

Análise Econômica do Direito do Petróleo: Desafios do Novo Sistema Exploratório

Economic Oil Law Review: New Exploratory System Challenges

REGINA LINDEN RUARO¹

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1981), Doutorado em Direito – Universidad Complutense de Madrid (1993), Pós-Doutorado pelo Centro de Estudios Universitarios – San Pablo – CEU de Madrid (2006-2008), Membro do Grupo Internacional de Pesquisa Protección de Datos, Transparencia, Seguridad y Mercado, Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Membro da Comissão Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado da Faculdade de Direito, Procuradora Federal/AGU aposentada, Professora do Master Protección de Datos, Transparencia y Acceso a la Información da Universidad San Pablo de Madrid – CEU, Membro Honorário do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado – IIEDE.

FABRICCIO QUIXADÁ STEINDORFER PROENÇA²

Doutorado em Direito em curso na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (início 2013), com período sanduíche na Ludwig-Maximilians Universität (München) (Bolsista da Capes), fez Pesquisa Doutoral no Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht (Hamburg), Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (com louvor, 2001), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1995), Advogado da União, lotado na Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia.

Submissão: 21.07.2015

Decisão Editorial: 11.08.2015

Comunicação ao Autor: 11.08.2015

RESUMO: A análise econômica voltada às questões do novo sistema exploratório brasileiro serão tratadas neste ensaio, com especial enfoque para o contrato de partilha da produção e os desdobramentos regulatórios do novo conjunto de leis. Para tanto, foi realizado um estudo constitucional, legal e doutrinário referente ao assunto, com ênfase nas consequências da nova sistemática para a

-
- 1 Tem experiência na área de direito público, com ênfase em direito administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: contratos e licitações, concessões, permissões e autorizações de serviço público, direito da infraestrutura, proteção de dados pessoais e direito fundamental de acesso à informação, improbidade administrativa e responsabilidade civil da administração pública. Possui Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq, na área de direito público.
 - 2 Tem ênfase em direito comercial e administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: direito falimentar, direito marítimo, direito societário, direito internacional privado, direito de energia elétrica, direito de petróleo e gás e direito minerário. Lecionou na Universidade Federal do Ceará – UFC, na Universidade de Fortaleza – Unifor, no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, entre outros. Atuou na construção dos marcos regulatórios do pré-sal e da mineração. Autor da obra *A licitação na sociedade economia mista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. E-mail: fabriccio@fabricciosteindorfer.com.br.

indústria petrolífera, de forma a oferecer ao leitor um panorama do novo instituto e sua conformação com o ordenamento vigente, com a introdução do modelo de apropriação do “óleo custo” e divisão do “óleo lucro”.

ABSTRACT: The economic analysis focuses on the new Brazilian exploratory system issues will be addressed in this essay, with special focus on the production sharing contract and regulatory developments of the new set of laws. Thus, a constitutional, legal and doctrinal study related to the subject, with emphasis on the consequences of the new system for the oil industry in order to provide the reader with an overview of the new institute and its conformation with the legal ruling was made, with the introduction of the appropriation model of “cost oil” and division of “profit oil”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo; petróleo; análise econômica; pré-sal; partilha da produção; contrato; marco regulatório.

KEYWORDS: Administrative law; oil and gas; economic analysis; pre-salt; production sharing; contract; regulatory framework.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento histórico da indústria do petróleo; 1.1 Panorama legal; 1.2 O petróleo do Brasil; 2 A Emenda nº 9 e o monopólio da União; 3 O contrato de partilha da produção no pré-sal brasileiro; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo do sistema legal de exploração do petróleo no Brasil, com ênfase em seus aspectos econômicos e jurídicos, será objeto de abordagem no presente estudo, seguindo a linha de outros trabalhos sobre o tema e é uma complementação de ensaios anteriores, em especial sobre o tema “óleo custo” e “óleo lucro”. O cerne da discussão encontra-se na aprovação do novo marco regulatório para as jazidas do pré-sal, o contrato e partilha e suas consequências para o sistema exploratório nacional.

São abordados aspectos históricos da indústria petrolífera, desde o seu início nos Estados Unidos da América, passando pela ascensão e queda da *Standard Oil*, o surgimento das “Sete Irmãs”, a criação da OPEP e os choques do petróleo – fatos necessários à compreensão da instalação e desenvolvimento do setor petroleiro no Brasil, desde a criação do Conselho Nacional do Petróleo, passando pela Petrobrás, até os dias atuais, com o retorno da exclusividade operacional daquela empresa para as áreas do pré-sal.

É feita a análise da “flexibilização do monopólio” com a Emenda nº 9 e a Lei do Petróleo, com a consequente adoção do sistema de concessão e o modelo regulatório capitaneado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), com suas consequências positivas para a produção de óleo e gás natural em território nacional e a expansão do parque industrial brasileiro.

Em seguida, traz-se a lume o novo marco regulatório do pré-sal, bem como as dúvidas com ele carregadas quanto à sua real possibilidade de êxito, ante questões como instabilidade jurídica e regulatória e capacidade operacional da Petrobrás para a execução dos campos a serem licitados, em análise crítica dos caminhos escolhidos para essa nova fase institucional do setor, com grandes desafios para administradores públicos, industriais e juristas.

Como adendo a trabalhos anteriores sobre esse tema, são inseridos tópicos acerca do sistema de divisão do “óleo custo” no novo modelo de contrato do sistema de partilha da produção, bem como o sistema de divisão do “óleo lucro” entre o consórcio operador do campo e a União. O detalhamento desse tão interessante tema merece aprofundamento em trabalho próprio a ser desenvolvido no futuro; por ora, cabe a demonstração de aspectos gerais constantes do contrato da primeira rodada de licitações.

1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

A descoberta de petróleo na camada geológica do pré-sal, em 2006, a pouco mais de cinco mil metros de profundidade, na bacia de Santos, trouxe uma nova perspectiva econômica à indústria petrolífera nacional. Não obstante o alto custo exploratório envolvido, mensurou-se que o baixo risco traria compensações capazes de equilibrar os investimentos necessários à produção em águas ultraprofundas³.

A avaliação dos setores envolvidos foi positiva e houve grande expectativa dos investidores internacionais de como os trabalhos seriam conduzidos daquele momento em diante. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES publicou estudo de autoria do economista André Albuquerque Sant’ana intitulado “Brasil é a principal fronteira de expansão do petróleo no mundo”⁴. Destaca o artigo:

As recentes descobertas de petróleo e gás no pré-sal colocam o país como um dos destinos para investimentos em exploração e produção de novos campos petrolíferos. Afinal, ainda que preliminares, as estimativas apontam para reservas da ordem de 8 bilhões de barris, apenas nos campos de Tupi (rebatizado de Lula pela Petrobras no final de 2010) e Iara. Isso representa um acréscimo de cerca de 60% nas reservas nacionais de petróleo.

