

# Marco regulatório

## O novo modelo para exploração na área de pré-sal

Com as descobertas de petróleo no pré-sal em regiões do litoral brasileiro, instalou-se um amplo debate político-jurídico-institucional a respeito do adequado tratamento jurídico a ser dado à exploração da *commodity* na região, especialmente em face das perspectivas de maior rentabilidade e menor risco de exploração nas referidas áreas, se comparadas com os atuais campos em exploração à luz do atual modelo de concessão.

Para um melhor entendimento do tema, vale fazer uma breve retrospectiva histórica, a fim de que seja possível compreendê-lo ao longo de sua evolução. O primeiro modelo de exploração de recursos do solo e subsolo aplicado no Brasil no período colonial e imperial foi o 'regalismo', por meio do qual se resguardava à Corte portuguesa o direito de exploração dos recursos minerais brasileiros. Aos particulares interessados na exploração havia a necessidade de outorga, que implicava a transferência de um bem dominical para o particular, tendo como contraprestação o pagamento de determinado preço.

Com a proclamação da República e advento de uma nova Constituição, adotou-se o regime da propriedade plena, mediante o qual o direito de prospecção e exploração de minérios e petróleo era resguardado ao proprietário das terras sob as quais mencionados recursos se encontravam, cabendo a estes, por conta e risco, promover a atividade exploratória. Nesta linha, atribuía-se ao proprietário do solo a propriedade tanto deste quanto do subsolo, a título acessório, conforme o artigo 72 da Constituição de 1891.

Com a Carta de 1937, o regime da propriedade plena dá lugar ao regime de autorização: os recursos minerais passam a compor o patrimônio da União, cabendo a esta determinar as formas de exploração e autorizar terceiros a explorarem, em substituição ao Estado propriamente dito. Especificamente em relação à indústria do petróleo, importa sublinhar que, em 29 de abril de 1938, foi publicado o Decreto-Lei n. 395, que tinha por finalidade regulamentar a indústria do petróleo nacional.

### Criação da Petrobras

Por intermédio deste decreto, declarou-se o petróleo como recurso de utilidade pública e regulou-se a importação, exportação, transporte, distribuição e comércio de petróleo bruto e seus derivados, no território nacional, e bem assim a indústria da refinação de petróleo importado e produzido no país. E mais: definiu-se a competência do Governo Federal em questões atinentes ao petróleo produzido no país e criou-se o Conselho Nacional

**Maria Cecília Cury Chaddad** é advogada e sócia do escritório Machado, Meyer, Sendacz e Opice.



**Mario Marcio Saad Lima** é advogado. Estagiando no escritório Machado, Meyer, Sendacz e Opice.



do Petróleo (o CNP), ao qual coube executar as medidas estipuladas no mencionado decreto-lei.

Sob a égide do tema "o Petróleo é nosso", é publicada, no segundo Governo Vargas, a Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953, marco crucial na regulação do setor petrolífero no país. Dispondo sobre a Política Nacional de Petróleo, definiu atribuições do CNP, criou a Petrobras e determinou o monopólio da União sobre: a) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo existentes no território nacional; b) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; e c) o transporte do petróleo. Tal monopólio seria exercido, conforme o artigo 2º da referida lei, por meio do CNP, órgão de orientação e fiscalização, e da Petrobras e suas subsidiárias.

Mais tarde, as atividades de exploração e importação do petróleo passaram a integrar o rol de atribuições da Petrobras. Criou-se, assim, um modelo de exploração monopolista, cabendo à estatal gerenciar toda a cadeia de petróleo em território nacional.

Entre os anos de 1975 a 1985, a União aplicou um modelo de exploração por meio de contratos de risco. Neste modelo, a União subcontrata empresas para a realização de atividades de exploração de petróleo, participando dos resultados advindos da exploração. O volume total de petróleo extraído era de propriedade única e exclusiva da União.

## Fim do monopólio

O regime de monopólio da Petrobras teve sua quebra com o advento da Emenda Constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995, que deu nova redação ao artigo 177 da Constituição Federal.

