

PROPOSTAS LEGISLATIVAS DE NOVO MARCO REGULATÓRIO DO PRÉ-SAL

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO*

Resumo: O artigo pretende analisar a constitucionalidade dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, que pretendem instituir um novo marco regulatório para contratos de exploração do monopólio do petróleo. Em especial, será examinado o contrato de partilha de produção, com a Petrobras, sem prévia licitação

Palavras-chave: Petróleo. Monopólio. Contratos de exploração. Contrato de partilha de produção. Licitação

Sumário: Introdução - 1 Evolução da disciplina constitucional do monopólio do petróleo - 2 Evolução do regime constitucional das concessões de recursos minerais - 3 Exame da sede constitucional do modelo de concessão de petróleo - 4 A motivação para a proposta de modelos complementares à concessão - 5 A mudança dos marcos e o princípio da segurança jurídica - 6 O impacto generalizado na economia e o controle de proporcionalidade das medidas - 7 A frustração dos princípios da isonomia e da livre concorrência - 7.1 Das hipóteses de contratação direta da PETROBRÁS - 7.2 As interpretações juridicamente aceitáveis das propostas - 7.3 O princípio da autonomia da vontade e a obrigatoriedade de formação de consórcios com a PETROBRÁS - 7.4 O contrato de cessão de direitos para a capitalização da PETROBRÁS - 8 A criação da Petro-Sal e o risco à economicidade - 9 A criação do Fundo Social - 10 O risco ao princípio federativo nos critérios de partilha de receitas - Conclusões

Introdução

O Exmo Sr. Presidente da República submeteu ao Congresso Nacional quatro projetos de lei de sua iniciativa, com vistas a ser instituído um novo marco regulatório para as riquezas encontradas na área do pré-sal.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

O Projeto de Lei nº 5.938/2009 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, alterando dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

O referido projeto, em seu artigo 2º, define “partilha de produção”; “área do pré-sal”; “operador”; “contratado”, dentre outros.

Nos artigos 3º ao 8º propõe que a PETROBRÁS, sem prévia licitação, será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurada, a este título, participação mínima no consórcio a ser constituído com empresa privada vencedora da licitação; também se propõe a possibilidade de ser contratada diretamente para realizar estudos exploratórios necessários à avaliação das áreas do pré-sal; dispõe, ainda, que a União não assumirá os riscos das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção decorrentes dos contratos de partilha de produção, cabendo ao contratado suportar todos os custos e os investimentos necessários à sua execução; tais contratos serão celebrados pela União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia, que poderá contratar diretamente com a PETROBRÁS, ou mediante licitação na modalidade leilão; propõe, ainda, que a PETRO-SAL (empresa pública a ser criada), será a responsável pela gestão desses contratos.

Nos artigos 9º, 10 e 11 são estipuladas as competências do Conselho Nacional de Políticas Energéticas– CNPE, do Ministério de Minas e Energia e da Agência Nacional do Petróleo– ANP.

No artigo 12 ficam disciplinadas as hipóteses nas quais o CNPE proporá ao Presidente da República os casos em que a PETROBRÁS poderá ser contratada diretamente pela União; já os artigos 13, 14, 15, 16, 17 e 18 abordam, especificamente, aspectos relacionados ao procedimento licitatório.

Nos artigos 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 e 26 se estipula a obrigatoriedade de o licitante vencedor constituir um consórcio com a PETROBRÁS e com a PETRO-SAL, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas).

Já os artigos 27, 28, 29, 30, 31 e 32 trazem o regramento do Contrato de Partilha de Produção, delimitando as suas fases, cláusulas essenciais, obrigações da PETROBRÁS, na condição de operadora deste contrato, e possibilidade de cessão do contrato mediante prévia autorização do Ministério de Minas e Energia, ouvida a ANP.

Os artigos 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40 e 41 tratam do procedimento de individualização da produção de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, que deverá ser instaurado quando se identificar que a jazida se estende além do bloco concedido ou contratado sob o regime de partilha de produção.

Fechando a proposição, os artigos 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48 e 49 tratam das receitas governamentais no regime de partilha de produção, que se limitam aos royalties e aos bônus de assinatura, além de abordarem o aspecto da comercialização do petróleo, por meio de contratos privados, nos quais a PETRO-SAL poderá contratar

a PETROBRÁS, dispensada a licitação, como agente comercializador do petróleo e do gás natural. No mais, têm-se disposições transitórias que visam a adaptar o novo modelo de exploração ao ordenamento jurídico vigente.

O Projeto de Lei nº 5.941/2009 autoriza a União a celebrar um contrato de cessão onerosa com a PETROBRÁS, com vistas ao exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.

Já o Projeto de Lei nº 5.939/2009 autoriza o Poder Executivo a criar a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. – PETRO-SAL¹, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado.

Nesse projeto é disciplinado o objeto da futura empresa pública, que será a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo e gás natural, competências, possibilidade de dispensa de licitação para a contratação desta estatal pela própria Administração Pública, regime de pessoal, constituição de recursos e estrutura societária.

Por fim, o Projeto de Lei nº 5.940/2009 cria o Fundo Social – FS, para a realização de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental.

Esse fundo será formado pela parcela do valor do bônus de assinatura que lhe for destinada pelos contratos de partilha de produção, pela parcela dos royalties que cabem à União, deduzidas aquelas destinadas aos seus órgãos específicos, conforme estabelecido nos contratos de partilha de produção, pela receita advinda da comercialização do petróleo e do gás natural da União, conforme definido em lei, pelos resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades e por outros recursos que lhe sejam destinados em lei.

Cabe, pois, oferecer um exame sobre tais proposições.

1. Evolução da disciplina constitucional do monopólio do petróleo

A disciplina constitucional das atividades econômicas tem como fundamento o princípio da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV, CF).

Tal princípio traz como corolários, dois subprincípios, a saber: o da *abstenção*, pelo qual é defeso ao Estado explorar atividades econômicas em competição ou em substituição aos agentes privados, e o da *subsidiariedade*, por força do qual o dever de abstenção é atenuado e excepcionado, nas hipóteses de *relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional*, definidos em lei (CF, art. 173) ou na própria Constituição (CF, art. 177). No primeiro caso, tem-se um regime de intervenção concorrencial do Estado na economia; no segundo, uma intervenção monopolística.

Em síntese, na intervenção monopolística, o próprio constituinte elegeu determinadas atividades econômicas, de caráter nitidamente estratégico, para que o Estado assumia a titularidade e, com isso, decidia, nos termos da Constituição, sobre o exercício da atividade.

¹ A sigla já é objeto de questionamento, por já haver sociedade empresária com tal denominação.

Não se pode olvidar que, por se tratar de restrição ao princípio fundamental da livre iniciativa², os monopólios somente se justificam em caráter excepcional³ - e como norma de exceção, não admite alargamento pela via de sua interpretação ou aplicação prática. A lógica, portanto, é a maximização do princípio fundamental da livre iniciativa, e do setorial, da livre concorrência (artigo 1º, inciso IV e 170, inciso IV, da CF), posto que o tema trata de atividade econômica.

A consequência prática dessa intervenção por absorção é que o setor privado não pode desenvolver as atividades definidas constitucionalmente como monopólios, salvo nas situações em que receba do Estado um título jurídico habilitante para tanto.

Durante um bom período da história do Brasil, esse título jurídico habilitador de pessoas jurídicas distintas da União a desenvolverem atividades no âmbito do petróleo era restrito a empresas sob controle da União Federal, valendo percorrer brevemente a evolução normativa do tema para a compreensão do contexto atual.

A primeira Constituição que tratou especificamente do tema foi a de 1946, que dispunha que a União, por meio de lei especial, poderia intervir monopolisticamente do domínio econômico⁴.

Naquele regime se via, claramente, uma autorização constitucional contemplando hipótese da sede legal para instituição de um monopólio. Em outras palavras, *naquela realidade constitucional*, havia uma discricionariedade legislativa,

² Sobre o dever de limitação da intervenção do Estado na economia pelo princípio da livre iniciativa, são as lições de GASPAR ARIÑO ORTIZ: A este respecto se debe señalar la relación entre libertad de empresa y libertad de competencia. En el art. 38 de la Constitución se declara la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. Ello supone no sólo el rechazo a una economía planificada, sino sobre todo el marco de un sistema competitivo leal. Resulta hoy evidente que el derecho de propiedad, la libertad de empresa y un mercado abierto y competitivo constituyen tres de esas paredes maestras sobre las que se construye una sociedad libre y próspera. El mercado debe quedar garantizado no de manera ficticia, sino real. (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999, p. 215).

³ O Supremo Tribunal Federal é taxativo ao limitar a atuação do Estado pela livre iniciativa: A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica; CF, art. 1º, IV; art. 170, II. - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa. (STF - Segunda Turma - RE 422941/DF - Relator Min. CARLOS VELLOSO - Julg. 06/12/2005). No mesmo sentido, já teve a oportunidade de se manifestar o Superior Tribunal de Justiça: *Processual Civil. Administrativo. Fixação pelo Poder Executivo dos Preços dos Produtos Derivados da Cana-de-Açúcar*. (...) 8. A Carta Magna de 1988 recepiona a intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos. Contudo, essa intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão se encontra no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). (STJ - Primeira Turma - REsp 744077/DF - Rel. Min. Luiz Fux - Julg. 10/10/2006).

⁴ Art 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

conferida *expressamente* pela Constituição, para, *por meio de lei ordinária*, se instituir monopólios.

Daí porque, *com base em expressa autorização constitucional*, o então Presidente Getúlio Vargas enviou ao Congresso Nacional a Mensagem nº 469, que resultou na Lei nº 2.004, de 03 de outubro de 1953. Ali se dispôs sobre a Política Nacional do Petróleo e foi instituída a Petróleo Brasileiro S. A. - PETROBRÁS, por meio da qual a União passou a personificar o monopólio da exploração do petróleo⁵.

A Constituição de 1967⁶, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969⁷ e a redação original da Constituição de 1988⁸ mantiveram o monopólio destas atividades em poder da União, mantendo a vedação da participação de outros agentes econômicos no setor.

Vale registrar que mesmo no auge da estatização do petróleo - dando ampla aplicabilidade à doutrina do petróleo como bem estratégico à segurança nacional (e não como uma mercadoria) - se admitiu participação privada da sua exploração por meio dos contratos de risco⁹.

O final dos anos 90 trouxe a constatação de que o Estado não tinha os recursos financeiros nem os meios materiais para se desincumbir, sozinho, de todas as prestações exigidas pela sociedade para propiciar o bem-estar geral. Mais que isso, a idéia de que o monopólio não estimulava a eficiência induziu à criação de cenários jurídicos voltados para a indução à competitividade.

⁵ Lei nº 2004/1953 - art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior: (...) 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.

⁶ Art 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional *constituem monopólio da União*, nos termos da lei.