O cenário foi propício à formação de expectativas positivas: a) baixo risco exploratório; b) alto preço internacional do petróleo, que justificaria os investimentos necessários à exploração no pré-sal; e c) ausência de novas fronteiras

3 Coluna de água igual ou superior a 1501m.

4 Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/visao/Visao_87.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2014, às 17h02.

ras exploratórias em âmbito mundial. Além disso, o ambiente interno era favorável, com a presença de inúmeras *International Oil Companies* (IOC) no país, que aqui se instalaram após a flexibilização do monopólio do petróleo, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, que alterou o art. 177, § 1º, da Constituição Federal, possibilitando à União contratar empresas estatais ou privadas para o desempenho das atividades previstas nos incisos I a IV do mesmo artigo, como pesquisa e lavra de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, refino e transporte marítimo.

1.1 PANORAMA GERAL

A ideia de cavar um buraco no chão para achar água não é nova. Os chineses o fazem há milhares de anos⁵. Encontrar substâncias diferentes da água foi um fato relativamente corriqueiro. Essas substâncias eram testadas em suas funcionalidades e, eventualmente, encontrava-se uma utilidade para elas. Assim, deu-se com o petróleo (*oil rock*), que serviu de remédio para reumatismo a óleo de iluminação para residências⁶.

Em 1859, o Coronel Edwin Laurentine Drake perfurou o primeiro poço com o específico propósito de encontrar petróleo. O feito deu-se em Titusville, Pensilvânia (EUA), a cerca de 23 metros (69 pés) de profundidade⁷. Em seu início, a história mundial do petróleo confundiu-se com a história norte-americana do petróleo, já que, nas primeiras décadas, os Estados Unidos eram responsáveis pela totalidade da produção mundial. O óleo extraído era armazenado em barris de 42 galões, equivalentes a aproximadamente 159 litros e eram perdidos mais de 20% do seu conteúdo no transporte.

Daí em diante o petróleo assumiu o *status* de riqueza universal, operando inúmeras transformações no cenário político e econômico mundial. Foi motivo de guerras, intervenções políticas, alianças, tumultos. Sua conturbada história passou a andar de mãos dadas com a história da civilização moderna, incorporando o progresso com seus benefícios e mazelas. Hoje está presente em praticamente tudo que ornamenta a vida do ser humano, desde o plástico utilizado para fabricar uma escova de cabelos ao querosene que faz sair do chão uma aeronave de mais de 500 toneladas.

Uma onda de milionários surgiu em uma escala nunca antes presenciada. O século do petróleo no Texas (EUA) apresentou ao mundo os *nouveau riche*. Imigrantes que chegavam aos Estados Unidos da América sem qualquer perspectiva; pobres de nascimento e de formação intelectual tornaram-se deten-

5 ECONOMIDES, Michael; OLIGNEY, Ronald. Op. cit., p. 28.

6 MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Op. cit., p. 18.

7 ECONOMIDES, Michael; OLIGNEY, Ronald. Op. cit., p. 28.

tores das maiores fortunas do mundo ocidental⁸. Operou-se, assim, uma grande revolução social, posto que, até então, quem nascia pobre quase que sem dúvida morreria pobre. O petróleo trouxe um novo horizonte: homens simples, com sorte e disposição para o trabalho, tornaram-se milionários.

O fundador da *Standard Oil Company* (1870), John Davison Rockefeller, nasceu em Richford, Estado de Nova Iorque (EUA), em 8 de julho de 1839. Considerado o homem mais rico de todos os tempos, Rockefeller, que morreu aos 98 anos, foi uma figura controvertida no cenário estadunidense. Construiu sua fortuna graças a uma larga visão da cadeia produtiva do petróleo, desde o poço até a distribuição do produto refinado. Vislumbrou que o refino, o transporte e a distribuição (*downstream*) eram mais lucrativos que a exploração e produção (*upstream*). A briga, portanto, era travada em torno das refinarias e do transporte do óleo em trens, barcos e oleodutos.

Rockefeller iniciou sua vida profissional como guarda livros (contador) aos dezesseis anos em Cleveland (EUA), na empresa *Hewitt and Tuttle*. Em 1863, aos 25 anos, já controlava uma das maiores refinarias dos Estados Unidos. Com grande perspicácia e capacidade de aglutinação, reformulou os conceitos produtivos e baseou seu sucesso no aproveitamento de todo o percurso do petróleo, desde o poço até o consumidor final. Controlou o refino, o transporte e a distribuição, tornando-se o instituidor do maior monopólio da era moderna.

Em 1870, foi fundada a *Standard Oil Company*, em Ohio (EUA), proveniente da transformação da Rockefeller, Andrews and Flager. Foi formada por Rockefeller, seu irmão William, Henry Flagler, o químico Samuel Andrews e Stephen V. Harkness. Por mais de quatro décadas, a *Standard Oil* controlou a indústria petrolífera nos Estados Unidos em todas as suas ramificações.

A companhia chegou a dominar 90% do mercado petrolífero norte-americano e, na falta de produtores em outros países, mundial⁹. Passou por inúmeras mudanças e crises na economia e na forma de administrar negócios. Ramírez¹⁰ destaca em importante trabalho acerca do petróleo no mundo e na América Latina:

La Standard Oil, con el tiempo y transformaciones necesarias, tuvo en sus manos el monopolio de la industria en Estados Unidos, por lo que, en 1901, el presidente Teodoro Roosevelt le aplico una multa de 29.000.000 de dólares, y el 15 de mayo de 1911, la Corte Suprema de Missouri la obligó a disolverse en treinta e cuatro compañías independientes, aplicando la Sherman Antitrust Act (ley contra los trust) de 1890.

8 Idem, p. 5.

9 Ibidem, p. 53.

10 RAMÍREZ, Mariano. Op. cit., p. 20.

Tudo findou após uma longa jornada de conflitos entre a *Standard Oil* e o governo norte-americano, com destaque para Theodore Roosevelt na ala governista. Roosevelt é comumente mencionado pela cruzada que travou contra os *trusts*, e pessoalmente contra Rockefeller.