A partir daí, a União passou a poder contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades de pesquisa, lavra, refinação e transporte de petróleo, e importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades atinentes ao petróleo.

Quase meio século após a criação do modelo monopolista de exploração, que ocasionou a estruturação de uma empresa forte e mundialmente conhecida no ramo de prospecção e exploração de petróleo, iniciou-se o processo de abertura da atividade ao capital privado. Houve a implementação de novo modelo de exploração, baseado na abertura do mercado à concorrência, por meio da concessão da prestação dos serviços à iniciativa privada.

A regulamentação do tema se deu com a edição da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (a "Lei do Petróleo").

Ainda que o artigo 4º da Lei do Petróleo mantenha as atividades atinentes ao petróleo como monopólio da União, o artigo 5º é claro ao determinar que as ativida-



Foto FPSO BW Cidade de São Vicente: Stétersen Faria, Petrobras

des econômicas que digam respeito ao petróleo poderão ser exercidas pela iniciativa privada, sendo reguladas e fiscalizadas pela União.

Do ponto de vista normativo, as atividades de exploração e produção da indústria do petróleo passam a ser regidas por concessões de serviço público, precedidas de licitação, conforme determina o artigo 175 da Constituição.

Do ponto de vista fático, determina-se a transição entre o monopólio estatal para a posição de livre mercado, competitivo, de forma a possibilitar e fomentar a entrada de capital privado e a estabilização de investimento em um setor da economia até então fechado.

O sistema atualmente em vigor, instituído pela Lei do Petróleo, é o de concessões. Nele, as empresas participam de licitação para aquisição do direito de explorar determinada área, por um determinado prazo. Apesar de a empresa assumir todo o risco atinente à extração do petróleo na área concedida, a grande vantagem do sistema é que a empresa vencedora do certame adquire o direito de explorar todo o petróleo que encontrar na área objeto do contrato, pagando, conforme a Lei do Petróleo, pela ocupação ou retenção da área, além de impostos e *royalties*, e participações especiais, se for o caso.

## O pré-sal

A manutenção do modelo atual para as novas áreas do pré-sal parece ser a grande preferência dos *players* do

setor – aceitando-se, inclusive, eventual incremento nas fatias das atuais participações especiais, que poderia passar dos atuais 40% da receita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor, para até cerca de 80%.

Contudo, a partir das descobertas do pré-sal, surgiu o debate sobre a possível mudança no atual regime, de forma que os recursos dos novos campos de petróleo, e as receitas dele oriundas, revertam-se, de alguma forma, em maiores benefícios para o povo brasileiro. Foi instituída, nesse âmbito, por decreto presidencial, a Comissão Interministerial, com a finalidade de estudar e propor as alterações necessárias na legislação no que se refere à exploração e à produção de petróleo e gás natural nas novas províncias petrolíferas descobertas no pré-sal.

Um dos modelos trazidos à baila é o de partilha de produção, no qual a concessionária que faz a exploração não adquire a propriedade do produto obtido, que se mantém nas mãos do Estado. A concessionária recebe, como remuneração dos serviços, parcela do produto por ela explorado. Assim, a ideia é que a União fique com a maior parcela da produção, ainda que as petrolíferas fiquem com parte do produto.

Como modelos de contratação, podemos pensar que: a) haverá um sistema de licitações públicas, no qual a empresa que oferecer a maior parcela de produção se sagre vencedora do certame, adquirindo o direito de explorar campos localizados no pré-sal; ou b) nem todos os novos campos sejam submetidos ao procedimento de concorrência pública, de forma que se dê ao Governo, ou à eventual empresa criada por ele para a administração das reservas do pré-sal, a faculdade de contratar empresas – leia-se, Petrobras – para operar na extração de petróleo nos blocos, remunerando-as, mais uma vez, com parcela do óleo extraído.

### Insegurança jurídica

A implementação de tal modelo demandaria modificações substanciais na legislação do setor, que não o prevê. Caso isso ocorra, é provável que se gere um grau de insegurança jurídica no setor, já que se trata de modelo novo por aqui e o mesmo demandaria um período de maturação – pelo qual já passou, e bem – do atual modelo de concessões públicas.