⁷ Art. 169. A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional *constituem monopólio da União*, nos termos da lei.

⁸ Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados. § 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, *sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural*, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.

⁹ Confira-se o ADCT da Constituição de 1988: Art. 45. Ficam excluídas do monopólio estabelecido pelo art. 177, II, da Constituição as refinarias em funcionamento no País amparadas pelo art. 43 e nas condições do art. 45 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953. Parágrafo único. Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição.

Foram, então, aprovadas diversas reformas no ordenamento jurídico, de modo a introduzir espaços para a inversão de recursos privados, em regime de competição, com vistas a ampliar não só os capitais como a eficiência em atividades desenvolvidas em regime de concorrência.

Nesse contexto veio à baila a Emenda Constitucional nº 09, de 09 de novembro de 1995, que, sem pôr fim ao monopólio da União, passou a admitir a *contratação* da exploração das atividades a ele inerentes com empresas estatais ou privadas, observadas as *condições* estabelecidas em lei.

Como visto, embora continuando a ser considerada uma atividade estratégica, a nova disciplina constitucional fixou uma orientação de admissibilidade do capital privado, num regime de competição, a ser disciplinado em lei ordinária.

2. Evolução do regime constitucional das concessões de recursos minerais

Essa mesma linha de evoluções em torno da abertura se percebe no tratamento do regime jurídico constitucional da exploração de minerais.

O primeiro regramento constitucional do tema veio com a Carta de 1934, que já previa, em seu artigo 119, que o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, *dependia de autorização ou concessão*¹⁰.

De forma diversa, a Constituição de 1937¹¹ restringiu tal exploração ao regime das *autorizações*. As concessões só retornaram com a Constituição de 1946¹². Foram preservadas com a Carta de 1967, que previa o regime dúplice e assegurava

¹⁰ Art. 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, *depende de autorização ou concessão federal*, na forma da lei.

¹¹ Art 143 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, *depende de autorização federal*.

§ 1º - A autorização só poderá ser concedida a brasileiros, ou empresas constituídas por acionistas brasileiros, reservada ao proprietário preferência na exploração, ou participação nos lucros.

§ 2º - O aproveitamento de energia hidráulica de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário independe de autorização.

§ 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei entre elas a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo.

¹² Art 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de *autorização ou concessão federal* na forma da lei.

§ 1º - *As autorizações ou concessões* serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País, assegurada ao proprietário do solo preferência para a exploração. Os direitos de preferência do proprietário do solo, quanto às minas e jazidas, serão regulados de acordo com a natureza delas.

ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra, sendo certo que a exploração das jazidas e minas constituía monopólio da União¹³.

Assim permaneceu o tratamento do tema pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969¹⁴, e pela redação original da Constituição de 1988¹⁵.

No contexto de abertura econômica, a Emenda Constitucional nº 06, de 1995¹⁶, dispensou a exigência do controle do capital nacional para a concessão e autorização de pesquisa e lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais de energia elétrica a empresas constituídas sob as leis brasileiras.

Como se pode observar, ao contrário do que acontecia com o petróleo e gás natural, ali sempre se admitiu concessão ou autorização, ampliando-se a abertura do setor para admitir empresas de capital estrangeiro, desde que constituídas sob as leis brasileiras.

3. Exame da sede constitucional do modelo de concessão de petróleo

É, pois, neste cenário de evolução constitucional, voltada para a abertura econômica, que devem ser avaliadas as propostas apresentadas pelo Presidente da República para a exploração do petróleo e gás natural na área do pré-sal.

¹³ Art 161 - As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de *autorização ou concessão federal*, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º - É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

¹⁴ Art. 168. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

§ 1º A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependerão de *autorização ou concessão federal*, na forma da lei, dadas exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

§ 2º É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.

¹⁵ Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. §1º. A pesquisa e a lavra dos recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, *por brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional*, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

¹⁶ Art. 176, § 1º - A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, *por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País*, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. Redação dada pela EC nº 6/95.

Como visto, o artigo 177, CF, não previa expressamente o contrato de concessão. O instituto só era mencionado no art. 176, que, até o advento da Lei nº 9.478/1997¹⁷, só era empregado para os setores elétrico e minerário (e nem sempre teve natureza contratual).

Cabe, pois, examinar se as concessões de petróleo e gás estariam inseridas em sede constitucional ou se apenas em sede de lei ordinária; neste segundo caso, cabe, ainda, examinar se seria admissível, em tese, um novo modelo por lei superveniente, mudando radicalmente o marco regulatório vigente.

Em resumo, o art. 176 poderia sugerir ser a “concessão” o modelo para a exploração dos minerais em geral. Isto levaria a crer que o dispositivo da Lei Maior se aplicaria às concessões de petróleo¹⁸.

Isto não é tão evidente e por isso comporta interpretações díspares.

A controvérsia decorre do fato de que a Emenda Constitucional nº 9/1995, ao dar nova redação ao artigo 177, § 1º, estabeleceu que a União poderá *contratar com empresas estatais* ou privadas.

Ali não se teria estipulado, expressamente, qualquer obrigatoriedade da adoção do regime das “concessões” para a exploração do petróleo¹⁹.

Portanto, o tema do modelo de exploração teria ficado a cargo do legislador ordinário.

Assim, a modulação contratual se daria de acordo com as peculiaridades econômicas, técnicas e logísticas à luz da realidade do setor.

Nesse passo, a tese da inconstitucionalidade na mudança do regime de concessão poderia esbarrar em entendimento diverso.

Vale citar que o Supremo Tribunal Federal²⁰ concluiu que *os “preceitos veiculados pelos §§ 1º e 2º do artigo 177 da Constituição são específicos em relação ao artigo 176, de modo que as empresas estatais ou privadas a que se refere o § 1º não podem ser chamadas de “concessionárias”. Trata-se de titularidades de um tipo de propriedade diverso daquele do qual são titulares os concessionários das jazidas e recursos minerais a que respeita o art. 176 da Constituição do Brasil”*.

Concluiu a Corte Suprema que a *“opção de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não cabe ao Poder Judiciário”*²¹.

Assim, não se pode vislumbrar que o Eg. STF tenha reconhecido, de forma expressa, sede constitucional às concessões de petróleo e gás.

Cabe, então, indagar se, à luz da evolução constitucional do tema, seria possível afirmar que o constituinte teria atribuído ao legislador ordinário uma discricionariedade legislativa ilimitada, a ponto de se poder estabelecer uma radical mudança nos marcos regulatórios vigentes para o setor – em especial, se a manutenção ou não de um regime de monopólio poderia ser decidido em sede de lei ordinária, mesmo após as emendas de reforma do Estado.

4. A motivação para a proposta de modelos complementares à concessão

O Projeto de Lei nº 5.938/2009 parte da premissa de que uma eventual ausência de sede constitucional para as concessões de petróleo o autoriza a instituir não só um novo modelo contratual, de “partilha de produção”²², como ainda outros mecanismos de funcionamento do setor.

²⁰ ADI nº. 3.273-9/DF, ajuizada pelo Governador do Estado do Paraná, julgada em 16 de março de 2005.

²¹ Tal linha argumentativa resultou na seguinte ementa: Constitucional. Monopólio. Conceito e Classificação. Petróleo, Gás Natural e Outros Hidrocarbonetos Fluídos. Bens de Propriedade Exclusiva da União. Art. 20, da CB/88. Monopólio da Atividade de Exploração do Petróleo, do Gás Natural e de Outros Hidrocarbonetos Fluídos. Art. 177, I a IV e §§ 1º e 2º, da CB/88. Regime de Monopólio Específico em Relação ao Art. 176 da Constituição. Distinção entre as Propriedades a que Respeitam os Arts. 177 E 176, da CB/88. Petrobras. Sujeição ao Regime Jurídico das Empresas Privadas [Art. 173, § 1º, II, da CB/88]. Exploração de Atividade Econômica em Sentido Estrito e Prestação de Serviço Público. Art. 26, § 3º, da Lei n. 9.478/97. Matéria de Lei Federal. Art. 60, Caput, da Lei n. 9.478/97. Constitucionalidade. Comercialização Administrada por Autarquia Federal [ANP]. Exportação Autorizada Somente se Observadas as Políticas do CNPE, Aprovadas pelo Presidente da República [ART. 84, II, DA CB/88].

²² Art. 2º Para os fins desta Lei, ficam estabelecidas as seguintes definições: I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à restituição do custo em óleo, bem como a parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato; (...) Art. 27. O contrato de partilha de produção preverá duas fases: I - a de exploração, que incluirá as atividades de avaliação de eventual descoberta de petróleo ou gás natural, para determinação de sua comercialidade; e II - a de produção, que incluirá as atividades de desenvolvimento.

¹⁷ Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

¹⁸ CARLOS ARI SUNDFELD: O conceito de depósito (ou reservatório) nos conduz ao de jazidas, este último presente na Constituição (arts. 22, XII, 176, caput, e 177, I). O depósito representa área em que há petróleo ou gás natural, mas ainda sem identificação ou sem condições de ser posto em produção imediata. O conceito de jazida, por sua vez, é utilizado para designar depósitos aptos à exploração, por já estarem determinados. No momento em que se inicia a exploração da jazida tem-se aquilo que se chama campo petrolífero. (SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do Setor petrolífero in *Direito Administrativo econômico*. Coordenador: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 388.). No mesmo sentido, ALFREDO RUY BARBOSA: Parece, portanto, não restar dúvidas quanto ao tratamento legal-jurídico adotado, no Brasil, para o petróleo e o gás natural, tanto pelo legislador constituinte como pelo legislador ordinário. Por essas razões, não hesitamos em afirmar que se aplicam à concessão para a pesquisa e lavra de petróleo e gás natural, em nosso País, os mesmos princípios constitucionais, legais e doutrinários que disciplinam e orientam a concessão mineral propriamente dita, conforme acima exposto. BARBOSA, Alfredo Ruy Barbosa. A natureza jurídica da concessão para a exploração de petróleo e gás natural. In *Temas de Direito do Petróleo II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 21.

¹⁹ Esta orientação se confirma com a leitura do voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na ADI 3273/DF item 11, p. 220 “Essas contratações ---contratações, note-se bem; não concessões ---(...) no quadro das inúmeras modalidades de contraprestação atribuíveis ao contratado, a opção por uma das quais efetivamente consubstancia, como anteriormente afirmado, uma escolha política. O que não cabe é reduzir as contratações com empresas estatais ou privadas, nos termos do § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, ao modelo de prestação de serviços”; no item 14, prossegue “(...) a Constituição não coloca esse a quem estou a chamar de ‘concessionário’ sob o regime do disposto no art. 176” – p. 16. Mais adiante, sugerindo a existência de opções sobre o modelo de contrato, prossegue o Ministro: “A opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero não pertence ao Poder Judiciário; este não pode se imiscuir em decisões de caráter político. Opção pelo tipo de contrato a ser celebrado pela União e as empresas é, sem dúvida, opção política.” Item 18 pp. 20-21.