The long, twisted path included hundreds of witnesses and thousands of pages of testimony; scores of antitrust suits from individual states; one massive fine from a Chicago judge (quickly overturned) that amounted to 30 percent of Standard's capitalized value; an initial judgment leveled by a St. Louis federal circuit court; and a subsequent appeal by Standard Oil. The final judgment was handed down on May 15, 1911, by Supreme Court Chief Justice Edward White.¹¹

Decerto que todo o processo, que durou anos e consumiu vultosas quantias do tesouro, visava a conferir equilíbrio concorrencial à indústria petrolífera norte-americana – não obstante muitos críticos questionarem os reais propósitos de seus mentores.

Ironically, by the time the verdict was handed down, Roosevelt had left office, Rockefeller was 20 years into retirement, and the court's decision was no longer needed. The monopoly was made possible only by virtue of the entire world's oil production being conveniently, and for extended time, confined to one small part of Pennsylvania. With exploding production in Texas, Oklahoma, California, the Middle East, Southeast Asia and Russia, Standard Oil's stranglehold on the industry was not sustainable.¹²

O fim da *Standard Oil* não foi o fim de Rockefeller nem da indústria do petróleo nos Estados Unidos, mas serviu para diversificar o parque industrial naquele país ante o surgimento de dezenas novas empresas. Entretanto, o controle do negócio do petróleo no mundo continuou em mão de um pequeno grupo, passando a ser gerido por sete empresas: as *majors*, comumente conhecidas como as “Sete Irmãs”. São elas: i) *Standard Oil of New Jersey* (EXXON); ii) Gulf; iii) Texaco; iv) *Standard Oil of California* (Chevron); v) Mobil; vi) Shell; e vii) *British Petroleum*.

Em 1928, apenas 17 anos após a dissolução compulsória da *Standard Oil* pela Suprema Corte do Estado de Missouri, a *Royal Dutch* (Shell), a *Standard Oil of New Jersey* (EXXON) e a Anglo Persian (*British Petroleum*) firmaram, em Achnacarry (Escócia), um acordo cujas diretrizes continuam, ainda hoje, a vetorizar as práticas comerciais na indústria do petróleo.

O acordo de Achnacarry, na prática, significou a institucionalização de um cartel internacional do petróleo, posto que os preços fossem meticolosa-

11 ECONOMIDES, Michael; OLIGNEY, Ronald. Op. cit., p. 55.

12 Idem, p. 56.

mente estabelecidos em mútuo consenso. Na década de 1950, a organização tomou mais força, incorporando o nome de Sete Irmãs. O cartel manipulava os preços e controlava a oferta mundial dos derivados do petróleo, o que passou a gerar um descompasso com os países produtores de petróleo, que pugnavam por uma maior valorização da *commodity*.

A insatisfação dos países produtores com a política de preços praticada pelas Sete Irmãs culminou na criação da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) em setembro de 1960 por cinco países: Irã, Iraque, Kuwait, Arábia Saudita e Venezuela. A OPEP contou com a entrada e saída de vários países ao longo de sua história, sendo que atualmente há mais sete países além dos fundadores (Argélia, Angola, Equador, Líbia, Nigéria, Qatar e Emirados Árabes Unidos), totalizando doze nos dias atuais¹³.

A criação da OPEP influenciou fortemente a indústria do petróleo, trazendo a debate a política de fixação dos preços, até então ditada unilateralmente pelas *majors*, e a nacionalização dos campos exploratórios. A Organização não se envolveu diretamente na discussão sobre preços até o início da década de 1970, quando protagonizou os dois grandes choques do petróleo que causaram uma reviravolta nos preços e nas participações dos Estados produtores.

O primeiro choque tomou vulto quando a Esso (EXXON), unilateralmente, resolveu abaixar em 10 centavos de dólar o preço do barril de óleo equivalente (BOE), levando as demais companhias norte-americanas a adotarem a mesma política em detrimento dos países produtores. Em retaliação, a Líbia impõe o primeiro aumento de preço no montante de 50 centavos de dólar por barril.

A tensão piora quando os árabes, liderados por Egito e Síria, em retaliação à tomada do Canal de Suez por Israel em 1967 (Guerra dos Seis Dias), retomam, de surpresa, a faixa de território perdido, deflagrando a Guerra de Yom Kippur (6 de outubro a 26 de outubro de 1973). O petróleo é usado como forma de pressão, especificamente através de embargo às *majors* e da suspensão de negociações com os países compradores.

A segunda crise do petróleo (1977-1978) ocorre em meio a uma crise política no Irã, que refletiu diretamente nos preços. Também comumente se aponta o aumento do consumo mundial dos derivados do petróleo como estopim para este segundo choque.

Na década de 1990, houve uma tendência à acomodação dos preços internacionais com ligeiro viés de queda, até a invasão do Kuwait pelo Iraque

13 Disponível em: <http://www.opec.org/opec_web/en/about_us/25.htm>. Acesso em: 12 jun. 2014, às 10h25.

em 2 de agosto de 1990, culminando na Guerra do Golfo. Naquele momento houve nova alta de preços com a ameaça ao abastecimento e novos embargos pelos países produtores.

A atualidade é marcada por uma forte procura por fontes alternativas ao petróleo convencional, como o *tightoil*, o *shalegas* e as reservas descobertas na camada do pré-sal em diversos países, inclusive o Brasil. Tais iniciativas, conforme pontificado alhures, só se fazem possíveis em razão do alto preço internacional do petróleo e seriam inviáveis em patamares abaixo de cinquenta dólares.

Com o intuito de proporcionar maior clareza aos acontecimentos de maior relevância, transcreve-se, em tradução livre, o relato de Ramirez¹⁴, citando o jornal “Ámbito Financiero”, que traz um resumo cronológico dos fatos importantes na indústria do petróleo:

1859: Edwin L. Drake perfura o primeiro poço de petróleo em Titusville, Estados Unidos.

1870: John D. Rockefeller ingressa no negócio de refino de óleo. Funda a *Standard Oil* (Cleveland, Ohio) e produz querosene para iluminação residencial.

1882: Tomas Alva Edson inventa a lâmpada elétrica e põe em cheque a indústria do petróleo.

1885: Os Rotschild descobrem petróleo na Rússia e a Royal Dutch em Sumatra.

1885: Karl Benz inventa, na Alemanha, o motor de quatro tempos a gasolina com combustão interna.

1892: Marcus Samuel funda a Shell para transportar petróleo através do canal de Suez.

1901: Descobre-se petróleo na Pérsia (Irã).

1903: Ocorre um incremento da produção de petróleo na Califórnia, EUA.

1905: É descoberto petróleo em Oklahoma.

1907: Ocorre a fusão da Shell e da Royal Dutch.

1908: Há um enorme crescimento da produção de petróleo no Oriente Médio com a *British Petroleum*.

1910: É descoberto petróleo no México.

1911: A *Standard Oil* é dissolvida compulsoriamente, nascendo companhias como Exxon, Mobil, Amoco, Chevron etc.

