos anos o Brasil diminuiu a dependência externa de importação de petróleo e derivados, sendo decretado em 2006 a auto-suficiência do Brasil em petróleo.

Ocorre que até meados de 2007 não se conhecia outra forma geológica no Brasil, a não ser as bacias sedimentares, que contabilizavam, no território nacional, a existência de mais de cem delas (ZAMITH, 2001)

No final do ano de 2007 foi descoberta no Brasil, através de informações prestadas pela Petrobras S/A, uma área de prospecção conhecida como Tupi, localizada a 180

quilômetros da costa, perto da Bacia de Santos, no litoral Paulista. Tratava-se de uma nova estrutura geológica de reservatório de petróleo, que se encontrava localizada abaixo de uma espessa camada de sal, com grandes chances de rentabilidade na sua exploração, bem como na declaração de comercialização do óleo petrolífero.

A estrutura identificada jamais havia sido visualizada, nem percebida, no território nacional, pelos geólogos, encontrava-se abaixo da lâmina de água e, ainda, e como já informamos de uma camada de sal.

O desconhecimento desse cenário permitiu que blocos com conteúdo do pré-sal fossem licitados, antes da descoberta. As províncias do pré-sal tem 149 mil km<sup>2</sup> destes, 41.772 km<sup>2</sup> (28% do total) já foram cedidos, o que enseja direito adquirido a forma de contratação vigente, qual seja, concessão. Portanto o novo marco regulatório valerá para os 107.228 km<sup>2</sup> (72%) ainda não licitados, segundo a Petrobras.

A área delimitada inicialmente possui cerca de 800 quilômetros de extensão e até 200 quilômetros de largura, em lâmina d'água entre 1,5 mil e 3 mil metros de profundidade, segundo a Resolução nº 6 de 8 de novembro de 2007.

A nova fronteira considerada a descoberta mais extraordinária dos últimos anos no setor petrolífero elevou o Brasil a um novo patamar entre as grandes empresas produtoras e exportadoras de petróleo e gás.

Importa dizer que a exploração de um campo de petróleo, incluindo as áreas licitadas que faziam parte do pré-sal, obedece a legislação Federal 9.478/97, bem como o Decreto 2.455/98, o Decreto 2.705/98, além das Resoluções e Portarias, ressalva-se, no entanto, que a legislação existente está voltada para a regulamentação de uma estrutura geológica de altíssimo risco exploratório, e para a estimulação do mercado à exploração e conseqüentemente produção do petróleo.

A história do marco regulatório da atividade petrolífera, transpassa pelo o monopólio do petróleo e gás, sua flexibilização nos anos noventa com abertura do mercado aos investidores estrangeiros e a privatizações de alguns setores; e atualmente a nova era do petróleo com o descobrimento do pré-sal, cumulado com o sentimento de nacionalização desse setor encontrado em vários países, que pretendem deter o controle de seus bens.

O novo cenário petrolífero exigiu mudanças do marco regulatório para a exploração da atividade. Interessante lembrar que, inicialmente, diante daquela descoberta dois posicionamentos contrários se manifestaram a cerca da necessidade de mudança do marco ou não, segundo Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis (IBP). Para os que eram a favor de uma nova legislação, a manutenção do atual modelo ensejaria um desequilíbrio

econômico-financeiro, bem com um atentado à Soberania Nacional, posto que o produto, em questão, é o foco do mercado internacional, não podendo ser explorado e produzido nos moldes da legislação vigente. Para os que defendiam a manutenção do modelo atual, a reforma constitucional no sentido de fechar o mercado brasileiro, monopolizando o petróleo e derivados, seria um rompimento de todo um trabalho realizado após a emenda constitucional nº9, que logrou êxito com a atração de investimentos, inclusive contribuindo para a auto-suficiência de petróleo em 2006.

As legislações, oriundas dos debates e discussões ao longo dos anos de 2008 e 2009 desencadearam na estabelecimento do modelo de contrato de exploração denominado contrato de produção e partilha, criação da Empresa Estatal e estabelecimento de um contrato de cessão onerosa.