Vale registrar que o contrato de partilha de produção representa um dos modelos já reconhecidos no mercado²³ para a exploração de petróleo, mas a diferença para a concessão é sensível.

Nos termos expressos em lei, a concessão implica, para o concessionário, a obrigação de explorar, por sua conta e risco e, em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a *propriedade de todos esses bens*, após extraídos, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes.

Já o modelo de partilha de produção, segundo o Projeto de Lei nº 5.938/2009, corresponde “*ao regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à restituição do custo em óleo, bem como a parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato*”.

Mas se o contrato de partilha de produção já é praticado em alguns países, o mesmo não se pode dizer acerca do reconhecimento doutrinário do “contrato de cessão de direitos da União à exploração do petróleo”. Tal contrato, na forma idealizada nas propostas, seria firmado sem licitação, em favor da PETROBRÁS, como forma de capitalização da empresa por meio da entrega de um direito de valor econômico (a isso se voltará adiante).

Duas seriam as razões apontadas para as mudanças; a primeira, no fato de que a concessão não seria adequada para a exploração das áreas localizadas no pré-sal; a segunda, de que é necessário partilhar com a sociedade os ganhos decorrentes das novas descobertas. Afinal, a quantidade de petróleo descoberto pode mudar destinos e colocar o país dentre os maiores produtores do mundo, beneficiando atuais e futuras gerações.

É sobre tal finalidade que se devem pautar as análises.

A concessão envolve a delegação de um negócio, de titularidade do Estado, para exploração por um particular por sua “conta e risco”.

Assim, considerando uma presunção de que não haveria “risco”, a justificar o “prêmio” da apropriação das riquezas pesquisadas e exploradas, tendo em vista que há certeza da existência do bem, o modelo não seria justo e voltado aos interesses nacionais.

²³ Os modelos podem ser classificados nas seguintes categorias: a) concessões tradicionais, em que são transferidos os riscos para o concessionário, mas que este será o proprietário do petróleo extraído; b) *Production-sharing contracts*, ou contrato de partilha, no qual o risco é integral do concessionário, que tem o direito de dividir a produção do petróleo; c) Contrato de *Joint Venture*, no qual o risco é do concessionário, mas há a possibilidade de divisão dos riscos da produção do petróleo, notadamente pela criação de sociedades de propósitos específicos (JOA's) ou por meio de associações (*non-incorporate joint venture*).

Cf. BARBOSA, Alfredo Ruy. Breve panorama dos contratos no setor de petróleo. In *Temas de Direito do Petróleo e Gás natural*. Organizador (Paulo Valouis). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 31-46.

A presunção está longe de parecer absoluta; uma eventual ausência de risco acerca da existência da riqueza não afasta outros riscos incidentes sobre a operação, tais como a quantidade, a tecnologia e os insumos para a exploração.

Fala-se, por exemplo, que a base industrial ainda não atenderia todas as etapas do processo produtivo e que o Brasil não teria auto-suficiência em peças, sondas e plataformas. Também se cogita do preço do produto cair, em função das novas descobertas em outras partes do mundo, ou, ainda, em decorrência da adoção de outros modelos de combustíveis, para atendimento de legislações ambientais mais rígidas e fomentadoras de meios alternativos.

Da mesma forma (como se voltará adiante), a participação da sociedade nas receitas auferidas com as descobertas também já pode ser obtida por meio das participações governamentais; talvez possa se cogitar de ajustes nos percentuais previstos em lei ou decreto.

Enfim, são aspectos a provar ou debater.

Há questões técnicas e econômicas que melhor seriam equacionadas no âmbito técnico da regulação²⁴, e não no cenário político do Congresso Nacional, que passa a deliberar sobre questões para as quais não tem a devida formação – e, o que é pior, em prazos absolutamente incompatíveis com a complexidade dos temas tratados.

Eis aqui uma das dificuldades práticas que a consulta solicita serem levantadas.

O fato é que, além das riquezas, tudo o que envolve a produção e a quantidade de riqueza envolvida é risco do negócio.

Todavia, admitindo-se que todas as questões em jogo possam ser avaliadas apenas sob a ótica política, é preciso fixar a óbvia noção de que qualquer política pública infraconstitucional deve respeito às diretrizes constitucionalmente fixadas. Logo, não há que se falar numa absoluta discricionariedade legislativa, como se o legislador ordinário pudesse decidir, já sem as amarras constitucionais, manter ou não o monopólio da PETROBRÁS.

O monopólio está mantido, nas mãos da União; é, pois, o poder central quem decide abrir ou não licitações, explorar ou não jazidas, sob tal ou qual modelo. Contudo, em tomando a decisão de iniciar tal exploração de atividade econômica, por meio de contratações, estas, pela própria previsão do art. 177, em sua nova redação, devem ser licitadas. Afinal, como se insistirá adiante, a licitação é um instrumento que tem por objetivo dar concreção aos princípios da eficiência e da economicidade, além do princípio da isonomia e da livre concorrência.

Tudo isso se submete a um controle da constitucionalidade que não se limita ao exame da sede constitucional do modelo de concessão.

Os projetos enviados precisam ser avaliados à luz do fundamento da liberdade de iniciativa e de diversos outros princípios constitucionais, em especial,

²⁴ Não foi sem razão que a EC nº 9/95, ao dar nova redação ao art. 177, CF, previu a criação de um órgão regulador.

o da isonomia, da segurança jurídica (e da sua vertente, confiança legítima), da proporcionalidade e da autonomia da vontade²⁵.

5. A mudança dos marcos e o princípio da segurança jurídica

O problema maior não parece ser a introdução de um novo modelo. O mercado já se acostumou a trabalhar em diversos cenários, com ou sem a parceria de empresas estatais.

O que é grave é a insegurança que surge com a mudança de marcos num cenário que envolve vultosas quantias e emprego de tecnologias e pesquisas sofisticadas, com retorno em prazos longos. A decisão de investir num cenário como esse exige uma maior estabilidade.

Considerando que a EC nº 9/95 criou um novo cenário jurídico para as atividades econômicas, num contexto de flexibilização dos monopólios e estímulo à competição, até mesmo uma emenda constitucional prevendo o retorno a um modelo estatizante poderia ser repudiável sob o aspecto da segurança jurídica.

Portanto, não há que se falar que a Lei Maior não falou em concorrência, mas, meramente, na possibilidade de firmar contratos e, mais ainda, que tal a implementação de tal possibilidade de contratar estaria autorizada a se adotar com afastamento da competitividade, mediante licitação.

Basta se ler a Exposição de Motivos da EC nº 9/95 e a própria evolução do tratamento constitucional do tema para desautorizar tal interpretação:

A Emenda visa a flexibilizar o monopólio do petróleo de forma que a União possa *contratar com empresas privadas* a realização das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, gás natural, refino de petróleo, importação e exportação de petróleo, gás e derivados, bem como o transporte marítimo de petróleo, derivados e gás natural, inclusive por meio de dutos. Assevere-se que a lei ordinária deverá regular as condições e relações contratuais concernentes. Nesta medida, a flexibilização a ser implementada em nível infraconstitucional implica a ampliação da competência do Poder Legislativo na discussão dos rumos da política governamental voltada para o setor do petróleo. (...) *Tal flexibilização permitira a atração de capitais privados* para determinadas atividades em que se requer a *expansão dos investimentos* em volume insuscetível de financiamento exclusivo por parte da PETROBRÁS.” (os grifos não são do original)

²⁵ Portanto, no mínimo, o princípio democrático exigiria um maior aprofundamento do debate, com audiências públicas e seminários técnicos, explicando aos parlamentares e à população em geral sobre os subsídios necessários a uma decisão política de tamanha relevância. Tudo isso é incompatível com a celeridade dos prazos impostos para a deliberação do Congresso Nacional. Aqui mais um dos embaraços práticos impostos pelas propostas, qual seja, a dificuldade de sua assimilação e compreensão para uma deliberação consciente sobre questão que define os rumos da economia de um país.

É que se poderia sustentar que, com a flexibilização do monopólio, havia sido meramente rompida a obrigatoriedade de se fazer concessões a empresa sob controle do Estado – mas a manutenção de tal concessão não estaria proibida; ou seja, só com a edição de uma nova Lei do Petróleo – a Lei nº 9.472/97 – teria, finalmente, por lei ordinária, acabado o monopólio do petróleo. Assim, se essa foi uma decisão do legislador ordinário, autorizado por uma discricionariedade legislativa, outra lei poderia modificar tal decisão e, até mesmo, autorizar uma preservação ou retomada do modelo existente ao tempo do monopólio.

Isso seria desconsiderar qualquer evolução do modelo *de Estado*, e não uma mera política *de governo* – de gerir o petróleo diretamente, por meio de estatais, por meio de concessões ou outro contrato, em regime de competição ou não.

Bem diferente do que aconteceu na flexibilização do monopólio dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado (e, leia-se, serviços *públicos*), em que se removeu a obrigatoriedade da concessão de tais serviços a empresas sob controle do Estado (e mais não disse a norma constitucional), no petróleo, *além* de se remover tal obrigação, se falou em contratação com empresas estatais *ou privadas* – o que se faz dentro da regra geral da licitação, como se vê de uma interpretação sistemática da Constituição (a isso também se voltará).

Logo, não se autorizou o legislador ordinário, diante da Emenda Constitucional, silenciar, para preservar a vigência da Lei nº 2.004/53. A omissão, preservadora da lei ordinária monopolizante, incidiria em inconstitucionalidade e poderia ser, perfeitamente, submetida a exame do Poder Judiciário, nos termos do art. 103, CF.

De discricionariedade legislativa se pode falar quanto à escolha da modulação contratual – por exemplo, de concessão ou de partilha e em qual formatação das características de tais contratos e quando podem ser adotados – mas, nunca, de restaurar o monopólio²⁶.

Tudo isso buscaria a preservação da segurança jurídica no cenário de reformas econômicas, com as correspondentes formações jurídicas. Afinal, o país acaba de conquistar a confiança dos investidores e de adquirir o *status* de “grau de investimento”.

De sua parte, a própria PETROBRÁS tem feito enorme esforço para demonstrar, no mercado e perante seus acionistas, que, embora controlada pelo Estado, não é um espaço de interferência política, preservando sua autonomia legalmente estabelecida. Essa autonomia contra a interferência política é fundamental para demonstrar transparência e, com ela, captar recursos no mercado de valores mobiliários; a confiança dos investidores poderá ficar minada diante desse novo projeto político apresentado para a estatal.

O patrimônio moral do país e a defesa das gerações futuras são conquistados, entre outros, pelo respeito à segurança jurídica e pela estabilidade dos marcos regulatórios como um todo.