1922: É descoberto petróleo na Venezuela.

14 RAMÍREZ, Mariano. Op. cit., p. 30-1.

- 1927: Descobre-se petróleo no Iraque.
- 1928: É firmado o acordo de Achanacarry.
- 1933: A *Standard Oil of California* (Chevron) começa a explorar petróleo na Arábia Saudita.
- 1956: Argélia e Nigéria descobrem petróleo.
- 1959: Há um incremento da produção de petróleo da Líbia.
- 1960: É fundada a Organização dos Países Exportadores de Petróleo – OPEP.
- 1968: Descobre-se petróleo no Alaska, mas a exploração só tem início em 1977.
- 1969: É descoberto petróleo no Mar do Norte.
- 1973: Primeira crise do petróleo, em represália à ajuda dos Estados Unidos a Israel na guerra contra os Árabes.
- 1979: Segunda crise do petróleo.
- 1980: A OPEP passa por dificuldades em razão da guerra Irã e Iraque.
- 1982: A OPEP adota a produção por quotas.
- 1990: Ocorre a chamada minicrise do petróleo em razão da invasão do Kuwait pelo Iraque.

1.2 O PETRÓLEO DO BRASIL

Do século XIX até início da segunda metade do século XX, a política petrolífera brasileira parecia seguir à risca o lema jocoso propalado por Monteiro Lobato: “Não tirar petróleo, nem deixar que o tirem”. Em fato, de lá para cá houve certa modificação de paradigmas; entretanto, questões como por que o petróleo não é recuperado das bacias sedimentares *on shore* continua sem reposta.

É ilustrativo o trecho da missiva de Monteiro Lobato¹⁵ dirigida ao então presidente da República Getúlio Vargas, que lhe rendeu condenação¹⁶ por injúria contra a pessoa do dirigente mor da nação. Veja-se:

15 MONTEIRO LOBATO, José Bento Renato. Op. cit., p. 172-3.

16 Da prisão Monteiro Lobato escreveu carta, em 9 de abril de 1941, ao General Horta Barbosa (presidente do CNP), apontado como responsável pelo processo que culminou em sua condenação a seis meses de prisão. É impossível não transcrever um pequeno trecho: “É profundamente reconhecido que venho agradecer a V. Excia. o grande presente que me fez, por intermédio do augusto Tribunal de Segurança, de uns tantos deliciosos e inesquecíveis dias passados na Casa de Detenção desta cidade. Sempre havia sonhado com uma reclusão desta ordem, durante a qual eu ficasse forçadamente a sós comigo mesmo e pudesse meditar sobre o livro de Walter Pitkin (*A short introduction to the history of human stupidity*). Lá fora, o tumulto humano e mil distrações sempre me iam protelando a realização desse sonho; e eu já não tinha esperança de nada, quando fui surpreendido pela denúncia ao Tribunal de Segurança e logo e logo em seguida preso preventivamente”.

Nunca faltam pretextos às políticas de segundas intenções. Para que o Conselho¹⁷ pudesse executar o seu programa de massacre, promulgaram-se duas leis horro-rosas, que em meu livro denunciei como gestadas pela Standard¹⁸ e paridas pelo nosso nacionalismo ingênuo.

Uma é a Lei de Minas, na qual se criam tantos embaraços à exploração do subso-lo que ninguém mais se atreve a pensar nisso. Outra é a Lei do Petróleo, que põe nas mãos do Conselho todas as armas para a completa aniquilação dos esforços do país na exploração do petróleo.

A ideia central dessas leis é a nacionalização do capital. Mas houve uma insidio-sa confusão. Evitar que o capital estrangeiro se aposse de nossas reservas mine-rais é coisa plenamente justificável; mas impedir que o estrangeiro que está no Brasil se torne acionista das empresas, é maldade pura. Esses estrangeiros – um português aí do Rio, que veio mamando e aqui enriqueceu; um italiano cá de São Paulo que veio há 50 anos e também aqui enriqueceu – são detentores de Ca-pital Nacional, impedir que sejam acionistas de petróleo é maquiavelismo puro, cujo único fim foi, sob capa de nacionalismo, fazer que a maior parte do capital nacional disponível (justamente a que está na posse desses homens) não pudesse contribuir para o desenvolvimento da indústria do petróleo, desse modo agravando as dificuldades de dinheiro das empresas nacionais. Matarazzo pôde dirigir uma gigantesca indústria de alimentos, coisa que diz diretamente com a nossa vida e saúde – mas não pôde tomar uma ação de 100 mil réis numa empresinha de petróleo! Um nacionalismo que raciocina desse modo evidentemente não pensa com o cérebro – sim com qualquer outro membro menos nobre do corpo.

O quadro de apatia no que se refere aos investimentos e políticas para a indústria petrolífera manteve-se até o início da década de 1950 com a edição da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, que institui o monopólio da União sobre as atividades relacionadas em seu art. 1º e autorizou a criação da Petróleo Brasi-leiro S/A (Petrobrás), conferindo-lhe a exclusividade das atividades ali listadas¹⁹.

O panorama legal perdurou até 1988 quando a Constituição²⁰ recém-promulgada tratou do monopólio em favor da União, sem, no entanto, discipli-

17 Conselho Nacional do Petróleo (CNP), criado pelo Decreto-Lei nº 395, de 29 de abril de 1938.

18 Standard Oil Company of New Jersey (EXXON), conhecida no Brasil como Esso.

19 “Art. 1º Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, existentes no território nacional; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem. Art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior: I – por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização; II – por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S.A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.”

20 “Art. 177. Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; 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

nar como seria exercido, mantendo, dessa forma, o que dispunha a Lei nº 2.004, que determinava a exclusividade das atividades elencadas à Petrobrás.

Em 1995, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 9 (Emenda nº 9), alterando o texto do § 1º²¹ do art. 177, fato que passou a ser conhecido como flexibilização do monopólio da Petrobrás. Por ocasião da Emenda nº 9, a conformação do setor petrolífero foi amplamente modificada com o advento da Lei nº 9.478 (Lei do Petróleo), de 6 de agosto de 1997, que criou a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e instituiu o sistema de concessão para a exploração e óleo e gás através de processo licitatório.

O novo sistema abriu o mercado brasileiro, possibilitando o ingresso de empresas multinacionais, bem como a criação e expansão do setor para o capital privado interno. Novos blocos exploratórios foram colocados aos mercados, ampliando consideravelmente as reservas provadas para mais de quinze bilhões de barris equivalentes, cerca de 1% (um por cento) das reservas mundiais.