O pré-sal, passa a seguir o novo modelo regulatório, Lei 12.351/2010 e a Lei 12.276/2010.

A exploração do petróleo e gás do pré-sal é a oportunidade do Brasil avançar quanto a aplicação de políticas de desenvolvimento econômico e de redução das desigualdades regionais e sociais. A vultuosa quantia originada dessas províncias implica necessariamente em desenvolvimento nacional, por isso foi necessário a adequação da legislação para o novo cenário.

### **3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO MARCO REGULATÓRIO DO PRÉ-SAL**

O marco regulatório do pré-sal, conforme já exposto é composto por três legislações que trazem alternativas diferentes para exploração e comercialização da reserva petrolífera.

A primeira lei aprovada pelo Congresso Nacional foi a 12.276 de 30 de junho de 2010, que autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. A mencionada lei dispensa licitação para fins de pesquisa e lavra recursos petrolíferos, isso significa que a União cede a possibilidade de conseguir informações prévias através de pesquisa, bem como de extrair o recurso energético. Verifica-se que a empresa Petrobras S/A passa a ter a titularidade do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos produzidos. Sendo essa exploração limitada a extração de até 5.000.000.000 (cinco bilhões) de barris equivalentes de petróleo, conforme definição de contrato. Define ainda a lei

que o pagamento devido pela Petrobras deverá ser efetivado prioritariamente em títulos da dívida pública mobiliária federal, precificados a valor de mercado.

A mencionada cessão onerosa aconteceu ainda em 2010. Tem-se que o valor inicialmente contratado foi de R\$ 74.807.616.407,00. A Petrobras pagou à União em títulos da dívida pública mobiliária federal ou em Reais através da capitalização da Petrobras com abertura de suas ações. Verifica-se que a União acabou adquirindo as ações com base nos títulos públicos lastreados, conforme legislação, permitindo a diluição da participação acionária de acionistas minoritários da empresa, notadamente as pessoas físicas, o que possibilitou o aumento da participação da União. Nesse sentido, a União passou de 39,8 % para 48,3% do capital total, não chegando nem a representar 50% do capital, o que permanece na iniciativa privada, conforme dados da Secretaria do Tesouro Nacional.

A lei 12.351 de 22 de dezembro de 2010, dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências.

A Lei que institui o modelo de produção e partilha inicialmente define sua utilização para as áreas definidas como pré-sal, bem como as “áreas estratégicas”, essa última como região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos. Assim, a terminologia “áreas estratégicas” corresponde a um conceito aberto, permitindo que a União defina quais as novas áreas petrolíferas que se equadram no modelo de produção e partilha, esse poder decisório de critério e limitações políticas acarreta insegurança jurídica para essa atividade econômica de risco. Sem contar que a vinculação ao modelo de contrato de produção e partilha, desperta o interesse por parte dos estados membros de que todas as novas áreas descobertas sejam aplicadas ao regime de produção e partilha, uma vez que a distribuição dos royalties do regime de partilha e produção diferencia-se do regime de concessão.

Curiosa foi a previsão legal de que a Petrobras S/A, sem licitação, seja operadora de todos os blocos sob regime de produção e partilha, devendo ter participação mínima nos consórcios de 30% (trinta por cento). Percebe-se o tratamento diferenciado para a Petrobras, inclusive por possibilitar que a empresa seja contratada diretamente para realizar estudos exploratórios nessas áreas do pré-sal, conforme defino da lei de cessão onerosa.

Percebe-se tratamento diferenciado a Petrobras S.A, por parte do governo brasileiro, mantendo o poder público com controle público da atividade petrolífera.

