



Uma análise sobre as propostas do governo federal para regular o pré-sal

Com o anúncio da descoberta de abundantes reservas de petróleo na camada do pré-sal, o Brasil passa a integrar o seleto rol de países que não só produz quantidade suficiente do hidrocarboneto para o seu próprio consumo, como dele extrai importante fonte de riqueza para os seus governos e para a sua população, o que motivou o governo Lula a nomear uma comissão especial para reexaminar o modelo de exploração e produção de petróleo herdado do governo Fernando Henrique Cardoso.

Muito se diz que não haveria razão para a mudança nas regras do jogo, mas é forçoso reconhecer que a sociedade brasileira tem o direito de discutir exaustivamente o tema diante de uma nova realidade que se apresenta. É que tal descoberta reabre a discussão sobre o modelo de exploração e produção de petróleo no Brasil, o que se deve não só em razão da grandiosidade das reservas, que pode elevar em várias vezes a produção de petróleo pelo nosso país, mas também do baixo grau de risco na exploração se comparado ao verificado em outras áreas do território nacional, dada a concentração das reservas numa parcela bem delimitada da plataforma continental, que se estende do litoral do Espírito Santo ao de Santa Catarina. Não há dúvida que essas condições devem ser consideradas na definição do modelo adotado.

Os estudos promovidos pelo governo Lula, partiram de determinados pressupostos políticos que acabaram por serem incorporados nos quatro projetos de lei encaminhados pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional. Se o governo atual manteve a espinha dorsal do modelo econômico delineado pelo seu antecessor, por outro lado, sempre deixou clara suas diferenças em relação à importância da presença do Estado na economia, à definição do marco regulatório nos setores estratégicos e ao papel das empresas estatais, notadamente a Petrobras.

Essas mudanças de concepções são naturais no regime democrático, onde a alternância de poder quase sempre é acompanhada e é saudável que assim seja, da alteração nas diretrizes fundamentais da atuação do Estado com os agentes econômicos e sociais. É o domínio da política sobre a economia por que pugna o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, não mais, como no passado, para manipular artificialmente os resultados da atividade econômica, como nos planos milagrosos e demagógicos de combate à inflação; nem tampouco com a subordinação do interesse das empresas ao fisiologismo das estruturas burocráticas do populismo bolivariano; mas para restabelecer a supremacia dos anseios da população sobre os interesses dos grupos econômicos organizados no que se refere à formação da vontade estatal.

Dentro desse contexto, restou clara a intenção do atual governo em aumentar a participação estatal na exploração e produção dessas reservas, bem como na apropriação dos resultados dela. Esse objetivo se justifica nas premissas governamentais anunciadas de assegurar a destinação desses recursos ao investimento social capaz de garantir às gerações futuras um novo patamar de desenvolvimento humano.



Com base nessas premissas e nos estudos elaborados pela comissão especial, o Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional, com regime de urgência, quatro projetos de lei sobre a matéria:

- a) Projeto de Lei 5.938/09, que trata da mudança do regime de concessão para o regime de partilha na exploração do petróleo na camada pré-sal;
- b) Projeto de Lei 5.939/09, que cria a Petro-Sal, empresa pública encarregada da gestão dos contratos de partilha de produção;
- c) Projeto de Lei 5.940/09, que cria um Fundo Social para receber as parcelas que a União terá direito;
- d) Projeto de Lei 5.941/09, que estabelece a cessão onerosa à Petrobras do exercício das atividades de pesquisa e lavra do petróleo e gás natural, bem como a capitalização da empresa estatal para investimentos com vistas à exploração do pré-sal.

O objetivo desse trabalho é a análise sobre o conteúdo e a compatibilidade desses projetos com o nosso ordenamento constitucional.