²⁶ A vedação de retrocesso também já é um direito reconhecido. Ainda que a liberdade de iniciativa possa não ser considerada como um direito social, tal como saúde e educação, não se concebe que, em qualquer setor, se retire direitos já incorporados ao patrimônio jurídico, mormente quando em jogo um fundamento da República. Sobre o tema, em sede social, ver DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Não é razoável imaginar que num segmento dominado pelas intensas pesquisas e investimentos em aprimoramento tecnológico, a cada descoberta de novas riquezas ou tecnologias seja necessário mudar a legislação. Isso só desestimularia as pesquisas, com produção de efeito inverso àquele desejado pelos arts. 218 e 219, CF²⁷ (o que representaria nova inconstitucionalidade).

Exatamente para a disciplina desse tipo de questão surgiram as agências reguladoras, de modo a tornarem o ordenamento jurídico sempre atualizado e compatível com as “melhores práticas da indústria”.

A mudança radical, inclusive à revelia da existência de uma agência reguladora setorial, acaba por reforçar o temor dos investidores, especialmente os estrangeiros, atuais e futuros; isso se reforça quando se tem a imagem de modelos adotados, na maioria dos casos, em países pobres e dependentes de petróleo.

Numa economia globalizada, em que as ofertas de cenários positivos são múltiplas, a mudança de regras, de forma tão radical e tão célere, impedindo um debate político com prazos compatíveis com o princípio democrático, demonstra uma visão arbitrária, radical e estatizante, tal como está a ocorrer em outros países da América do Sul.

Resta evidente, portanto, que as alterações legislativas no regime de exploração do petróleo trazem toda a sorte de insegurança jurídica²⁸.

Isso tudo afeta a legítima expectativa dos agentes econômicos de confiar nas políticas de Estado – fixadas com sede constitucional – voltadas à atração de investimentos privados a setores em abertura.

²⁷ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. § 2º - A pesquisa tecnológica voltará-se à preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. § 3º - O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. § 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho. § 5º - É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

²⁸ Nesse sentido, VALTER SHUENQUENER DE ARAÚJO ressalta o dever de preservação da segurança jurídica nas alterações legislativas: A supressão da tutela de expectativas com base nesse pensamento esvaziaria, por completo, o princípio da segurança jurídica. Embora as leis não sejam perpetuas, especialmente nos dias de hoje, as alterações que elas sofrem devem levar em consideração a confiança que nelas foi depositada pelos seus destinatários. (...) A Constituição, portanto, também desempenha um relevante papel para o alcance da estabilidade das relações sociais e deve servir como instrumento para possibilitar uma firme tutela das expectativas dos cidadãos contra inesperadas alterações legais. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009, pp. 172-173.

Esse é um dado fundamental a se destacar.

É nítido o embate entre o modelo de abertura – instaurado pelo Programa de Reforma do Estado (por meio das citadas Emendas Constitucionais) – e o modelo estatizante – proposto pelos projetos que atribuem tratamento diferenciado a companhias sob controle do Estado.

Ocorre que o primeiro foi decorrente de uma política de *Estado*, com sede *constitucional*, e o segundo reflete uma política de *governo* e, portanto, conjuntural.

Em síntese, as políticas de governo devem se conciliar com as políticas de Estado e quando o modelo tem sede constitucional, os programas partidários e as políticas governamentais devem se amoldar aos princípios e regras previstos na Lei Maior²⁹.

Ora, se a evolução das normas constitucionais caminhou para um modelo de atração de investimentos privados, especialmente os voltados para o longo prazo, nacionais e estrangeiros, essa é uma linha que preside o exame de constitucionalidade de propostas apresentadas em lei ordinária – as quais deveriam ser voltadas para dar concreção aos comandos constitucionais, e não para negá-los.

Quando se adota a opção diversa daquela desejada pelo comando constitucional, mais que uma inconstitucionalidade – casuística – se atinge um bem maior, que é a legítima confiança do administrado em relação ao Estado.

É essa confiança que direciona recursos e investimentos, atuais e futuros, que proporcionarão o desenvolvimento econômico do País – CF, art. 3º. Minada essa confiança, gerações atuais e futuras sofrerão as conseqüências de decisões infraconstitucionais, de maiorias episódicas. Daí porque a confiança legítima é um bem tutelado pelo ordenamento jurídico³⁰.

²⁹ Essa orientação se confirma na leitura do voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na ADI 3.273/DF: “É que nas democracias, estruturadas também --- mas não exclusivamente --- sobre o princípio da interdependência e harmonia entre os poderes, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade dos atos e procedimentos do Executivo, na implementação de suas políticas públicas. Incumbe-lhe rechaçar a implementação de opções políticas, pelo Executivo, que não sejam plenamente adequadas ao todo orgânico que a Constituição é.” Item 21 – p. 27.

³⁰ Como leciona CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA: A segurança do direito, como visto, é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é que o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu. Daí se vê que a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: a segurança como garantia; a segurança como proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social e a segurança por meio do direito. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17. No mesmo sentido, PATRÍCIA FERREIRA BAPTISTA: A tutela da confiança se impõe ao ordenamento jurídico porque, como observa Karl Larenz, “poder confiar (...) é condição fundamental para uma vida coletiva pacífica e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica”. A ausência

A brusca mudança de cenários, por lei ordinária, não pela mudança de modelo contratual, mas, sobretudo, pela recriação de um modelo estatizante de exploração de um setor, cria um cenário que, além de não ser atrativo aos investimentos, afugenta investidores neste e em outros setores. Não foi esse o cenário idealizado pelas emendas constitucionais flexibilizadoras das barreiras aos investimentos privados de interesse estratégico.

6. O impacto generalizado na economia e o controle de proporcionalidade das medidas

Não se pode desconsiderar o fato de que uma proposta de mudança num cenário regulatório exige um exercício de seus reflexos sobre outros segmentos regulados pelo Estado. Há, pois, um dever de interpretação prospectiva acerca das conseqüências da decisão a ser tomada – qualquer que seja o cenário para tal decisão (político, jurisdicional ou regulatório).

No caso em exame, propõe-se a realização de mudanças bruscas, de um modelo de competição para um modelo de favores e privilégios em relação a empresas sob controle do Estado.

Isto quebra o valor fundamental da isonomia num cenário em que a livre iniciativa é um fundamento e a livre concorrência é um princípio setorial do ordenamento econômico.

Como apontado acima, os reflexos são inegáveis quando minada a confiança do investidor, se um modelo de Estado fixado na Constituição deixa de ser implementado e passa até a ser negado pela legislação ordinária.

Como dito, uma das motivações das medidas propostas estaria numa maior partilha, em favor do Estado e da sociedade, das novas riquezas descobertas em bens da União; isso permitiria que o povo brasileiro melhor usufruísse dos ganhos decorrentes dessas novas riquezas – daí a proposta de criação de um fundo social, para o qual seriam direcionados esses recursos.

de proteção à confiança depositada no tráfico jurídico despertaria o germe da desconfiança geral, de todos contra todos, incompatível com o ambiente de estabilidade que se almeja estabelecer em um Estado de Direito. Nesse sentido, a tutela da confiança aparece como um elemento integrante da teoria geral do direito, inerente ao ideal de segurança jurídica, e que se irradia para os seus diversos sub-ordenamentos. Inspirada por esse objetivo de tutela da confiança despertada nas relações jurídicas a jurisprudência dos Tribunais alemães e da União Européia cunhou nas últimas décadas o princípio da proteção da confiança legítima. Trata-se, em linhas bem gerais, de um instrumento para assegurar aos cidadãos a previsibilidade e a constância da ação administrativa. Tal mecanismo está inserido no processo de substantivação do direito administrativo iniciado na segunda metade do século XX. Por seu intermédio, opera-se a concretização da segurança jurídica subjetiva nas relações Administração-administrados. Esta, a razão pela qual, o princípio da proteção da confiança legítima é apontado como um princípio do direito público, que tem no direito administrativo um dos seus campos de atuação mais profícuos. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação da Profª Drª. Odete Medauar. São Paulo: USP, 2006, pp. 71-72.

A questão é saber se somente pela mudança de modelo se pode atingir tal finalidade – de aumentar os ganhos da população – ou, ao revés, se o modelo em vigor permitiria se obter os mesmos resultados, a um menor custo.

O “custo” em jogo, como dito, é a desconfiança generalizada sobre a possibilidade de constantes mudanças de marcos regulatórios em segmentos de alta tecnologia, que demandam pesquisas e investimentos de longo prazo. Isso acarreta o afastamento de investidores e pode representar o sucateamento do aprimoramento tecnológico da mão-de-obra brasileira – neste e noutros setores – afetando, pois, o desenvolvimento econômico – objetivo constitucional do Estado.

Evidente que tal mudança gera uma onerosidade excessiva para o País. Essa onerosidade será suportada pelas gerações atuais e futuras, especialmente estas últimas, que sofrerão as conseqüências das fugas atuais de investidores, pela quebra de cenários favoráveis aos investimentos, à pesquisa, à produção de tecnologia, à geração de empregos e qualificação de mão-de-obra, em nome de uma opção em que somente pela centralização nas empresas do Estado a riqueza seria bem distribuída – esta foi uma doutrina que não resolveu os problemas sociais do país em nenhum dos setores em que foi aplicada (daí as mudanças). Desconhecer a história é condenar a sociedade a reviver os erros do passado.

Daí porque o exame da constitucionalidade das propostas exige que elas passem pelo crivo da proporcionalidade, a saber, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito das medidas submetidas ao Congresso Nacional.

A busca de mecanismos para aumento do benefício social das novas riquezas pode até passar pelo critério da *necessidade* e, com boa vontade, pela *adequação* – afinal, já é prevista a presença de estatais no setor e o modelo proposto, de partilha de produção, é internacionalmente reconhecido.

Todavia, não passa pelo critério da *proporcionalidade em sentido estrito*, que exigiria a adoção da solução que *menor onerosidade* traga para os envolvidos.

O custo da desconfiança não justifica os benefícios que se pretende alcançar, que, frise-se, já podem ser atingidos com o próprio modelo vigente. Bastaria, quando muito, uma proposta de mudança dos critérios já previstos em lei ordinária para a remuneração do Estado concedente.

A atual redação do artigo 45 da Lei nº 9.478/1998 prevê as seguintes formas de participação governamental nos contratos de concessão de petróleo: bônus de assinatura; *royalties*; participação especial; pagamento pela ocupação ou retenção de área.

O *Bônus de Assinatura* corresponde ao pagamento realizado pelo licitante vencedor para a obtenção da concessão de petróleo, ou seja, é o valor que deve ser pago à ANP antes da adjudicação do contrato de concessão ao licitante vencedor³¹.

³¹ Lei nº 9478/1997 - Art. 46. O bônus de assinatura terá seu valor mínimo estabelecido no edital e corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da concessão, devendo ser pago no ato da assinatura do contrato.