A participação da Petrobras, uma sociedade anônima, como operadora dos blocos licitados, teve sua fundamentação baseada no modelo vigente da Noruega, no qual uma há uma empresa estatal operadora vinculada ao país, detentora de 30%, no mínimo, de participação dos blocos licitados. O fato de ser uma empresa nacional, quanto ao poder decisório, implica na exportação de tecnologia nacional, oriundas da realizações de pesquisas e desenvolvimento tecnológico, além da concentração de conhecimento geológico das áreas. Todavia, não há qualquer semelhança entre a natureza jurídica da Petrobras S/A e a Empresa Estatal Norueguesa.

A contratação direta da Petrobras, sem licitação, é um dos pontos controvertido de violação constitucional. Não há que se privilegiar empresa com capital privado, apesar da Petrobras S/A ser sociedade de economia mista. Qualquer privilégio a Petrobras é um ato contrário ao princípio da igualdade presente no direito administrativo, bem como um ferimento a livre concorrência e iniciativa privada. Não há como afastar a aplicação constitucional do art. 173, vez que a disposição é clara, vejamos “Art. 173. § 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”.

A contratação direta da Petrobras deve seguir o preceito constitucional de que a União poderá contratar desde que observe os procedimentos licitatórios previstos constitucionalmente art. 37 XXI, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Nesse sentido, garantir a Petrobras a operação da atividade, bem como sua contratação direta, além de outros benefícios pelo fato da mesma ter notória competência mundial no desenvolvimento das atividades de exploração e produção, além de deter tecnologia própria e inédita quando se trata de exploração de atividade off shore ( águas profundas) retrata uma clara violação constitucional. Verifica-se que a previsão constitucional não foi obedecida.

Lembramos que a flexibilização do monopólio permitiu o crescimento da atividade econômica no país, em virtude da concorrência entre as empresas que repercutiam em atração



de investimento para a nação, sendo o marco regulatório a base de sustentação desse ramo econômico.

#### **4. A VIABILIDADE LEGAL DOS MODELOS DE CONTRATO DE EXPLORAÇÃO PETROLÍFERA**

Merece uma análise o questionamento acerca da viabilidade constitucional do novo marco regulatório, nesse capítulo quanto ao modelo contratual. A propriedade sobre as reservas petrolíferas mesmo após a retirada do subsolo foi o que motivou a mudança do regime de contrato de exploração e produção atual para o modelo de produção e partilha para as áreas do pré-sal. A quantidade de petróleo e gás advindas dessas reservas permite ao Estado brasileiro desenvolvimento nacional.

Destaca-se a importância desse recurso, pois as reservas do pré-sal representam muito mais do que as produções nos últimos anos. Apesar da busca pelas fontes de energias renováveis, o quadro de busca por petróleo e gás não se alterará de forma significativa nos próximos trinta anos, o que requer atenção do estado brasileiro quanto ao controle do pré-sal. (FEROLLA: 2006, p. 125).

A previsão constitucional art. 20 inclui entre os bens da União os recursos naturais do subsolo e a plataforma continental, é nesse sentido de retomar de fato a propriedade desses recursos que a mudança do novo marco para o pré-sal se pautou.

A mudança do regime contratual tem respaldo na soberania nacional, posto que o Estado vislumbra, desde já, a necessidade de controle sobre esse bem tão disputado aos longos dos anos no âmbito internacional.

Ressalva-se também o aspecto histórico da atividade de exploração e produção de petróleo e gás, tendo em vista que o desconhecimento da atividade que permitia o regime de livre iniciativa no início década de trinta. A sondagem realizada pela iniciativa privada repercutiu no regime de propriedade do subsolo pela União, vindo a Petrobras na década de cinquenta ser operadora do monopólio estatal desses recursos, conforme Lei 2.004 de 1953. A flexibilização surgiu da necessidade de novamente se expandir a atividade de exploração e produção, vez que o Estado não tinha condições de assumir o risco dessa atividade, outras responsabilidades da sociedade priorizavam dentre a manutenção de seus custos.