Os regime de exploração do Petróleo no Brasil: De Lobato a FHC

A exploração de petróleo no Brasil começa timidamente em 1939, em Lobato, bairro do Município de Salvador (BA), que, coincidentemente, tem o mesmo nome do escritor Monteiro Lobato, que tanto lutou pela exploração de petróleo no Brasil. Na época, com o nacionalismo típico do Estado Novo, a política nacional de petróleo era definida pelo Conselho Nacional do Petróleo (CNP), a quem competia autorizar as perfurações e explorações apenas para brasileiros. As jazidas eram consideradas monopólio estatal. Com a promulgação da Constituição de 1946, a disciplina foi deixada a cargo da lei ordinária. Apesar de o presidente Eurico Gaspar Dutra ter encaminhado projeto autorizando a exploração de petróleo pelas companhias estrangeiras, após a grande campanha popular “O Petróleo é Nosso” é aprovada no governo eleito de Getúlio Vargas, a Lei 2.004, de 03 de outubro de 1953, que estabelece o monopólio estatal da pesquisa, lavra, refino e transporte de petróleo e gás no Brasil.

O monopólio era exercido pela Conselho Nacional do Petróleo, órgão de fiscalização e orientação, e a Petrobras, sociedade de economia mista como órgão de execução. Em 1960, o CNP é extinto e as suas competências são absorvidas pelo recém criado Ministério das Minas e Energia. As Constituições Federais de 1967 e 1969 mantêm o monopólio da União da pesquisa e lavra de petróleo no Brasil. Em 1975, em virtude do peso que as importações de petróleo causavam à balança de pagamentos, o que fora agravado pelo aumento do preço com a crise de petróleo de 1973, o governo Geisel aprovou os contratos de risco com a possibilidade de empresas privadas realizarem prospecções sob sua conta e risco. Porém, os resultados dos contratos de risco foram bem tímidos, apesar do grande interesse despertado nas empresas privadas. Com o início da produção na Bacia de Campos, a produção de petróleo se intensifica na década de 1980. Inicia-se uma nova fase na exploração e produção de petróleo no Brasil. Promulgada a Constituição de 1988, o monopólio estatal é intensificado com a vedação aos contratos de risco.



No entanto, com a eleição de Fernando Henrique Cardoso, é revisto o papel do Estado na economia com a desestatização e flexibilização do monopólio estatal do petróleo. Promulgada a Emenda Constitucional 9/95, fica admitida a contratação de empresas estatais ou privadas para a pesquisa, a lavra, o refino, o transporte, a importação e exportação de petróleo. Com isso, é promulgada a Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo), que cria a Agência Nacional do Petróleo (ANP), órgão regulador do setor e institui o regime de concessão, com igualdade de condições entre a Petrobras e as empresas privadas, brasileiras e estrangeiras. Pelo regime de concessão, a empresa vencedora passa a ser proprietária do produto da lavra do petróleo, mediante o pagamento de *royalties* e participações especiais à União. No governo FHC também há o aumento da participação do capital privado, inclusive estrangeiro, na Petrobras. No regime de concessão, foram feitas 11 rodadas de licitações, sendo a Petrobras participante de quase todos os consórcios vencedores e operadora da grande maioria dos poços.

Diante da decisão constitucional da EC 9/95 de que a exploração e produção de petróleo são monopólio estatal que será exercido mediante a contratação de empresas estatais ou privadas, são admissíveis pelo Texto Maior tanto o regime de concessão, quanto o regime de partilha. Do ponto de vista constitucional, até mesmo o regime de prestação de serviços é admitido. Portanto, fica a cargo do legislador ordinário, a escolha do regime a ser adotado.

Diante desse quadro constitucional e considerando a história da indústria do petróleo no Brasil, o regime de concessão se justificaria pela necessidade de tecnologia e capital estrangeiro para viabilizar a descoberta e produção em novas áreas, em atividade de alto risco para as empresas concessionárias. Porém, no quadro atual, não há dúvidas que a dimensão das reservas de petróleo na camada do pré-sal e o baixo risco na exploração, acompanhadas da posição de vanguarda mundial que a Petrobras tem na exploração em águas muito profundas e o volume de recursos que a estatal tem investido na exploração da nossa plataforma continental, bem acima do que tem sido feito pelo capital privado, tornam menos interessante para a União, dona das jazidas, o regime de concessão.