Diferentemente, os *royalties* são valores pagos, mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural.

Ressalte-se, por relevante, que estes valores serão pagos levando-se em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, sendo que a ANP poderá prever, no edital de licitação, a redução do valor dos *royalties* a um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

As *participações especiais*, por seu turno, são obtidas sobre a receita bruta da produção do petróleo, abatidos os valores dos *royalties*, que visam a compensar o grande volume de produção ou de rentabilidade da extração do petróleo, devendo ser cobrada de acordo com receitas progressivas³².

Por fim, o pagamento *pela ocupação ou retenção de áreas*³³ é devido pelo contratado, anualmente, à ANP, pela utilização de terrenos afetos à exploração da concessão.

Na hipótese em exame, o próprio ordenamento já admite que uma das formas de remuneração do concedente – as participações especiais – possa ser majorada até mesmo por decreto.

Portanto, a anunciada maior rentabilidade das áreas do pré-sal poderia ser, perfeitamente, submetida a um critério diferenciado de remuneração, sem subversão do modelo de mercado para um modelo estatizante, centralizado em empresas sob controle do Estado, que receberiam contratos sem se submeter a mecanismos constitucionalmente estabelecidos para a competição.

Além disso, o ordenamento em vigor já permite o estabelecimento de índices de nacionalização, que não só gera empregos no país como força o desenvolvimento de pesquisas e tecnologias nacionais.

Sem dúvida que a redução desse tipo de investimentos é um risco.

Outra dificuldade prática para o exercício da liberdade empresarial decorre do fato de que os fornecedores ficarão nas mãos de um único operador, assim imposto por lei – quando a Lei Maior impõe a competição por via da licitação.

Para o único operador também há dificuldades, posto que a PETROBRÁS já tem grande parte do pós-sal; se ficar com todo o pré-sal, terá dificuldades operacionais e logísticas que exigirão parcerias; o problema será obter parceiros

³² Lei nº 9478/1997 - Art. 50. O edital e o contrato estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial, a ser regulamentada em decreto do Presidente da República. (Vide Lei nº 10.261, de 2001)

§ 1º A participação especial será aplicada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos previstos na legislação em vigor.

³³ Lei nº 9478/1997 - Art. 51. O edital e o contrato disporão sobre o pagamento pela ocupação ou retenção de área, a ser feito anualmente, fixado por quilômetro quadrado ou fração da superfície do bloco, na forma da regulamentação por decreto do Presidente da República.

Parágrafo único. O valor do pagamento pela ocupação ou retenção de área será aumentado em percentual a ser estabelecido pela ANP, sempre que houver prorrogação do prazo de exploração.

num cenário em que o consórcio é obrigatório, a participação mínima é assegurada à estatal, o comitê gestor é integrado em 50% por indicados de outra estatal, que não assume riscos mas tem voto de qualidade. Nada convidativo.

Em síntese, além de não ser indispensável a mudança de marco regulatório para a obtenção dos resultados almejados – de maior participação da população nas riquezas – o custo do risco da insegurança jurídica não passa pelo crivo da razoabilidade e da proporcionalidade³⁴.

7. A frustração dos princípios da isonomia e da livre concorrência

O modelo de livre iniciativa previsto na Constituição admite a presença de monopólios e de empresas sob controle do Estado, mas sob o influxo do princípio da subsidiariedade³⁵, em regime de competição e sob as mesmas condições disciplinadoras das atividades das empresas do setor privado.

A própria Lei Maior estabelece, no art. 173, § 2º, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais (leia-se, não apenas benefícios de natureza tributária, mas financeira) não extensivos às do setor privado, bem como, no § 4º, que a lei reprimirá eliminação da concorrência. Tudo isso decorre não só do princípio da livre iniciativa, fundamento da República – CF, art. 1º, IV – como do princípio da livre concorrência – CF, art. 170, IV.

³⁴ Essa linha já era defendida por JOSÉ CARLOS VASCONCELLOS DOS REIS: Portanto, uma alteração de tal envergadura na legislação atual só seria possível se antecedida de profunda análise técnica de todas as vantagens e desvantagens desses modelos, à luz das concretas circunstâncias da realidade brasileira, e mediante aplicação do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação de interesses. Ao cabo e ao fim, a grande questão de fundo envolvida na discussão a respeito das reservas petrolíferas do pré-sal é a sempre tormentosa definição de que parcela do valor da produção, descontados os custos, fica para o governo e que parcela fica para a concessionária — as conhecidas expressões inglesas *government take* e *contractor take*. O que, afinal, se cogita, com relação às reservas do pré-sal, é a elevação do *government take*. E, para resolver essa questão, talvez não seja necessária nenhuma alteração de vulto no alicerce normativo já em vigor, com vistas ao melhor proveito possível das reservas do pré-sal. Basta que se aplique adequadamente o instituto das participações especiais, já anteriormente referidas, inclusive no percentual máximo possível, considerando os campos do pré-sal como de alta produtividade. REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As concessões de exploração de petróleo no direito brasileiro: Algumas reflexões sobre as perspectivas do pré-sal *in* SOUTO, Marcos Juruen Vilela (Coord). *Direito administrativo. Estudos em homenagem a Francisco Mauro Dias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp 496 -497.

³⁵ SILVIA FABER TORRES, em trabalho específico sobre o tema, traça as implicações da subsidiariedade na intervenção do Estado na ordem econômica: Embora a subsidiariedade não seja um princípio estritamente diretivo da ordem econômica, ela a tem como um de seus objetos precípuos, orientando, nesse âmbito, a atuação estatal e informando a relação entre o Estado e o particular, de modo a harmonizar a coexistência do poder público e da liberdade de que goza a iniciativa privada. A subsidiariedade, portanto, regula a intervenção estatal na economia, cabendo-lhe fixar pautas que orientem uma relação harmônica entre a ordem econômica espontânea e a ação do Estado, a qual, saliente-se, não é por ela vedada, mas limitada à correção de distorções em nome do bem comum e da promoção da justiça. (TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 152).

Essa lógica se reforçou com a EC nº 9/95, que introduziu o regime de competição para a exploração do monopólio da União, dele participando empresas estatais e privadas.

Dáí porque na orientação do Supremo Tribunal Federal, pelo voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU ficou assentado que “a Petrobrás não é prestadora de serviço público. Não pode ser concebida como delegada da União. Explora atividade econômica em sentido estrito, sujeitando-se ao regime jurídico das empresas privadas (artigo §1º, II, do art. 173 da CB/88). Atua em regime de competição com as empresas privadas que se disponham a disputar, no âmbito de procedimentos licitatório (artigo 37, inciso XXI, da CB/88), as contratações previstas no §1º do art. 177 da Constituição do Brasil”.

Logo, a previsão de um afastamento da competição em favor das empresas sob controle do Estado representa flagrante violação dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e, em última instância, da isonomia. Assim, impõe-se esclarecer que, se poderia haver alguma interpretação de que a exploração direta (por meio de estatais) estaria mantida, esta interpretação não parece contar com o respaldo do Supremo Tribunal Federal; o monopólio se dá sobre a titularidade da atividade, sobre o poder de decidir quando e como explorar – os modelos contratuais não foram constitucionalizados – mas o regime de afastamento da competição, em se decidindo pela exploração, não parece ter sido contemplado na sistemática constitucional.

Partindo-se dessas premissas, passa-se ao exame do tratamento diferenciado conferido às empresas sob controle estatal, que estariam orientados pela lógica de uma discricionariedade legislativa que autorizaria a lei ordinária a definir o tamanho do monopólio e da competição desejados.

7.1 Das hipóteses de contratação direta da PETROBRÁS

O Projeto de Lei nº 5.938/2009, em seu artigo 7º, parágrafo único, prevê que a PETROBRÁS poderá ser *contratada diretamente*, isto é, *sem licitação*, para promover a avaliação do potencial das áreas do pré-sal e das áreas estratégicas, nos seguintes termos:

Art. 7º Previamente à contratação sob o regime de partilha de produção, o Ministério de Minas e Energia, diretamente ou por meio da ANP, poderá promover a avaliação do potencial das áreas do pré-sal e das áreas estratégicas.

Parágrafo único. A PETROBRÁS poderá ser *contratada diretamente* para realizar estudos exploratórios necessários à avaliação prevista no caput.

O ponto mais relevante e sensível é que o mesmo Projeto prevê, ainda, que esta estatal poderá ser contratada diretamente para a celebração de contratos de partilha de produção³⁶:

Art. 8º A União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia, celebrará os contratos de partilha de produção:

I - diretamente com a PETROBRÁS, dispensada a licitação; ou

II - mediante licitação na modalidade leilão.

Aumentando as prerrogativas conferidas a esta estatal, o referido projeto possibilita a contratação direta desta entidade para a realização de avaliação de jazidas que não se localizem na área do pré-sal ou em áreas estratégicas:

Art. 38. A ANP poderá *contratar diretamente a PETROBRÁS* para realizar as atividades de avaliação das jazidas previstas nos arts. 36 e 37.

Na linha do incremento da insegurança jurídica, vê-se exemplo que mais uma vez se repete na história do país, com intervenção legislativa na autonomia e independência política da agência reguladora, interferindo em sua liberdade de escolha dos prestadores de serviços (não há imposição, mas um “doce constrangimento”).

O referido projeto ainda possibilita que a PETRO-SAL *contrate diretamente a PETROBRÁS* como agente comercializador do petróleo e do gás natural extraído:

Art. 44. O petróleo e o gás natural destinados à União serão comercializados de acordo com as normas do direito privado, dispensada a licitação, segundo a política de comercialização referida nos incisos VI e VII do art. 9º.

Parágrafo único. A empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º, representando a União, *poderá contratar diretamente a PETROBRÁS*, dispensada a licitação, como agente comercializador do petróleo e do gás natural referidos no caput.

Na mesma linha de prerrogativas conferidas unicamente a esta estatal, o Projeto de Lei 5.941/2009 prevê um novo modelo de exploração – a cessão onerosa do exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos à PETROBRÁS, *dispensada a licitação*:

³⁶ Tal contratação direta poderá, inclusive, ocorrer por provocação do CNPE: Art. 12. O CNPE proporá ao Presidente da República os casos em que, com vistas à preservação do interesse nacional e ao atendimento dos demais objetivos da política energética, a PETROBRÁS será *contratada diretamente pela União para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção*.

Art. 1º Fica a União autorizada a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, dispensada a licitação, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal.

Tais propostas atentam contra os princípios invocados e contra a própria evolução normativa do tema – que substituiu a figura da personificação do monopólio na PETROBRÁS, para admitir a continuidade da existência da empresa como um agente competidor – afastando o que ocorreu em outros setores, nos quais a tendência foi a privatização de empresas estatais³⁷.