A flexibilização não rompeu com o monopólio, posto que o art. 177, I da Constituição permaneceu aduzindo quais atividades eram abrangidas pelo monopólio estatal, conforme o dispositivo que traz em um de seus incisos “ jazidas e lavras das jazidas de

petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos”. A abertura do mercado a época foi pautada conforme já mencionado ao longo do trabalho por motivos de atração de investimentos, cumulado como alto risco exploratório e escassez de recursos estatais para exploração. Diante do novo cenário petrolífero e momento nacional com relação as auto-suficiência em petróleo, questiona-se a soberania nacional a fim de prevalecer o interesse público.

A necessidade de estabilidade transcende o cenário macroeconômico pela história evidenciada a partir de 1997, quando da abertura do mercado à iniciativa privada.

A emenda constitucional nº 9, permitiu a União contratar com empresas estatais ou privadas para exploração e produção do petróleo, na tentativa de estabelecer um ambiente concorrencial.

Partindo de uma interpretação sistemática da legislação constitucional e infraconstitucional, temos a previsão do art. 177 § 1º, que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização de atividades prevista nos incisos de I a IV, incluindo pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, observando as condições estabelecidas em lei, sendo essa a lei do petróleo.

A lei do petróleo, infraconstitucional, dispõe sobre a forma de contratação em seu art. 5º “As atividades econômicas de que trata o artigo anterior serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País”. Ressalva-se que a previsão contida no art. 176 da Constituição Federal, não se refere a petróleo e minerais nucleares, bastando para implementação do modelo de produção e partilha a instituição de um novo marco regulatório.

A legislação referente ao novo marco regulatório que destaca como operador do campo a Petrobras S/A, esbarra na problemática de inconstitucionalidade, além de ir de encontro ao ambiente concorrencial evidenciado na emenda constitucional nº 9, já que a abertura do mercado ensejou um ambiente concorrencial perfeito, conforme já destacado

A legislação infraconstitucional, regulamentadora do art. 177, parágrafo primeiro, revogou a Lei. 2.004/53, retirando a função operadora única da Petrobras S.A, conforme prevê o art. 61 § 1º As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela Petrobras em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado, observados o período de transição previsto no Capítulo X e os demais princípios e diretrizes desta Lei..

Diante da retirada da Petrobras como operadora única, e a definição da União contratar somente através do regime de concessão, permitiu-se um mercado concorrente de

exploração e produção de um bem da União, ensejando a necessidade do Estado assumir a regulação desse mercado, por isso a criação da Agência Nacional de Petróleo. Portanto, a Petrobras como operadora do campo vinculada através de previsão legal no novo marco é uma afronta também a essência da Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis.

O impedimento legal da Petrobras S/A como operadora única no novo marco regulatório encontra-se a nível constitucional e infraconstitucional, apesar da Constituição em seu art. 177, § 1, aduzir que a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas, percebe-se que o modelo de contratação deverá ser especificado em lei, a leitura do artigo mencionado não pode ser realizada de forma isolada, devendo-se interpretar em conjunto com o art. 173 § 2º e art. 23 da Lei 9.478/97.

Assim, o modelo de contrato de produção e partilha não define maiores ou menores ganhos em termo de arrecadação para o Estado brasileiro comparados a outros modelos contratuais como a Concessão, mas sim o controle dos recursos por parte do Poder Público, trata-se de uma questão de soberania nacional.

O regime jurídico de concessão dispõem sobre as seguintes arrecadações referente a atividade: bônus de assinatura que é o valor pago pela empresa vencedora da licitação de determinada área de concessão; royalties que são compensação financeira devida ao Estado pelas empresas que exploram e produzem petróleo e gás natural, na medida em que são recursos escassos e não-renováveis; participação especial espécie de compensação financeira extraordinária; e pagamento pela ocupação ou retenção de área, conforme previsão do art. 50 da Lei Nº 9.478/97. A escolha quanto a qualificação para atuar como operadora é prevista pela ANP nos editais de licitações dos blocos, sendo obrigatória a apresentação individual da oferta. Nessa escolha as exigências vão desde a liquidação do patrimônio mínimo exigido, além da experiência operacional prévia da empresa.