Cabe observar, adicionalmente, que, tendo em vista as últimas informações obtidas com base no resultado do Grupo de Trabalho que estuda a questão, caso se adote o modelo de partilha de produção, ele conviverá com o de concessões. Neste diapasão, caberá ao Governo adotar uma solução para que não se crie uma distinção infundada, anti-isonômica, entre petrolíferas: aquelas sob o regime de concessões, e, portanto, proprietárias do óleo de determinada área, e as que partilhem produção com a Administração, que seriam proprietá-

rias de apenas parte do óleo explorado, e, portanto, ao menos em teoria, teriam uma “remuneração” inferior pela prestação de um mesmo serviço ou realização de uma mesma atividade.

Um outro modelo levantado nas discussões sobre uma nova regulamentação do setor é o de prestação de serviços. Neste, a União contrataria empresas para explorar o petróleo de determinada região. Como o próprio nome diz, as empresas são, neste caso, meras prestadoras de serviço: não se tornam sócias do negócio nem adquirem a propriedade do óleo da área.

Além da necessidade de modificações legislativas para a implantação do modelo – o que já seria, por si só, bastante custoso –, nele as contratadas não têm incentivos para incorporarem tecnologia nova ou mais eficiente de produção, ao contrário do que ocorre nos dois modelos apresentados antes. Por não ser atrativo à iniciativa privada – justamente o contrário do que se pretendeu com a abertura de mercado institucionalizada pela EC n. 9, a adoção de um tal modelo parece ter sido descartada de plano pela Comissão Interministerial responsável pelos debates sobre o arcabouço jurídico adequado para a exploração das reservas do pré-sal.

### Modelo enxuto

No sistema norueguês – que parece ter ganhado força no Governo, sobretudo, por trazer a ideia de criação de uma empresa estatal – o Poder Público, por meio de uma estatal (a Petoro, no caso da Noruega, ou a Petrosal, como já apelidada no Brasil), administra toda a atividade de extração no território nacional. Verte parcela dos recursos advindos desta atividade a um Fundo soberano, de forma a evitar os efeitos decorrentes do acúmulo de divisas e da doença holandesa, garantindo a estabilidade da economia interna.

Neste modelo, a transferência de recursos advindos da exploração do petróleo reverteria em benefícios ao setor de infraestrutura, ao sistema educacional e ao desenvolvimento econômico local, outra razão a despertar a simpatia do Governo Federal, que pretende, por meio da nova estatal, corrigir “defeitos históricos” para com a população, em especial no que diz respeito a educação.

O modelo seria dirigido pelas seguintes premissas:

- a) controle total do Estado sobre a produção;
- b) averiguação e controle dos riscos conferidos à atividade, bem como assunção de parte destes;
- c) prevenção de estagnação da economia, mediante investimentos diretos em setores estratégicos;
- d) investimentos em *pesquisa e desenvolvimento*; e
- e) amenização dos riscos econômicos advindos da desvalorização do produto.

A informação que se tem é a de que a estatal norueguesa tem um corpo bastante enxuto, com cerca de apenas 60 funcionários, e não é exploradora direta, como o é a Petrobras: entra como sócia de empresas

que operam no setor. Seus ganhos são remetidos para o fundo, de forma que o dinheiro seja investido no exterior, na compra de ações e bônus. Apenas os dividendos auferidos pela empresa são gastos, com um limite de uso do dinheiro do fundo na economia interna a apenas 4% por ano.

Destaque-se, assim, que o modelo norueguês prevê, antes de tudo, uma grande empresa investidora, que se torna sócia das empresas que exploram as reservas norueguesas. Investe pesado. Modelo empreendedor como este não apresenta precedentes na Administração Pública brasileira. Ainda, a estatal norueguesa não nasceu descapitalizada: herdou grande parcela de dinheiro de um fundo de petróleo preexistente. No Brasil, ainda não se tem claro como se daria a capitalização da eventual estatal a ser constituída nem quais os contornos de eventual fundo criado.