O que é extremamente grave é que a proposta viola o *princípio democrático* e o *Estado de Direito*, posto que se pretende implementar uma política pública incompatível com o modelo implementado na Constituição, que, nesse passo, mereceu modificação específica para que fosse implementado um modelo de competição.

7.2. As interpretações juridicamente aceitáveis das propostas

Como dito, num primeiro momento se poderia acreditar que a redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995 – que prevê que a União “poderá contratar” com empresas estatais ou privadas – admitiria a contratação direta. Afinal, numa *interpretação literal*, quem pode contratar com empresas estatais ou privadas “poderia” optar pelas estatais; neste caso, não haveria licitação.

Ocorre que, segundo regras basilares de hermenêutica, a interpretação literal é a primeira, e não a última das interpretações, e nem, muito menos, a melhor.

Dai se cogitar dos métodos histórico³⁸, teleológico e sistemático, na busca da origem e da finalidade das normas.

Nesse passo, a *interpretação histórica* das mudanças no Texto Constitucional em nada autoriza que sejam conferidas prerrogativas que induzam o retorno a um

³⁷ Vide Plano Nacional de Desestatização (disciplinado pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997), que traçou as diretrizes para o desenvolvimento de um Estado Gerencial Regulador.

³⁸ LUIS ROBERTO BARROSO traz as principais características desse método de interpretação: “A interpretação histórica consiste na busca do sentido da lei através dos precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e da *ocasio legis*. Esse esforço retrospectivo para revelar a vontade histórica do legislador pode incluir não só a revelação de suas intenções quando da edição da norma como também a especulação sobre qual seria a sua vontade se ele estivesse ciente dos fatos e idéias contemporâneos. O elemento histórico desempenha na interpretação constitucional um papel mais destacado do que na interpretação das leis. Isso se torna especialmente verdadeiro em relação a Constituições ainda recentes. Fórmulas e institutos aparentemente incompreensíveis encontram explicação na identificação de sua causa histórica.” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136).

regime de monopólio de exploração em favor de empresa sob controle estatal³⁹.

Pela *interpretação teleológica* se confirma a *intenção* do constituinte em flexibilizar este monopólio público, num contexto de introdução da competição com vistas à obtenção de novos investimentos e para o atingimento de um dever de eficiência, ditada por fatores de mercado.

Basta ver, como dito, que a Exposição de Motivos⁴⁰ que deu origem à Emenda Constitucional nº 9/1995 ratificou essa orientação geral.

Como se pode observar e frisar, a intenção do *Constituinte* derivado foi flexibilizar o monopólio da exploração do petróleo e do gás natural, possibilitando a contratação de empresas privadas para a realização dessas atividades.

Por esta razão, não poderia o legislador ordinário, subvertendo a vontade do legislador constitucional, retornar a um regime em que a União, por intermédio da PETROBRÁS, possuía a exclusividade para o desenvolvimento das atividades de exploração do petróleo⁴¹.

Como se não bastasse, numa *interpretação sistemática* do texto já se vislumbra que, ao se disciplinar a presença de estatais no domínio das atividades econômicas, que a *norma do artigo 173, §1º, CF, foi editada com intuito de proteção ao particular, almejando que às entidades não fossem atribuídas vantagens e favores não extensíveis às demais empresas privadas*⁴². Se, por um lado, é certo que os comandos dos artigos 173 e 177 são distintos – um para proteger o mercado e outro para definir uma titularidade originária do Estado sobre uma atividade econômica – não é menos exato que o fundamento da República é a livre iniciativa e é tal princípio que deve inspirar a interpretação constitucional acerca dos critérios que devem inspirar o legislador ordinário no exercício da aplicação de eventual discricionariedade legislativa. Ou seja, o caso

³⁹ Segundo LUIS ROBERTO BARROSO: “Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto o antigo”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75.

⁴⁰ O texto da Proposta de Emenda à Constituição nº 06/95, que altera o §1º do art. 177 da Constituição Federal foi enviada pelo Senhor Presidente da República, nos termos do art. 62, II, da CF/88, através da Mensagem nº 194, de 1995, ao Congresso Nacional para apreciação., que teve a Exposição de Motivos nº 39, de 1995, dos Senhores Ministros de Estado da Justiça, do Planejamento e Orçamento, da Fazenda, de Minas e Energia, da Previdência e Assistência Social e da Administração Federal e Reforma de Estado.

⁴¹ Mais uma vez vale mencionar que essa orientação se confirma com a leitura do voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, quando expõe que “ela atua, no regime instalado pelo § 1º do artigo 177 da Constituição do Brasil, redação da EC 9/95, na qualidade de empresa estatal que explora atividade econômica em sentido estrito e não serviço público; em regime de competição com a empresa privada, portanto. (...) Tornado relativo o monopólio, a Petrobrás perdeu a qualidade de sua executora, que lhe fora atribuída pela Lei n. 2004/53”. item 18 p. 21 – (o grifo não é do original)

⁴² SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 116.

não precisa ser de aplicação do art. 173, § 1º, CF, ou de aplicação do princípio da subsidiariedade, mas de interpretação sistemática, histórica e teleológica do próprio artigo 177, CF, na redação dada pelas reformas constitucionais. A regra do artigo 173, ainda que não diretamente aplicável ao problema, fixa uma lógica, decorrente do fundamento da República – que não nega o mercado para privilegiar a opção da empresa estatal, mormente quando o dispositivo específico (art. 177) contempla a convivência.

Ainda numa visão *sistemática*, não se vislumbra mais nenhum fundamento jurídico para as hipóteses de contratação direta dessa estatal, haja vista que a regra é a prévia realização de procedimentos licitatórios para as contratações do Poder Público, sendo a contratação direta exceção⁴³.

Qualquer exceção com sede em lei deveria decorrer de norma *geral* – consoante disposto no art. 22, XXVII, CF – e não de uma norma *específica, direcionada* para uma empresa *nominada* no texto legal.

Nem se diga que o art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 seria a norma autorizadora da contratação direta da exploração; primeiro, porque tal norma não se aplica a este tipo de contrato; segundo, e mais importante, porque o dispositivo representa mera aplicação do princípio da descentralização administrativa – autorização para a contratação com entidades criadas para personificar funções do Estado e apenas para o seu próprio atendimento – e não para frustrar a competição no mercado.

Enfim, a licitação não se impõe apenas como regra; ela se destina a garantir os princípios constitucionais da *eficiência* e da *economicidade* – além de resguardar a livre concorrência e a isonomia (nem se questiona o objetivo de também atender o princípio da moralidade, porque a imoralidade não se presume).

7.3. O princípio da autonomia da vontade e a obrigatoriedade de formação de consórcios com a PETROBRÁS

O Projeto de Lei nº 5.938/2009 prevê que a PETROBRÁS será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção; caso haja outra empresa vencedora da licitação, esta deverá constituir, obrigatoriamente, um consórcio com a estatal:

Art. 4º - A PETROBRAS será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurada, a este título, participação mínima no consórcio previsto no art. 20.

⁴³ Vide, por exemplo, o artigo 37, inciso XXI, e 175, CF. Confirmando essa linha, recorra-se, mais uma vez, ao voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na DI 3273/DF, quando afirma, à luz da Constituição, que: “A União não poderá, ex vi do disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição, contratá-la senão mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, observadas as condições estabelecidas na lei prevista no § 1º do artigo 177 da Constituição” – item 19, p. 22.

Art. 20. O licitante vencedor *deverá constituir consórcio com a PETROBRAS* e com a empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 1976.

§ 1º A participação da PETROBRAS no consórcio implicará sua adesão às regras do edital e à proposta vencedora.

§ 2º Os direitos e obrigações patrimoniais da PETROBRAS e demais contratados serão proporcionais à sua participação no consórcio.

§ 3º O contrato de constituição de *consórcio deverá indicar a PETROBRAS como responsável* pela execução do contrato, sem prejuízo da responsabilidade solidária das consorciadas perante o contratante ou terceiros, observado o disposto no § 2º do art. 8º.

Não resta dúvida de que esta obrigatoriedade da formação de consórcios das empresas privadas vitoriosas nas licitações do pré-sal com a PETROBRÁS viola o sistema constitucional de atuação da empresas estatais, a *liberdade de associação* e a *liberdade de contratar* das licitantes vencedoras.

Trata-se, em última análise, de uma intervenção indevida na liberdade de empresa das licitantes vencedoras, que corresponde a uma das facetas da liberdade iniciativa⁴⁴.

Enfim, todos são valores inerentes ao fundamento da liberdade de iniciativa.

De outro lado, esta obrigatoriedade de formação de um consórcio com a PETROBRÁS se apresenta, mais uma vez, como uma *violação ao princípio da proporcionalidade*; isto porque se cria ônus e risco excessivos, tanto para a estatal como para empresa vencedora da rodada de licitações. A proposta também retira da PETROBRÁS, uma empresa constitucionalmente submetida ao direito privado, a autonomia para a escolha dos blocos que desejar operar, em função de critérios empresariais voltados para a rentabilidade. Isso, como dito e repetido, aniquila todo um esforço na imagem de empresa autônoma e blindada contra as indevidas ingerências políticas. De sua parte, a empresa do setor privado deixa de ter a liberdade de escolha estratégica da parceria com a estatal (como já vinha

⁴⁴ Como leciona EROS ROBERTO GRAU: “Inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva a distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de *exposição de tais sentidos*: a) *liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico)*: a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei-liberdade pública; b) *liberdade de concorrência*: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada.” (o grifo não é do original). GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros, 2003, 8ª ed., p. 184.

acontecendo por decisões de mercado) para ser obrigada a tanto⁴⁵.

Tudo isso interfere na *autonomia da vontade* de formação das sociedades, traduzida pela *affectio societatis*, da qual não se pode prescindir⁴⁶.

Assim, não poderia uma lei intervir na formação societária dos agentes econômicos do setor petrolífero, de maneira a obrigar que estas pessoas jurídicas se associem a uma empresa estatal.

Deve-se considerar, portanto, o fato de que, embora a associação, em sentido lato, seja livre, ninguém pode ser obrigado a manter-se associado.

Frise-se que a PETROBRAS, uma das maiores empresas do mundo, pode ter sua imagem arranhada no mercado, junto a fornecedores e investidores, por conta de um projeto que abusa do poder de usar uma estatal como instrumento de uma política de governo (que é diversa da política de Estado, constitucionalmente estabelecida).

Nesse aspecto, os referidos projetos violam não só o regime constitucional das empresas estatais, como, também, o *princípio da liberdade de iniciativa*, manifestado pela *liberdade de empresa*, modificando, sobretudo, a organização das sociedades empresárias⁴⁷.

⁴⁵ Daí porque GILMAR FERREIRA MENDES, ao discorrer sobre os limites ou sobre as restrições a que estão sujeitas as liberdades, garantias, poderes, direitos individuais, adverte que: “É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou limites dos limites (Schränken-Schränken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas. Mais adiante: De ressaltar, porém, que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, *desmesuradas* ou *desproporcionais*. (o grifo não é do original). MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, Brauco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 304 e 306.