No regime jurídico de produção e partilha as formas de arrecadações dependem dos valores estipulados no contrato, para isso deve-se implantar um sistema de arrecadação que seja rentável e justo para as partes contratantes, deve-se evitar especulações que instabilizem os investimento na atividade, bem como a criação de um mercado concorrencial saudável. Nesse sentido, a arrecadação pode ocorrer através de bônus de assinatura, royalties, participações especiais, pagamento pela ocupação ou retenção de área, variando os percentuais. Com relação ao custo da exploração esses são de responsabilidade do agente contratante que debita da produção averiguada, permanecendo zero por cento de risco para o governo. Uma diferença desse tipo de contrato é que há possibilidade da partilha com o governo se dar com a entrega do próprio óleo, tudo previsto no contrato conforme edital.

Portanto, não há que mencionar a mudança do regime de contratação uma afronta a Constituição Federal de 1988, nem a Lei 9.478/97, uma vez que se tratam de fatos jurídicos diferenciados, o que requer tratamento distinto, não há que prevalecer um modelo em detrimento do outro, mas a forma como essa nova regulamentação vai se comportar diante do cenário petrolífero desta magnitude.

Diante dessa análise, percebe-se que o modelo de contrato de produção e partilha é possível no ordenamento jurídico brasileiro. A convivência dos marcos regulatórios é possível, todavia cabe a ANP a fiscalização dos contratos.

Quanto a criação da empresa estatal para gerenciar os contratos de exploração e produção, tem-se a previsão constitucional do art. 37, XIX, que aduz que somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação. A estatal, segundo a Lei 12.304/2010, terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União. A mesma não será responsável pela execução, direta ou indireta, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos. Diante das atribuições da estatal não há que se ater a previsão do art. 173 da Constituição federal, posto que a Carga Magna prevê que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente está autorizada se associado a necessidade de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

## **5. DESAFIOS JURÍDICOS PARA EXPLORAÇÃO DO PRÉ-SAL**

O atual cenário exploratório brasileiro, mesmo diante dos marcos regulatórios vigentes para cada tipo de exploração e produção, perpassam por desafios da própria aplicação da lei.

Em 21 de outubro de 2013 ocorreu a 1ª licitação de partilha do pré-sal. O bloco ofertado foi selecionado na Bacia de Santos, no polígono do pré-sal para a contratação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, com objetivos de ampliar as reservas brasileiras e a produção de petróleo e gás natural e ampliar o conhecimento sobre o polígono do pré-sal. A 1ª licitação teve como ganhador o único consórcio participante o

consórcio formado por cinco empresas: Shell, Total, CNPC e CNOOC e a Petrobras, essa última com percentual garantido por lei de 30%.

Nesse sentido, a minuta da mencionada licitação dispõe que “Ao Contratado, em caso de Descoberta Comercial, caberá a apropriação originária do volume correspondente ao Custo em Óleo e aos Royalties devidos e pagos, bem como à parcela do Excedente em Óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos no Edital e neste Contrato, sendo indiferente para este fim a localização do Ponto de Medição e do Ponto de Partilha.

Quanto a parcela da União ficou estabelecido que “exclusivamente em caso de Descoberta Comercial, o Contratado terá direito a receber, como Custo em Óleo, uma parcela da Produção de Petróleo e Gás Natural produzidos, dentro dos prazos, critérios e condições estabelecidas no **Erro! A origem da referência não foi encontrada. Erro! A origem da referência não foi encontrada.**”.

Quanto ao valor dos Royalties devidos mensalmente “ a cada Campo será determinado multiplicando-se o equivalente a 15% (quinze por cento) do Volume Total da Produção de Petróleo e Gás Natural do Campo durante esse mês pelos seus respectivos preços de referência, definidos na forma do **Erro! A origem da referência não foi encontrada.** – Procedimentos para Apuração do Custo e do Excedente em Óleo”.