A descoberta das reservas do pré-sal, em 2006, implicou opção política em mudar para um regime regulador misto que põe, de um lado, o sistema de concessão para as áreas do pós-sal e, de outro, o regime de partilha da produção, introduzido pela Lei nº 12.351/2010 (Lei da Partilha), em áreas geológicas do pré-sal, bem como nas áreas declaradas estratégicas – assim entendidas como regiões de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitadas em ato do Poder Executivo, caracterizadas pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos²².

2 A EMENDA Nº 9 E O MONOPÓLIO DA UNIÃO

Inobstante fosse possível avanços mais significativos, a reforma no sistema exploratório de petróleo e gás natural, promovida pela Emenda nº 9, apesar de manter o monopólio da União, possibilitou a contratação de empresas estatais e privadas para a execução das atividades previstas no art. 177, I a IV. Bercovici²³ ressalta que foi extirpada “do texto constitucional a Petrobrás como executora única do monopólio”.

Com a vênica merecida à opinião do autor, cabe mencionar que a Petrobrás nunca teve exclusividade na execução do monopólio da União pela Constituição de 1988. O texto da Carta Magna erigiu o monopólio tão so-

no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.”

21 “§ 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.”

22 Art. 2º, V, da Lei nº 12.351/2010.

23 BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 252.

mente à União. A qualidade de executora foi concedida à Petrobrás por lei ordinária²⁴, recepcionada pelo novo ordenamento e depois revogada pela Lei nº 9.478/1997.

Portanto, a exclusividade da Petrobrás como executora do monopólio era mera previsão legal e, como tal, por lei poderia ser alterada ou suprimida. A Emenda nº 9, em verdade, veio tão somente para conferir maior segurança jurídica ao novo sistema, segurança essa necessária à atração de investimentos e desenvolvimento de uma nova indústria responsável por considerável aumento na produção nacional.

As questões econômicas permeiam intrinsecamente a legislação petrolífera brasileira, e não poderia ser diferente. Todavia, o “nacionalismo ingênuo”, tão poeticamente apregoado por Monteiro Lobato²⁵, certas vezes aloca-se a favor do próprio capital que parece querer manter afastado. A Emenda nº 9 e a Lei nº 9.478/1997 foram responsáveis pelo grande salto do Brasil na indústria petrolífera: de rincão insignificante à décima quinta maior reserva mundial. Destacam Pires e Schechtman²⁶ que:

O marco regulatório criado em 1997 determinou as regras necessárias à participação dos agentes privados nas atividades *upstream* da indústria do petróleo e do gás natural, antes exclusivamente desempenhadas pela Petrobras. Nesse sentido, seu objetivo era o de promover a entrada de novas empresas, fomentar a competição e atrair novos investimentos – isolados ou em parcerias com a própria Petrobras.

A nova lei, em sua redação original, dispunha que as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação²⁷. O marco do pré-sal manteve a licitação acrescentando o sistema de partilha da produção, determinando a utilização das duas formas (concessão e partilha da produção) concomitantemente. Questões específicas sobre a partilha serão abordadas no item seguinte; todavia, cabe indagar até que ponto a utilização desses dois sistemas contribui positivamente para o setor, ou representa mero ensaio político.

24 Art. 2º, II, da Lei nº 2004, de 3 de outubro de 1953.

25 Cabe referir que Monteiro Lobato, mais conhecido por suas inúmeras obras em literatura infantil, era diplomata, petroleiro e profundo conhecedor da economia e política nacionais. Dedicou grande parte de sua vida a provar que o Brasil tinha petróleo e que era viável explorá-lo nas bacias sedimentares em terra (onshore), coisa que até hoje, com raras exceções, não se faz – apesar dos estudos que comprovam que por aqui há petróleo on shore. Atribuía o “nacionalismo ingênuo” a um conluio entre membros do governo e a Standard Oil of New Jersey (ESSO), no intuito de manter as reservas brasileiras inexploradas.

26 PIRES e SCHECHTMAN. In: GIAMBIAGI, Fabio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.), 2013. p. 84.

27 Art. 23 da Lei nº 9.478/1997, antes da alteração promovida pela Lei nº 12.351/2010, que atualmente conta com a seguinte redação: “As atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma estabelecida nesta lei, ou sob o regime de partilha de produção nas áreas do pré-sal e nas áreas estratégicas, conforme legislação específica” (acréscimos em itálico).

Diante do sucesso do modelo de concessão, cabe o questionamento em relação aos motivos para sua substituição pelo modelo de partilha nos próximos leilões dos blocos do pré-sal. Tal mudança foi feita sob a alegação de que a elevada rentabilidade projetada pelos campos do pré-sal exigia um novo marco regulatório, que garantisse a apropriação dos recursos pelo “povo brasileiro”. O novo arranjo institucional estabeleceu o modelo de partilha e trouxe consigo vários retrocessos em relação ao modelo de concessão. O primeiro diz respeito à quebra da estabilidade regulatória, devido à substituição do modelo. Em segundo lugar, o novo modelo de partilha retoma o monopólio da Petrobras na operação dos campos e dá um mínimo de 30% para a estatal nos futuros leilões do pré-sal, retirando a igualdade de condições de todas as empresas nas licitações. As mudanças introduzidas no marco regulatório, após o anúncio do pré-sal, têm gerado inúmeras incertezas quanto à continuidade do círculo virtuoso que o setor de petróleo viveu no Brasil durante a vigência exclusiva do modelo de concessão.²⁸

A Emenda nº 9 e a legislação que lhe sobreveio propiciou ambiente de estabilidade jurídica para que o setor pudesse investir de forma programada. A modificação trazida pelo assim chamado “marco do pré-sal” inegavelmente impôs duas novas questões que não se podem olvidar pela indústria do petróleo: a) insegurança jurídica advinda especialmente de incertezas quanto ao posicionamento dos comitês operacionais para a áreas do pré-sal, bem como a estabilização das funções da Pré-Sal Petróleo S/A (PPSA), a qual compete a defesa dos interesses da União naqueles Comitês; e b) capacidade (ou incapacidade) da Petrobrás em operar o mínimo de 30% dos blocos licitados.

A Lei do Petróleo propiciou a segurança jurídica e o florescimento da livre iniciativa em suas duas facetas: tanto na liberdade de comércio e indústria, quanto na liberdade de concorrência. Foi mantida a iniciativa estatal através de uma das maiores *National Oil Companies* (NOC) do mundo, a Petrobrás, que, todavia, passou a concorrer com as demais empresas em situação de igualdade nas rodadas de licitação promovidas pela ANP.