Não faz sentido, a não ser a partir de uma apreciação ideológica de que a exploração do petróleo tem que se dar sob o regime de concessão, que a União abra mão da propriedade do produto da lavra e de uma parcela maior dos recursos oriundos da atividade petrolífera. Assim, parece acertada a proposta de manter o regime de concessão das demais áreas do território nacional onde o grau de risco na atividade permanece elevado e, nas áreas, inclusive do pré-sal, já licitadas, em nome da segurança jurídica e de estabelecer o regime de partilha nas novas áreas a serem licitadas no pré-sal.

Por outro lado, o projeto de lei estabelece que a distribuição da compensação financeira prevista no artigo 20, parágrafo 1º da Constituição, os chamados *royalties* do petróleo, continuaram a ser feitos em valores iguais ou superiores ao que se dá atualmente no regime de concessão previsto na Lei do Petróleo. Aqui o texto é propositalmente lacunoso, uma vez que o presidente Lula, cedendo a pressão dos governadores do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, não pôs no projeto uma ideia que já tinha sido veiculada por autoridades federais: a de que no pré-sal a participação da União seria proporcionalmente maior do que a atribuída aos Estados e Municípios produtores pela Lei do Petróleo.



Deixou o Governo Federal que a questão fosse definida no Congresso Nacional onde, evidentemente, os Estados produtores são minoria. A proposta do relator, deputado Henrique Eduardo Alves (PMDB-RN), aumenta a participação da União e reduz, proporcionalmente, a dos Estados e Municípios produtores. Esta é outra questão onde a decisão é do legislador ordinário, uma vez que a Constituição Federal limita-se a assegurar a participação de estados e municípios produtores, não fixando percentuais que ficam a cargo do legislador ordinário.

Porém, vale destacar a importância da manutenção de significativa participação de estados e municípios produtores, mesmo quando a exploração ocorra no pré-sal, pois a despeito atividade extrativa se dar no fundo do mar, as embarcações partem e são equipadas e abastecidas a partir de bases territoriais localizadas em terra, o que, indubitavelmente irá vocacionar essas regiões à indústria do petróleo, que passará a ter papel central em suas economias, gerando a necessidade de serviços públicos a cargo das entidades federativas periféricas.

Ademais, é preciso garantir o desenvolvimento social e econômico dessas regiões para depois do esgotamento das reservas, a fim de que não se transformem em verdadeiras cidades fantasmas. Por isso, é essencial que a legislação federal garanta que os *royalties* pagos a estados e municípios também tenham finalidades associadas à educação, à pesquisa, à ciência e tecnologia e ao desenvolvimento ambiental e econômico sustentado. Não vemos obstáculos do ponto de vista federativo a essa fixação federal, partindo do pressuposto que os recursos são da União e as participações estaduais e municipais são quantificadas por lei federal, que poderia condicionar a atribuição de percentuais mais generosos ao cumprimento da destinação social.

A proposta cria uma empresa pública para representar a União nos contratos de partilha com as empresas petrolíferas e nos contratos de comercialização de petróleo, gás e outros hidrocarbonetos. Embora a criação de uma empresa pública para representar a União no exercício do seu monopólio seja constitucionalmente possível, já que sua função, em tese, não se confunde nem com a do órgão regulador, a ANP, nem com a Petrobras, vale destacar que o projeto de lei acaba atribuindo à Petro-sal atribuições que até então eram da ANP, uma vez que muitas das atividades outorgadas à nova empresa pública são, em verdade, regulatórias.