⁴⁶ LUIS ROBERTO BARROSO (BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional. Tomo I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 411 a 419) afirma que em uma associação não se pode prescindir da *affectio societatis*, elemento indissociável que identifica, em meio a outros aspectos, a *afinidade* entre as partes e a motivação pela qual decidem somar esforços para produzir um resultado de interesse comum, citando, para tanto, a lição de Rubens Requião: *Esse elemento característico do contrato societário é altamente útil na prática da vida comercial, para distinguir a sociedade de outros tipos de contrato, que tendem a se confundir, aparentemente, com a sociedade de fato presumida. O conceito é subjetivo, o elemento é intencional, e se deve perquirir dos reflexos aparentes e exteriores, se a intenção do agente foi de unir seus esforços para obter resultados comuns, que isoladamente não seriam tão plenamente conseguidos*. REQUIÃO, Rubens *Curso de direito comercial*. Vol. 10. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 289.

⁴⁷ Nesse passo, deve se trazer o ensinamento de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, que bem lembra que todo princípio – aqui se destaca o da livre iniciativa – tem uma eficácia imediata, obstando que produzam efeito dentro de uma ordem jurídica atos que com ele sejam antagônicos; é a “eficácia impeditiva” do princípio, pela qual se veda a produção de efeitos incompatíveis com o conteúdo de valor do princípio. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 88.

7.4. O contrato de cessão de direitos para a capitalização da PETROBRÁS

O Projeto de Lei nº 5.941/2009 propõe a capitalização da PETROBRÁS, autorizando a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o direito ao exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos:

Art. 1º Fica a União autorizada a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, *dispensada a licitação*, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal.

§ 1º A cessão de que trata o *caput* será limitada ao volume máximo de cinco bilhões de barris equivalentes de petróleo.

§ 2º O pagamento devido pela PETROBRAS pela cessão de que trata o *caput* poderá ser efetivado em títulos da dívida pública mobiliária federal, precificados a valor de mercado.

§ 3º As condições para pagamento em títulos da dívida pública mobiliária federal serão fixadas em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

§ 4º A cessão de que trata o *caput* é intransferível.

Tal intenção se justificaria pelo fato de ter a PETROBRÁS descoberto os campos e possuir, em tese, maior capacidade técnica para explorar a área do pré-sal.

Primeiramente, o aumento da participação da União⁴⁸ no capital da PETROBRÁS força que os investidores privados também aumentem sua participação, sob pena de terem diluídos os dividendos.

Poderia se imaginar que é da essência da sociedade de economia mista que os acionistas privados devam conviver com as decisões políticas, dentre as quais a decisão de aumento de sua participação no capital social da estatal.

De fato, isso é uma realidade.

Aqui, a justificativa para o aumento de capital decorre da preocupação de que a PETROBRAS é uma sociedade de economia mista e, por isso, o acionista privado receberia as riquezas do pré-sal.

⁴⁸ Não se trata de uma operação automática. Devem ser seguidos os trâmites da Lei de Sociedades por Ações, que exigem a convocação de assembleias extraordinárias para avaliação do direito a ser transferido para esta estatal (art. 8º da LSA) e para aprovação do laudo de avaliação (art. 122, VI, com a redação dada pela Lei nº 10.303/2001), nas quais a União não poderá votar (art. 115, § 1º c/c art. 8º § 5º da LSA) para não caracterizar conflito de interesses. É, aliás, esse conflito de interesses que expõe, em muito, a imagem da PETROBRAS perante seus acionistas privados, podendo criar dificuldades para futuras capitalizações no mercado de valores, dada a forte ingerência governamental que se projeta com as propostas submetidas ao Congresso.

Essa justificativa menospreza o fato de que a sociedade de economia mista só existe porque houve um prévio gesto de confiança do acionista privado (suportando o risco do conflito de interesses que representa um dilema existencial⁴⁹ nas sociedades de economia mista); o Estado só cria uma sociedade de economia mista porque, sozinho, não poderia desenvolver a atividade (sob a forma de empresa pública); por isso, oferece uma oportunidade de lucro ao parceiro privado. Foi essa sociedade, com acionistas privados, que desenvolveu as atividades que levaram às descobertas do pré-sal.

Essa oportunidade de lucros, agora, resta frustrada se seu patrimônio é, repentinamente, diluído.

O que é mais grave é que vários foram os investidores atraídos pelo discurso do capitalismo popular, investindo o seu FGTS em ações da PETROBRÁS, que, agora, terão tal investimento diluído, salvo se tiverem capitais próprios para participar do aumento de capital. Isto porque, neste momento de boas notícias, lhes é negado o acesso à mesma fonte de financiamentos (o uso do FGTS)⁵⁰.

Todas essas prerrogativas, mais uma vez, violam o princípio da segurança jurídica.

Não é só isso.

Trata-se de uma imposição da União sobre um capital social que é majoritariamente privado, ainda que a maioria das ações com direito a voto estejam sob controle do Estado.

Demais disso, sequer se tem noção do valor do bem; há riscos ambientais, da aceitação de mais combustível no mercado, riscos de produção, de preço etc.

Ou seja, a capitalização, além de diluir a participação dos acionistas privados que não consigam exercer seus direitos de preferência, ainda coloca em risco o novo valor do capital da empresa.

Mas esses nem são os pontos mais importantes da crítica.

O fato é que, por esse formato, se instituiu verdadeira subversão dos modelos doutrinária e internacionalmente aceitos para a exploração de petróleo e de gás natural.

⁴⁹ No modelo de livre iniciativa, o Estado não nasce para perseguir o lucro, mas, sim, produzir o bem-estar geral; o lucro é objetivo do setor privado; esta diversidade de objetivos nem sempre é de fácil convivência no interior da sociedade.

⁵⁰ Some-se a isso as observações feitas por RAFAEL BAPTISTA BALERONI e JORGE ANTÔNIO PEDROSO JUNIOR: Além disso, os horizontes do pré-sal são bens de valor mensurável - ainda há elevada incerteza quanto à extensão total das reservas, à qualidade dos hidrocarbonetos e, principalmente, aos custos de extração, sem se cogitar da influência do preço futuro do petróleo sobre essa questão, de forma que qualquer avaliação atual teria altas chances de se mostrar equivocada. O aporte desses bens no capital social da Petrobras significaria uma transferência de um valor inmensurável para uma empresa privada e uma diluição dos demais acionistas com aporte de um bem de valor incerto. Por fim, o aporte dos horizontes do pré-sal na Petrobras traria um sério risco de perda de controle de políticas públicas ligadas a esse horizonte. BALERONI, Rafael Baptista. PEDROSO, Jorge Antonio. Pré-sal: Desafios em uma proposta de regulação para o setor. In *Novos Rumos do Direito do Petróleo*. Organizadora: Marilda Rosado de Sá. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 165.

Pelo modelo de “cessão”, sem licitação, a PETROBRÁS recebe um direito, como nos melhores dias do monopólio. Cuida-se, novamente, da personificação da atividade na estatal, como se a Ordem Constitucional não tivesse sido mudada. A estatal recebe um “brinde” de valor desconhecido.

Claro que o Estado pode integralizar o capital de suas sociedades e, para tanto, pode fazê-lo em recursos ou em bens.

No entanto, há bens que se submetem a um regime especial de exploração e de comercialização, como, no caso em exame, se dá com o petróleo e gás natural; sua exploração se dá num regime de competição e sua comercialização se submete a decisões do Conselho Nacional de Política Energética⁵¹.

Logo, a integralização do capital de uma estatal com esse bem exige a sua utilização no formato constitucionalmente estabelecido para o emprego de tal propriedade em alguma atividade. Não basta a vontade do acionista controlador – ainda que ele não estivesse sujeito a uma assembléia geral, aceitando a integralização e o valor do bem.

O fato de a PETROBRÁS ter missões, de garantir o abastecimento nacional, entre outros, não a autoriza a ter privilégios que diluam a importância do acionista privado e, menos ainda, que o tratamento diferenciado possa subverter o mercado; não está vedado um tratamento diferenciado, mas não se pode ir a ponto de afastar competidores do mercado, para atribuir à estatal todos os direitos ali presentes. Por exemplo, pode a União ou empresa estatal sob seu controle (em decorrência e para atendimento dessas missões), atribuir à PETROBRÁS, sem licitação, o direito à exploração de um terreno ou de um porto (ou benefício não fiscal), como uma decorrência de suas missões (à qual seus competidores não estão), mas não pode afastar-lhe os competidores diretos (reservando-lhe um mercado) na atividade econômica para a qual ela foi criada – especialmente pela via de um contrato de cessão de bem⁵², não reconhecido pela doutrina do direito do petróleo, mormente quando esse bem se submete a regime especial de exploração.

A capitalização da PETROBRÁS, com valores calculados em barris de petróleo, também sofre o risco de desvalorização do petróleo, já que o aumento da oferta – e de novas descobertas mundo afora – podem afetar a lei da oferta e da procura (dada a busca por outros tipos de energia, de menor impacto ambiental).

⁵¹ É este conselho que opina em caráter de orientação da fixação da política de exploração do monopólio, o que afasta a crítica de que o modelo de concessão permitiria o esgotamento dos recursos do subsolo, por conta de uma exploração especulativa de tais riquezas; esta a característica do monopólio, qual seja, submeter à decisão da União a decisão de explorar ou não o recurso, o momento da exploração e o modelo contratual; no entanto, se houver tal decisão, esta exploração só pode se dar um regime de competição.

⁵² A cessão de direitos exploratórios de petróleo no Recôncavo Baiano, por ocasião da criação da PETROBRÁS, não é um exemplo aceitável para justificar a atual proposta de cessão, posto que, ali, a realidade era de monopólio constitucional e a PETROBRÁS era a personificação do monopólio; tal modelo, de personificação do monopólio da União numa estatal, não mais existe.

8. A criação da PETROSAL e o risco à economicidade

O Projeto de Lei nº 5.939/2009 prevê a criação de mais uma empresa pública (sem, portanto, acionistas do setor privado) que terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo e gás natural da União:

Art. 2º A PETRO-SAL terá por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo e gás natural da União.

Parágrafo único. APETRO-SAL não será responsável pela execução, direta ou indireta, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo e gás natural.

A criação de uma entidade da Administração Indireta tem fundamento na decisão de iniciativa do Chefe do Executivo em realizar a descentralização administrativa, por meio de pessoas jurídicas autônomas em face do Poder central. Destarte, enquanto mera personificação de uma função de gerir contratos da União na área de produção de petróleo, não haveria, num primeiro exame, maior entrave jurídico⁵³.