Foi alcançada a tão desejada estabilidade regulatória: com a autonomia de que gozava até então²⁹ a agência reguladora, foi possível estabelecer um ritmo de licitações que alçou o país à efêmera condição de autossuficiência nos derivados do petróleo. Inobstante a regulação exista com o propósito de propiciar um ambiente favorável ao desempenho de uma determinada atividade econômica – que equalize os interesses do Estado, da indústria e dos destinatários do serviço –, parece haver, mesmo entre estudiosos do tema, entendimentos no sentido de que a atividade é quase um mal necessário e a agência presta-se

28 PIRES e SCHECHTMAN. In: GIAMBIAGI, Fabio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.), 2013. p. 101.

29 Aponta-se para uma crescente diminuição da autonomia técnica da ANP que, em diversos episódios, tem sido objeto de interferência por parte do Poder Central, abrindo o flanco para a sobreposição de decisões políticas àquelas de ordem técnica.

a defender a sociedade de possíveis infortúnios. A título de exemplo, Martins³⁰ aduz que:

No Brasil, algumas previsões constitucionais atestam a importância dada às atividades relativas ao petróleo e explicam a existência do monopólio, que é necessário para possibilitar um maior controle estatal de tais atividades: a) em primeiro lugar, o petróleo, como qualquer outro recurso mineral, teve sua propriedade atribuída à União Federal; b) sua exploração, tal como ocorre com os demais recursos minerais, depende de concessão ou autorização, dada de acordo com o interesse nacional; c) *sua exploração é vista como desfalque patrimonial*, já que implica a utilização das reservas petrolíferas que vão-se esgotando (característica de bem escasso) e, por isso, *enseja indenização aos entes federativos e ao proprietário do solo* (através de participação em seus resultados ou compensação financeiras); d) o abastecimento interno deve ser garantido, com fornecimento de derivados em todo o território nacional. (grifos nossos)

Veja-se, no trecho citado, a ideia que a exploração do óleo é “desfalque patrimonial” e que as participações governamentais e não governamentais têm natureza de indenização pelo esgotamento de um bem escasso. Essas noções referidas pela autora representam o grande entrave subjacente no inconsciente coletivo brasileiro. Países como Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos da América desenvolveram-se através da exploração de seus recursos naturais. O coque³¹, utilizado como alavanca energética da revolução industrial, foi largamente explorado sem que isso trouxesse qualquer sentimento de perda ou dano ao povo inglês; muito pelo contrário, só trouxe progresso e desenvolvimento.

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 trilha à condução dos negócios e evitando os efeitos negativos que podem advir da exploração de recursos naturais como a doença holandesa, que teria gerado o declínio do setor industrial daquele país na década de 1970. Mesmo esses efeitos negativos são passíveis de dúvida, como comenta Ross³²:

There is a little doubt that the Dutch Disease is real. After the booms of the 1970s, the Dutch Disease hurt the agricultural and manufacturing of many oil-exporting countries, including Algeria, Colombia, Ecuador, Nigeria, Trinidad, and Venezuela. In Nigeria, the Dutch Disease caused the value of agricultural production to fall from the early 1970s to the mid-1980s, and it devastated industries built on the export of cocoa, palm oil, and rubber. In Algeria, booming oil exports led to a drop in manufactured exports twice – first in the late 1970s, and again in the late 1990s and early 2000s.

30 MARTINS, Daniela Couto. Op. cit., p. 149.

31 Combustível derivado do carvão betuminoso (hulha).

32 ROSS, Michael L. Op. cit., p. 48-9.

From a purely economic perspective, the Dutch Disease is not grave as its name implies. According to the theory of comparative advantage, a rise in oil and gas exports should crowd out other types of exports, since it connotes a shift in a country's comparative advantage. If the income generated by the oil sector is greater than the income lost in manufacturing and agriculture – which should be true, according to simple economic models – the country should still be better off.

Assim, a doença holandesa não é uma consequência inescapável aos países exportadores de recursos minerais, especialmente o petróleo – desde que haja um controle entre os diversos bens exportados com vistas a manter um equilíbrio entre os diversos produtos que compõem a pauta de exportação.

O monopólio da União e a regulação do setor projetam justamente confluir os fatores positivos da cadeia, ajustando, na medida em que possível for, o capital privado e o interesse público. 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. Os aspectos positivos da Emenda nº 9 são justamente possibilitar o surgimento dessa indústria antes restrita à Petrobrás, mas que, como já demonstrado, tem uma face de maior dimensão que merece o cuidado atento do Estado, como administrador e legislador.

3 O CONTRATO DE PARTILHA DA PRODUÇÃO NO PRÉ-SAL BRASILEIRO

O “marco regulatório do pré-sal” é composto pelas seguintes leis: a) 12.276 (Lei da Cessão Onerosa), de 30 de junho de 2010, que autoriza a União a ceder onerosamente 5.000.000.000 (cinco bilhões) de barris de petróleo à Petrobrás com a finalidade de capitalizar a empresa; b) 12.304 (Lei da PPSA), de 2 de agosto de 2010, que autoriza a criação da empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA), cujo objeto é 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; c) 12.351 (Lei da Partilha), de 22 de dezembro de 2010, que 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; e d) 12.734 (Lei dos *Royalties*), de 30 de novembro de 2012, que determina novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos *royalties* e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos nos regimes de concessão e de partilha da produção.

O monopólio da União permaneceu inalterado. Todavia, foi instituído um sistema misto em que, conforme demonstrado acima, utiliza-se da concessão ou da partilha de produção a depender da característica da área a ser licitada. Na Lei do Petróleo, em que os blocos são concedidos, há livre concorrência entre os interessados. Nesse caso, a Petrobrás concorre em situação de igualdade entre as demais operadoras, sejam elas de origem nacional ou estrangeira.

Nesse panorama institui-se estabilidade regulatória suficiente ao ingresso de diversas *International Oil Companies* (IOC), o que representou considerável incremento na produção de petróleo e gás natural desde 1997. A opção política de adoção do contrato de partilha da produção pelo novo marco legal ainda é objeto de avaliação pelo mercado, o que tornou a primeira rodada de licitações do pré-sal um evento de concorrente único.

O sistema de partilha da produção é velho conhecido na indústria do petróleo. Não é novidade introduzida pelo legislador brasileiro, sendo, com frequência, adotado por países em desenvolvimento, como o Brasil; Angola, Rússia e Trinidad e Tobago utilizam os dois sistemas concomitantemente. O modelo aqui perfilado guarda características singulares que merecem análise pormenorizada.