Assim, fica nítida a intenção de restringir a atuação da agencia reguladora. Não que a Constituição Federal vede a existência de duas agências ao mencionar no artigo 177, parágrafo 2º, III, que a lei regulará sobre a estrutura e atribuições do órgão regulador. Essa expressão não tem o condão de estabelecer uma unicidade regulatória, pois deixou a cargo do legislador ordinário configuração estrutural do agente regulador. Contudo, é forçoso reconhecer que as garantias que a Lei do Petróleo dá aos dirigentes da ANP, como a aprovação de seus nomes pelo Senado Federal e a existência de mandato, não são encontrados na proposta que cria a Petro-sal, cujos dirigentes são todos nomeados e demitidos *ad nutum* pelo presidente da República.

Aqui, parece que há uma confusão das funções de exercício da atividade econômica e regulação, de empresa pública e de autarquia, constituindo certo retrocesso no marco regulatório estabelecido pela Lei



do Petróleo. No entanto, o Congresso Nacional tem a oportunidade de distinguir melhor o papel das duas entidades e aparar a centralização de poder no Palácio do Planalto.

Meritória é a criação de um Fundo Social destinado ao combate à pobreza e ao desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental com os recursos obtidos pela União com a exploração do petróleo na camada do pré-sal, a fim de que essa dívida seja utilizada para alavancar o desenvolvimento social, econômico e ambiental no Brasil para as próximas gerações que não poderão contar mais com tão generosas reservas. Porém, falta maior definição no projeto sobre a participação da sociedade no Conselho Deliberativo do Fundo, cuja formatação fica a cargo, exclusivamente, do Poder Executivo. Cabe aqui também a ação do Congresso Nacional para aumentar a participação social na gestão do Fundo.

Nessa proposta está incluída a questão constitucional mais difícil, que é saber se a União pode ceder onerosamente o exercício do seu monopólio da pesquisa e lavra do petróleo a uma pessoa jurídica de direito privado, cujo capital social pertence majoritariamente a pessoas privadas, inclusive estrangeiras, já que suas ações são hoje alienadas com sucesso na Bolsa de Nova York. É bem verdade que os pilares da ordem constitucional econômica, que determinam que a atuação do Estado na economia deva ocorrer em igualdade de condições com as empresas privadas, já eram excepcionados no que tange ao petróleo pelo constituinte originário.

Assim, se antes da EC 9/95 era possível que uma sociedade de economia mista exercesse por lei o monopólio estatal do petróleo, a permissão que o constituinte derivado atribuiu ao legislador ordinário para que tal monopólio pudesse ser atribuído também a empresas privadas muda o quadro constitucional restritivo da livre concorrência no setor do petróleo no Brasil? A priori entendemos que não, já que se trata de um setor monopolístico. Porém, convém ter cautela para verificar que hoje a situação societária da Petrobras é bem diferente do que a verificada em 1995. E não é por outra razão que a União pretende aumentar a sua participação no capital social da empresa. Contudo, nos parece preocupante, do ponto de vista do setor, fazer com que a Petrobras seja a única empresa a operar esses campos, ainda que em consórcio com outras empresas. É bem verdade que essa é quase a situação fática atual, com o que nos parece ser desnecessária a sua obrigatoriedade legal. Com certeza essa questão irá desaguar no STF, após a aprovação da lei.

A visão geral que se tem dos quatro projetos é que o governo Lula pretende aumentar a participação da União Federal nos resultados e na gestão da política do petróleo, com o fortalecimento do Poder no Executivo e da Petrobras, certo esvaziamento da função reguladora da ANP, fragilização das empresas privadas de petróleo e redução da participação nos *royalties* dos estados e municípios produtores. A despeito disso, o modelo de parceria proposto parece ser aquele que trará melhores resultados à sociedade brasileira, desde que seja garantida a aplicação desses recursos na melhoria da qualidade de vida do nosso povo. Só futuro dirá se a atribuição de mais poder ao governo com a promessa de mais recursos ao povo é correta. Afinal, o petróleo é nosso!

Date Created

16/12/2009