Estima, portanto a ANP, que será garantido a União 41,65% do lucro do óleo retirado do campo, devendo o consórcio pagar ao governo nacional o bônus de R\$ 15 milhões. Somente após as declarações de comercialidade teremos como precisar esses valores.

Quanto as áreas de cessão onerosa, verifica-se um direcionamento de esforços para a exploração e produção, dado que não há pagamento de participações especiais, apenas de royalties, em virtude do modelo contratual. Nessa linha de raciocínio e visando a maximização do lucro, percebe-se que esforços para as áreas que tem previsão de pagamento de participações especiais podem ser reduzidas facilmente por estratégia de rentabilidade.

Quanto aos blocos licitados anteriormente que abrangiam o pré-sal, surge um novo desafio, o controle da produção de uma reserva que é única. Os principais campos já licitados fazem parte de um único reservatório do pré-sal, o que enseja dificuldade tecnológica de limitação das fronteiras do prisma.

As licitações dos blocos e o aumento das empresas exploradoras representa um desafio para regulamentação jurídica, vez que muitos casos caracterizam-se pela necessidade do estabelecimento das unitizações, modalidade de contrato quando as jazidas localizam-se nos pontos em comum das empresas, o que requer um acordo entre as empresas e a participação da ANP.

Os desafios da regulamentação depende de um conhecimento técnico para se regular as áreas de exploração compartilhadas, inclusive quando a outra área ainda não foi licitada. Tratam-se de obrigações indivizíveis, segundo Bucheb ( 2012) em que se faz necessário elaborarem as contas e definirem de forma comum o percentual de cada empresa.

Os desafios jurídicos passam pelos ajustes da aplicação dos novos marcos, bem como problemas que surgem quando da intereção entre as empresas no mesmo reservatório.

## **6. CONCLUSÃO**

O novo cenário petrolífero brasileiro desperta muitas expectativas nos mercados econômicos. Trata-se de um desafio para o Estado brasileiro e os juristas brasileira, tendo em vista a existência de dois marcos regulatórios referentes-se a situações com comprometimentos financeiros diferenciados em virtude dos tipos de jazidas.

A busca pela estabilidade da atividade no país transcende o cenário internacional, havendo necessidade de segurança jurídica, permitindo resultados favoráveis para os investimentos aplicados.

O sistema de partilha e produção permite que se dimensione os repasses das arrecadações de acordo com o interesse e necessidade do Estado, prevendo-se os percentuais em edital de licitação. O benefício da isenção do risco do governo continua nesse ramo de atividade, passando o Estado a deter o controle da produção extraída, ao contrário do que acontece no modelo de concessão.

O marco regulatório do pré-sal não ocasiona o retorno do monopólio do petróleo e gás, pelo contrário permite a mantença da flexibilização concedendo ao poder público nessas áreas um maior controle, quanto ao retorno financeiro a legislação prevê que se alcance maiores arrecadações, todavia a lei de cessão onerosa por não contemplar participações especiais podem motivar um direcionamento de esforços em detrimentos de outras áreas em que esse tipo de compensação extraordinária se obteria, por isso a necessidade fiscalização e incentivos pelas autoridades competentes.

A flexibilização do monopólio, contribuiu para o desenvolvimento da atividade no Brasil, posto que permitiu-se investimentos privados, sem contar com o aumento das parcerias permitindo a crescente capitalização da Petrobras.

Assim, o desenvolvimento brasileiro nesta seara deve conciliar a preservação as condições de competição, cada vez mais sólida, de forma disseminar a tecnologia e inovação, além de atração de investimentos para o governo, trata-se de ações estratégicas entre governo

e iniciativa privada de forma a cumprir as disposições constitucionais do ordenamento máximo.

Há viabilidade legal quanto ao modelo de exploração de produção e partilha de petróleo e gás e a coexistência com o modelo de concessão.