Conceitos legais, diversas vezes, são objeto de crítica; entretanto, no setor petrolífero, a necessidade de segurança para certas expressões comumente impõe ao legislador a utilização de definições legais. A Lei da Partilha dedicou um artigo com treze incisos para tentar rebater dúvidas hermenêuticas no que respeita a certas expressões. Assim, entendeu-se por partilha da produção o regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado (Petrobrás ou o consórcio formado por ela e outras operadoras) exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato, aplicando-se a áreas do pré-sal³³ e em áreas estratégicas³⁴ – donde se conclui que permanece o regime de concessão para as demais áreas.

Percebe-se logo que a União, detentora do monopólio, não assume qualquer risco nas atividades exploratórias, sendo este integralmente assumido pelo

33 Região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no anexo da Lei da Partilha, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico.

34 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.

contratado. Essa característica é comum aos contratos de exploração do setor petrolífero, haja vista que os riscos são inerentes à atividade empresarial e o Estado não exerce tal atividade, figurando na cadeia produtiva como poder concedente do direito à exploração comercial do bem objeto do contrato.

Ocorrendo a descoberta comercial³⁵, o contratado terá direito à apropriação das parcelas relativas ao óleo custo e ao óleo lucro³⁶ como compensação pelos investimentos necessários à exploração do bloco, após o desconto das participações governamentais estipuladas em lei e no contrato.

A Petrobrás é operadora única, situação distinta do que ocorre no sistema de concessão. Isso significa que, nos contratos de partilha, em 100% (cem por cento) dos blocos licitados a estatal estará à frente da logística do processo exploratório, mesmo que tenha menor parcela no consórcio ou que, simplesmente, não tenha participado do leilão. O consórcio é instituído nos termos do art. 20 da Lei de Partilha, sendo compulsória a sua formação entre os vencedores e a Petrobrás, se esta já não fizer parte do grupo de arrematantes.

A participação mínima da Petrobrás no consórcio não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento). Desse modo, o que houve, na prática, foi a ressuscitação do monopólio de execução da empresa controlada pela União para o contrato de partilha, ou seja, mesmo que seja minoritária na arrematação dos blocos será operadora por determinação legal. A opção foi muito questionada, especialmente em razão de dúvidas sobre a capacidade operacional da petroleira para fazer-se presente em todos os campos a serem licitados no futuro.

No Leilão de Libra, maior campo do pré-sal até então, o consórcio vencedor (único concorrente) foi formado pela Petrobrás (Brasil), Shell Royal-Dutch (Anglo-Holandesa), Total (França), *China National Petroleum Corporation* (CNPC) (China) e *China National Offshore Oil Corporation* (CNOOC) (China) e arrematou o campo com o lance de 41,65% (quarenta e um vírgula sessenta

35 A Lei do Petróleo define descoberta comercial como descoberta de petróleo ou gás natural em condições que, a preços de mercado, tornem possível o retorno dos investimentos no desenvolvimento e na produção.

36 A indústria do petróleo refere o óleo retirado dos blocos exploratórios em duas parcelas distintas: a) o óleo custo (cost oil), correspondente ao percentual da produção destinado a cobrir as despesas necessárias à descoberta comercial; e b) o óleo lucro (profit oil), correspondente ao retorno comercial pelo investimento. Para a primeira rodada de licitações do pré-sal, conhecida por Leilão de Libra, o Conselho Nacional e Política Energética (CNPE) editou a Resolução nº 7, de 9 de outubro de 2013, a qual estabeleceu que, no contrato a ser celebrado pela União, relativo à Primeira Rodada de Licitações sob o regime de partilha de produção na área do pré-sal, nos termos do art. 9º, IV, da Lei nº 12.351, de 2010, após o início da produção, caso os gastos registrados como custo em óleo não sejam recuperados no prazo de dois anos, a contar da data do seu reconhecimento como crédito para o contratado, o limite de que trata o § 5º do art. 1º da Resolução CNPE nº 5, de 25 de junho de 2013, será aumentado, no período seguinte, para até 50% até que os respectivos gastos sejam recuperados. Na prática, a resolução do CNPE tornou o campo de Libra mais atrativo ao mercado, possibilitando a recuperação mais célere do investimento destinado à produção. A edição do ato foi considerada um indício de que haveria rejeição dos grandes operadores em razão das incertezas geradas pelo novo marco regulatório e nos altos custos envolvidos na operação.

e cinco por cento) do excedente em óleo³⁷ a ser extraído, o que correspondeu ao lance mínimo.

Na hipótese, a Petrobrás participou do consórcio que arrematou o bloco, já estando satisfeita a exigência do art. 20 da Lei da Partilha. Todavia, caso a empresa não participe de consórcios arrematantes futuros, terá que ingressar neles após a divulgação do resultado com o percentual de 30% (trinta por cento) e operar o campo desde a pesquisa até a perfuração do poço.

A par de posicionar parâmetros específicos do sistema de partilha da produção no Direito brasileiro, cumpre não olvidar a criação da PPSA³⁸ pelo Decreto nº 8.063, de 1º de agosto de 2013, que tem 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 PPSA é empresa pública federal e se constituiu sob a forma de sociedade anônima, não exercendo qualquer função de execução, direta ou indireta, de atividades de exploração, produção e comercialização. Trata-se de um ente cujo objeto é essencialmente gerencial, não guardando atividade regulatória (típica da ANP) ou de execução do monopólio (reservado à Petrobrás). Sua função precípua é gerir os contratos, garantindo a fiel execução dos mesmos, maximizando seus resultados econômicos.

A exemplo do marco regulatório como um todo, a PPSA foi objeto de intensos debates, inclusive quanto a sua real utilidade, haja vista que suas funções poderiam ser realizadas pela agência reguladora, com resultados satisfatórios e economia do dinheiro da criação de mais esse ente público³⁹. Os partidários da ideia trouxeram a lume argumentos louváveis, com especial destaque para a defesa da especialização de tarefas como meio de atingir mais eficiência na gestão contratual. O correr da execução dos primeiros contratos será o principal termômetro da razão.

3.1 A RECUPERAÇÃO DO CUSTO EM ÓLEO

O regime de partilha da produção tem consigo como caractere a possibilidade de recuperação do custo efetivamente expendido na pesquisa, explora-

37 Parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos royalties devidos e, quando exigível, à participação especial.

38 A Lei nº 12.304 (Lei da PPSA), de 2 de agosto de 2010, autorizou a criação da empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA).

39 O capital social inicial da PPSA é de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), dividido em cinquenta mil ações ordinárias nominativas e sem valor nominal, com integralização de trinta por cento em pecúnia pela União.

ção e produção em óleo, ou seja, a operadora poderá apropriar-se de parte da produção *in natura*, conforme estipulado no contrato.