### Respeito aos contratos

Todavia, ao se analisar os diferentes modelos para exploração e sua eventual aplicação às áreas do pré-sal, deve-se ter em mente que o objetivo de se aumentar a receita arrecadada com o petróleo explorado no pré-sal poderia ser obtido sem grandes mudanças na legislação setorial.

Um reajuste nos percentuais de participações especiais – aceito e defendido por vários dos agentes que operam no setor – se mostra, neste sentido, como uma boa medida. Uma alteração muito ampla nas normas, ou mesmo uma majoração grande nas participações especiais, poderiam representar um retrocesso. Sem que as modificações sejam bem definidas, o país poderá perder investimentos, já que as empresas que operam no setor não investem apenas no Brasil.

Não bastasse, há que ter especial cuidado com os contratos já vigentes, que devem ser respeitados mesmo com a criação de novas regras. Além de desrespeito à segurança jurídica – substancializada no direito adquirido e no ato jurídico perfeito, constitucionalmente tutelados – eventual modificação contratual, mesmo com as elevações das participações especiais dos contratos já firmados, poderiam, eventualmente, representar desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o que poderia ensejar revisão contratual.

Pensamos, assim, que, a despeito da euforia governamental pela descoberta dos novos campos no pré-sal, é preciso, antes de tudo, prudência. Se, por um lado, o país deve se valer de seus benefícios, por outro, em qualquer Estado que se queira considerar de Direito, há que se assumir um firme compromisso com a estabilidade das regras, observância de contratos celebrados, transparência nos procedimentos institucionais de tomada de decisão.

A adoção de um novo modelo para exploração do petróleo nacional traz uma alta carga de insegurança no mercado setorial. Isto se dá em decorrência dos cri-

## Saldo positivo

**INDEPENDENTEMENTE DO MODELO ADOTADO**, é certo que o setor de petróleo, no Brasil, passados cerca de dez anos da abertura de mercado, apresenta estabilidade regulatória: a Lei do Petróleo foi bem recebida e surtiu efeitos positivos, sem que grandes mudanças tenham sido feitas nela ou em outras normas estruturadoras do mercado; a ANP tem obtido bons resultados com a regulação do mercado.

Segundo informações da Agência, o país, hoje, tem um dos mais altos níveis de aquisição de dados sísmicos, é um dos que mais incorporou reservas nos últimos anos, possui um parque industrial de materiais, equipamentos e serviços desenvolvido. Ainda, o mercado doméstico de quase 100 bilhões de litros de combustíveis por ano.

Desde 1997, quando da aprovação da Lei do Petróleo e regulamentação do modelo de concessões, transparente, concorrencial, amplamente aberto a investidores, o setor cresceu mais de 300%, passando de uma representação no PIB de cerca de 2,5% para atuais cerca de 10%. No período, a atividade *upstream* passou da casa dos 20% para atuais cerca de 45% do total do setor. Ainda, a previsão de investimentos em exploração e produção para o período entre os anos de 2009 a 2013 beira a casa dos US\$ 105 bilhões.

térios econômicos, que abalizam o cenário ideal para a realização de projetos visando à exploração das riquezas existentes na camada pré-sal, quanto dos jurídicos, que ajudam a determinar o grau de segurança dos investimentos realizados em dada localidade.

Acreditamos não ser seguro que se traga à baila discussões visando alterações drásticas no modelo de concessões ora consolidado, eis que, havendo drásticas mudanças nos critérios que conferem segurança aos investimentos internos, correremos o risco de tornar os projetos de exploração de petróleo menos atrativos: a modificação das regras poderá fazer diminuir o nível de confiança no arcabouço jurídico brasileiro, diminuindo-se, assim, o interesse por investimentos no mercado brasileiro.

Ainda que acreditemos que o petróleo no pré-sal poderá demandar alguns ajustes na regulamentação das atividades de exploração, as mudanças devem ser feitas com um mínimo de cautela, a fim de que evitemos que as consequências sejam mais prejudiciais ao Brasil do que a manutenção do modelo atual. Assim, neste cenário econômico, é preciso dar tempo ao mercado para diferir qualquer mudança sem maiores preocupações. ■