A inclusão da Petrobras como operadora única fere diretamente a Carga Magna, não havendo como torna-la operadora única, a não ser pelo fechamento do mercado e nacionalização da Petrobras, ou seja, voltar a idéia contida na lei 2.004 de 1953.

Interessante ainda observar que não há como desconsiderar, diante do cenário de viabilidade do pré-sal para o Estado, o procedimento licitatório, posto que este é a forma de se aferir a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, todavia admite-se exceções a essa regra quando é impossível ou inviável a concorrência.

Toda modalidade concorrencial necessariamente exige condições céleres para implantação de seus objetivos. Ter a Petrobras como operadora do campo é um conflito para setor, pois o ordenamento jurídico dita a sujeição da verba pública aos ditames do direito administrativo, e a exigência do mercado, capital privado, necessita de simplificação de procedimentos para garantir a finalidade da empresa que é a atividade econômica.

Para garantir juridicamente uma regulamentação sobre o pré-sal deve-se permitir um ambiente concorrencial, com vistas a dar continuidade aos investimentos privados no setor, todavia o modelo de contratação pode resguardar o controle estatal sobre esses recursos naturais. A exploração do petróleo e gás do pré-sal é uma oportunidades para o Brasil avançar em políticas de desenvolvimento econômico e de redução das desigualdades regionais e sociais.

## REFERÊNCIAS

Agencia Nacional do Petróleo, Gas Natural e Biocombustíveis. Disponível em: [http://www.anp.gov.br/conheca/10\\_anos\\_regulacao.asp](http://www.anp.gov.br/conheca/10_anos_regulacao.asp), acessado 2008.

Agência Nacional do Petróleo. *Guia dos Royalties do Petróleo e do Gás Natural*. Rio de Janeiro: Agência Nacional do Petróleo; 2001.

ALMEIDA, Edmar. RODRIGUES, Felipe R. *Desenvolvimento das companhias de petróleo independentes no Brasil: oportunidades e obstáculos*. Boletim Infopet ro. Rio de Janeiro: ano 7, n.1, jan-fev 2006.

ARAÚJO, Fernand. *Introdução à economia*. 5ª Ed. Edit. Almedina, 2005

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1979

BARBOSA, Alfredo Ruy. *A natureza jurídica da concessão para exploração do petróleo e gás natural*. In: Temas de Direitos do Petróleo e Gás Natural II ( Org. Paulo Valois). Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2005,

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição- Para uma crítica do Constitucionalismo*. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Econômica, in Constituição e Desenvolvimento*. Uma Leitura a partir da Constituição de 1988. Edit. Malheiro: São Paulo, 2005 p. 30

BREGMAN, Daniel. *A Petrobras e as atividades de exploração e produção no Brasil: um breve histórico*. I Conferência Internacional de História Econômica e III Encontro Nacional de Pós-Graduação em História Econômica. Campinas, 2006.

Boletim SBGF. Especial: *Os desafios do pré-sal: O que as empresas de serviço e pesquisadores que atuam no Brasil enxergam de oportunidades com as recentes descobertas de petróleo offshore nas regiões abaixo do sal*. Publicação da Sociedade Brasileira de Geofísica, nº. 1, 2008. Disponível em: [http://www.sbgf.org.br/publicacoes/boletins/boletim1\\_2008.pdf](http://www.sbgf.org.br/publicacoes/boletins/boletim1_2008.pdf), acessado 2008.

BUCHÉB, José Alberto. *DIREITO DO PETRÓLEO A regulação das atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007

CAMPOS, Adriana Fiorotti. *Industria do Petróleo*. 1ª Ed, Edit. Thesauru: Brasília 2007

CAMPOS, Carlos Walter Marinho. *Sumário da história da exploração de petróleo no Brasil*. Boletim da ABGP. Rio de Janeiro: n.1, 1997.

Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União 1988, 5 out Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm), acessado 2008.