Essa possibilidade torna atrativo o investimento especialmente para os grandes *players*⁴⁰, que vislumbram a aquisição da *commoditie* para refino em unidades próprias, especialmente fora do território nacional, seja para abastecer o consumo interno no país de origem, seja para futuras exportações.

A recuperação do custo despendido, todavia, está adstrita a regras previstas no contrato a ser assinado em cada rodada de licitação entre a União⁴¹ e as empresas ou consórcios vencedores. Como, até este momento, só foi realizada a 1ª rodada de licitação para os campos do pré-sal, as regras encontram-se inseridas no contrato aprovado e assinado após o término do processo⁴².

Nesse parâmetro, é possível sistematizar as circunstâncias para que essa apropriação possa ocorrer. Em primeiro lugar, tem-se a hipótese em que o custo em óleo só será apropriável em caso de descoberta comercial assim reconhecida pela ANP. No caso de viabilidade exploratória não reconhecida ou não havendo descoberta, não haverá qualquer custo recuperável, sendo que o risco é integralmente suportado pelo consórcio operador.

Em segundo, havendo a declaração de comercialidade, deve-se delimitar quais custos são efetivamente recuperáveis. O contrato determina que esses dispêndios são unicamente aqueles aprovados pelo Comitê Operacional e reconhecidos pela Gestora (PPSA), ou seja, a simples comprovação do custo não é suficiente para que o consórcio possa recuperá-lo. É necessária a submissão e aprovação ao Comitê e o reconhecimento da validade pela PPSA.

Em sequência, o terceiro aspecto refere-se à forma como o custo em óleo é retornável. Seguindo regra rígida, a recuperação ocorrerá mês a mês, sendo que, nos dois primeiros anos, não poderá ultrapassar 50% do Valor Bruto da Produção (VBP) e nos anos seguintes o percentual fica adstrito a 30%, até o final do prazo estipulado para a vigência do ajuste.

É importante destacar que o momento da determinação do custo em óleo serve como marco para a conversão da pecúnia no produto. Disso decorre que não é admitida qualquer espécie de correção de valores e eventuais saldos positivos apurados ao final do contrato não são indenizáveis. Portanto, mesmo que

40 O setor petrolífero mundial conta com empresas de grande porte que operam em blocos diversos em todos os continentes. Classificam-se em: a) International Oil Companies (IOCs), a exemplo da Shell, BP e Exxon; e b) National Oil Companies (NOCs), a exemplo da Petrobras (Brasil) e CNOOC (China).

41 A União celebra diretamente o contrato por intermédio do Ministério de Minas e Energia (MME). A Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) participa como gestora e fiscalizadora. A Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) intervém como gestora do contrato.

42 O contrato encontra-se disponível em: <http://www.brazilrounds.gov.br/portugues/contratos_e_editais.asp>. Acesso em: 13 ago. 2015, às 7h59.

o consórcio não consiga recuperar todo o custo durante a vigência do contrato, não poderá reclamar quaisquer valores à União a título de indenização.

3.2 A PARTILHA DO EXCEDENTE EM ÓLEO

Outro elemento contratual de basilar importância é a partilha do excedente em óleo, ou seja, a parcela remanescente após o desconto do custo em óleo, que é feita em periodicidade mensal e apurada conforme a média de preço do petróleo tipo Brent⁴³ e a média de produção diária dos poços produtores de cada campo. Nessa hipótese, o contrato estipula fórmula para a correção dos valores, considerando o preço atualizado e o preço base do óleo cru.

CONCLUSÃO

A análise presente tomou como ponto de partida questões de ordem histórica, econômica e jurídica para a indústria petrolífera no Brasil e no mundo, buscando a melhor compreensão dos fatores que levaram à escolha na alteração do sistema regulatório da indústria nacional, bem como a demonstração de aspectos jurídicos relevantes ao entendimento dos parâmetros basilares do setor.

A crítica é inevitável, porém há de ser interpretada sob a ótica da busca de resolução de problemas. Optou-se pelo abandono de um sistema testado, confiável e apontado como um dos responsáveis pelo incremento da produção há mais de dez anos, por outra forma, cujas vantagens não puderam ser compreendidas em suas bases econômicas e jurídicas e cuja eficácia, ou falta dela, pode colocar em cheque o abastecimento interno.

Não bastasse isso, foi reinstituída a exclusividade de execução do monopólio da União para a Petrobrás, gerando franco embate entre o governo e a indústria que aqui se instalou, especialmente se questionando a capacidade de uma única empresa operar todos os campos a serem licitados sob o regime de partilha da produção.

O sistema de partilha da produção, salvo a adição de um agente a mais no arranjo institucional (PPSA) e a ressuscitação da exclusividade operacional à Petrobrás, pouco alterou a relação negocial entre o poder concedente e o contratado. A construção do marco regulatório foi recheada de discussões políticas, especialmente sobre a distribuição de *royalties* entre os entes federativos e a capitalização da Petrobrás, o que deixou ao largo questões maiores como a eficiência operacional e a segurança regulatória.

43 Petróleo retirado do Mar do Norte e comercializado na bolsa de Londres. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2083:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 13 ago. 2015, às 8h47.

Temas de praticidade latente como a recuperação do “óleo custo” e a divisão do “óleo lucro” tomam relevo de dimensões ainda não mensuradas, posto que podem funcionar como atrativo a novos investimentos ou simples forma de apropriação o óleo cru, sem qualquer agregação de valor em território nacional.

Como o setor petrolífero irá reagir a essas facetas, só o tempo dirá. As questões jurídicas ainda serão pensadas e debatidas, na busca de um entendimento que possa conformar a nova legislação às necessidades da sociedade, de segurança no abastecimento e estabilidade de preços.

REFERÊNCIAS

- BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos naturais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. 395 p.
- ECONOMIDES, Michael; OLIGNEY, Ronald. *The color of oil: the history, the money and the politics of the world's biggest business*. Katy: Round Oak Publishing Company, 2000. 203 p.
- GIAMBIAGI, Fabio; LUCAS, Luiz Paulo Vellozo (Org.). *Petróleo, reforma e contrarreforma do setor petrolífero brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. 334 p.
- MARTINS, Daniela Couto. *A regulação da indústria do petróleo*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 254 p.
- MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à lei do petróleo*. São Paulo: Atlas, 2000. 290 p.
- MONTEIRO LOBATO, José Bento Renato. *Escândalo do petróleo e ferro*. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1956. 316 p.
- RAMÍREZ, Mariano. *Petróleo*. 1. reimp. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003. 267 p.
- ROSS, Michael L. *The oil curse: how petroleum wealth shapes the development of nations*. New Jersey: Princeton University Press, 2012. 289 p.