COSTA, Maria D'Assunção. *Comentários a lei do petróleo*. 2ª Ed, São Paulo: Atlas, 2009

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10ª ed, Edit Malheiros: São Paulo, 2005,

A Lei do Petróleo com Soberania Nacional. Informativo Oficial Da Associação Dos Engenheiros Da Petrobras. Rio de Janeiro, ano XXXIX no. 344, Janeiro/fevereiro/2008

Lei 9.478/1997, disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9478.htm), acessado 2008.

LOBATO, Monteiro. *O escândalo do petróleo e do ferro*. Edit. Brasiliense: São Paulo, 1936



MACEDO E SILVA, Antonio Carlos. *Petrobras: a consolidação do monopólio estatal e a empresa privada (1953-1964)*. Campinas: UNICAMP, p.-2-3, Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000053215>, acessado 2009

MARINHO JR., Ilmar Penna. *Petróleo: Política e Poder*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo: Lei Federal no. 9.478 de 06/08/1997*. São Paulo: Atlas, 2000.

Ministério de Minas e Energia – MME/Ministério da Fazenda – MF; Contrato de Cessão Onerosa do Exercício das Atividades de Pesquisa e Lavra de Petróleo, da Gás Natural e de Outros Hidrocarbonetos Fluidos; Brasil; 2010

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica*. Revista Eletrônica Direito Administrativo Econômico, fevereiro/março/abril 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-EGON%20BOCKMANN.pdf>, acessado 2009,

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*, Edit Renovar: Rio de Janeiro, 2003

NEVES, Rodrigo Santos. *Função normativa e Agências Reguladoras Uma contribuição da Teoria dos Sistemas à Regulação Jurídica da Econômica*. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2009

PETROBRAS S.A. Disponível em: <http://www.petrobras.com.br/pt/>, acessado 2008.

PIRES, Paulo Valois. *A evolução do Monopólio Estatal do Petróleo*. Edit Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000

RAMOS, Elival da Silva. *O Estado na Ordem Econômica*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 43, p. 49/56. São Paulo: RT, abril-jun/2003

RELATÓRIO I - REGIMES JURÍDICO-REGULATÓRIOS E CONTRATUAIS DE E&P DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL. 1ª Edição, 2009 pg 2. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>, acessado 2010

Revista Veja, **Edição 2034**, 14 de novembro de 2007. Reportagem “O governo anuncia que a Petrobras achou muito petróleo à profundidade de quase um Everest abaixo da superfície.” Disponível em: [http://veja.abril.com.br/141107/p\\_080.shtml](http://veja.abril.com.br/141107/p_080.shtml), acessado 2008.

Resolução Nº. 6 de 8 de novembro de 2007. Estabelece diretrizes específicas para a realização da Nona Rodada de Licitações de blocos exploratórios da ANP, e dá outras providências.

RIBEIRO, Maria Rosado d Sá. *Direito do petróleo- As joint ventures na indústria do petróleo*. 2ª. Ed, Edit. Renovar: Rio de Janeiro, 2003

Seminário de Petróleo e Gás no Brasil, promovido pela FGV no Rio de Janeiro, Palestrante: Haroldo Lima - Diretor-geral da ANP - Desafios imediatos para a exploração de

petróleo no Brasil. Disponível em <http://www.anp.gov.br/conheca/palestras.asp>, acessado abril 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Roberto G de. *Petróleo: Historias das descobertas e o potencial brasileiro*. Niteroi/RJ: Ed. Muiraquitã, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. 3ª ed., Edit Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000

SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1997

Secretaria do Tesouro Nacional - STN; Resultado do Tesouro Nacional – Dezembro 2010; Brasil; 2011. Disponível em <http://www.stn.fazenda.gov.br/hp/downloads/resultado/2010/Nimdez2010.pdf>

VALOIS, Paulo. *A Evolução do Monopólio Estatal do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

ZAMITH, Regina. *A indústria para-petróleo nacional*. São Paulo, Annablume, 2001.