Claro que é, no mínimo, curioso que se crie uma “empresa” estabelecendo, por lei, que ela não está exposta a riscos; se o Estado explora atividade econômica – a gestão de um ativo ou de um contrato – o faz por meio de estatais; o risco é inerente à atividade econômica; a diferença está no objetivo de busca (ou não) do lucro; na sociedade de economia mista (pelo fato de ela só existir porque há acionistas privados), o objetivo do lucro é imperativo, mas isto não ocorre na empresa pública – uma decorrência natural do princípio da livre iniciativa (o Estado não nasce para produzir lucros, mas para buscar o bem-estar geral); em síntese, pode ser afastado o lucro como objetivo de uma empresa pública, mas o risco é inerente ao conceito de atividade empresarial; do contrário, cria-se uma autarquia (daí a ANP) ou fundação.

Nesse passo, é claro, ainda, que o inchaço da máquina administrativa⁵⁴ pode representar violação do *princípio da economicidade*. Algumas das funções poderiam

⁵³ No entanto, ainda assim, poderia haver questionamentos calçados na orientação que se extrai do voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na DI 3273/DF, quando afirma que “(...) não sendo prestadora de serviço público, a Petrobras não pode ser concebida como delegada da União” – item 19, p. 22. O argumento que pode, perfeitamente, ser aplicado à PETRO-SAL que pretende, como ponto de partida, além de outras funções questionáveis, representar os interesses da União nesses contratos. Trata-se, pois, de situação bem diversa daquela que envolve a prorrogação de contratos de concessão de serviços públicos a estatais do setor elétrico ou no que concerne às demais personificações de serviços públicos – que já estão fora do mercado e a ele só se submetem por decisão estatal; não se equiparam às situações de monopólio cuja exploração pode ser contratada com empresas estatais ou privadas.

⁵⁴ Claudia Safatle, ao comentar que “Faltam razões para a Petro-sal”, bem lembra que estatais nascem com o compromisso de serem enxutas; com o passar dos anos, vão inchando o seu quadro funcional para acomodar pressões político-partidárias e terminam, com raríssimas exceções, apropriadas por um partido político. Valor, 11 de setembro de 2009, p. A-2.

continuar a ser exercidas pela ANP, autarquia criada para fins semelhantes.

Exemplificativamente, à autarquia (sem risco ou intuito de lucro ou desenvolvimento de atividade empresarial) já cabe verificar o cumprimento pelos contratados da política de comercialização de petróleo e gás natural da União, bem como monitorar e auditar as operações, custos e preços de venda de petróleo e gás natural.

Implementar e verificar o atendimento das políticas públicas, em especial pela fiscalização do cumprimento dos contratos é atribuição básica de uma agência reguladora.

Para tanto, o método regulatório se dá com ampla participação, transparência e motivação técnica; nada disso é exigível da empresa pública; ainda que submetida aos ditames da Lei de Sociedades Anônimas, há risco ao princípio democrático, pela supressão do método participativo, inerente à regulação, quando se decide entregar a uma estatal uma função que poderia, perfeitamente, ser implementada pela agência reguladora (ainda que não se trate, efetivamente, de uma usurpação de funções).

Também a criação de espaço para interferências políticas pode resultar em violação do *princípio da moralidade*. Isso só o futuro dirá (a imoralidade não se presume).

No entanto, de imediato, mais uma vez, sem norma *geral*, se tem o afastamento do procedimento licitatório – e, conseqüentemente, da *isonomia* e da *livre concorrência*:

Art. 5º É dispensada a licitação para a contratação da PETRO-SAL pela administração pública para realizar atividades relacionadas ao seu objeto.

Por incrível que pareça, isso nem é o mais grave.

O que é complexo é o conjunto de direitos atribuídos à PETRO-SAL para gerir os contratos.

Entre esses está um *poder de veto*, que acaba por representar uma drástica interferência sobre atividades empresariais e tipicamente negociais, o que é incompatível com uma empresa que “*não será responsável pela execução, direta ou indireta, das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização de petróleo e gás natural.*” (art. 2º, p. único do Projeto de Lei nº 5.939/2009).

Art. 20. O licitante vencedor deverá constituir consórcio com a PETROBRAS e com a empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 1976.

Art. 21. A empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º integrará o consórcio como representante dos interesses da União no contrato de partilha de produção.

Art. 22. A administração do consórcio caberá ao seu comitê operacional.

Art. 23. O comitê operacional será composto por representantes da empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º e dos demais consorciados.

Parágrafo único. A empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º indicará a metade dos integrantes do comitê operacional, inclusive o seu presidente, cabendo aos demais consorciados a indicação dos outros integrantes.

Art. 25. O presidente do comitê operacional terá poder *de veto* e voto de qualidade, conforme previsto no contrato de partilha de produção.

Pelo que se vê, a entidade, que não assume riscos, tem metade do comitê operacional e o voto de qualidade; ou seja, o comitê é um mero fornecedor de debates, mas a decisão será tomada por ato de força, sem regras de transparência.

Mesmo quando se admitia, no Programa Nacional de Desestatização, o uso de ações de classe especial (*golden shares*), se tinha a certeza de que seria nos atos constitutivos – portanto, por manifestação da vontade dos acionistas – que seriam definidos os poderes conferidos por tal ação. Aqui, a *vontade* – isto é, *liberdade de empresa e autonomia contratual* – é absolutamente desprezada, à revelia dos valores, fundamentos e princípios constitucionais.

Outro ponto envolve o aspecto concorrencial (e, assim, o *princípio da livre concorrência*). A PETRO-SAL, *sem licitação*, recebe seu pagamento em óleo; por ele não paga *royalties* e nem bônus de assinatura e poderá, portanto, colocar tal produto no mercado⁵⁵, provavelmente, a um custo menor⁵⁶.

Ocorre que a colocação dessa propriedade no mercado não é um direito absoluto – o tema é tratado no âmbito dos regimes especiais de bens – e não só deve obediência às diretrizes do Conselho Nacional de Política Energética, com vistas a assegurar o abastecimento nacional, de modo a se estabelecer diretrizes para a importação e exportação, como se submeter à regulação da Agência Nacional do Petróleo, que administra a comercialização da propriedade adquirida, que não se confunde com a do bem da qual ela é extraída⁵⁷.

⁵⁵ Como se extrai do voto do Exmo. Sr. Ministro EROS GRAU, na DI 3273/DF, “o argumento segundo o qual esta poderia comercializar o petróleo da União porque a sua propriedade, dela Petrobras, é detida pela União não se sustenta. Pois é certo que mesmo para contratar unicamente a comercialização de petróleo a União teria de licitá-la.”

⁵⁶ OLIVEIRA, Adilson. PETROBRAS X PETROSSAL – Ser operadora única pode se tornar um cavalo de Tróia para a empresa. Valor Econômico, 11 de setembro de 2009, p. A-10.

⁵⁷ Tal como, mais uma vez, se extrai do voto do Exmo. Sr. Ministro Eros Grau, na ADI 3273/DF – item 16, p. 19.

Ora, ao se reduzir a competência da ANP, cria-se um conflito de atribuições exatamente numa função para a qual a Lei Maior exigiu que fosse especificamente estruturada no âmbito da Administração Pública Federal um órgão regulador – sendo certo e sabido que o Eg. STF já decidiu que as funções de regulação não podem ser exercidas por pessoas jurídicas de direito privado.

Evidente, pois, o choque de atribuições no que concerne à comercialização da produção, com provável impacto na livre concorrência, amesquinhando uma competência do Estado para intervir no domínio econômico por meio da regulação (CF, art. 174).

9. A criação do Fundo Social

A verdadeira motivação de todos os projetos é obter recursos, com as novas descobertas, para desenvolver programas de relevante teor social.

Daí o Projeto de Lei nº 5.940/2009 pretender criar o Fundo Social - FS, de *natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte regular de recursos para a realização de projetos e programas nas áreas de combate à pobreza e desenvolvimento da educação, da cultura, da ciência e tecnologia e da sustentabilidade ambiental.*

Este fundo terá por recursos *o valor do bônus de assinatura que lhe for destinada pelos contratos de partilha de produção, parcela dos royalties que cabe à União, receita advinda da comercialização do petróleo e do gás natural da União, os resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; além outros recursos que lhe sejam destinados em lei.*

Claro que os interesses sociais a serem atendidos são nobres e relevantes (ainda que possa ocorrer algum *desvio de finalidade*, de cunho demagógico, em mudar todo um cenário jurídico-econômico para captar votos em período pré-eleitoral).

No entanto, o verdadeiro ganho social decorre da ampla atividade econômica, que gera empregos e, com eles, inserção social, capacidade de consumo e alimentação do círculo virtuoso; isso fica bastante debilitado quando, ao invés de se abrir o mercado, se coloca todos os fornecedores nas mãos das decisões de empresas estatais, reduzindo a importância do mercado e da diversificação econômica⁵⁸. O mercado interno também é um patrimônio público – CF, art. 219 – e sua proteção e incentivo, mais uma vez, representam decorrência da opção fundamental da República pela livre iniciativa.

O fato é que angariar recursos já é uma finalidade que pode ser alcançada pela mera modificação da lei ordinária que prevê as participações governamentais nas concessões. Nesse passo, o *interesse público secundário*, de alimentar um fundo,

⁵⁸ O caderno de Economia do Jornal O GLOBO, de 20.09.2009, p. 25, publicou matéria com o título “Com petróleo e sem ganho social”, dando conta de que diversos países ricos em reservas de petróleo não obtiveram melhorias no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). A matéria sugere que é pela diversificação econômica que se reduz a corrupção e se obtém maior transparência.

não poderia superar o *interesse público primário*, na segurança jurídica em prol do desenvolvimento econômico, objetivo do Estado.

A presunção de constitucionalidade deve prevalecer, tendo em vista que o combate à pobreza (artigo 3º, inciso III, da CRFB), o desenvolvimento da educação (artigo 205 da CRFB), a cultura (artigo 215 da CRFB), da ciência e tecnologia (artigo 218 da CRFB) e a sustentabilidade ambiental (225 da CRFB) são valores constitucionalmente assegurados; mas todos podem conviver com o mercado.

Assim, não parece haver empecilhos para criação de fundo cujo objeto seja a implementação de políticas públicas, previamente delimitadas pela Constituição, que devem servir como diretrizes para a atuação do legislador.

Claro que o enorme número de setores previstos pode acabar por pulverizar recursos (reduzindo a efetividade e a melhor relação de economicidade) e criar disputas políticas em torno de sua partilha e destinação entre os ministérios, órgãos e entidades da Administração.

Por isso deve haver mecanismos de controle, de modo a evitar os tradicionais direcionamentos diversos das finalidades, tais como já aconteceu em tantas outras “receitas carimbadas”.

Aqui mais uma das dificuldades práticas que se impõe apontar.

Nesse passo, o “controle social” não deveria se limitar à participação de “representantes da sociedade civil” no Conselho Deliberativo do Fundo Social, devendo haver outros mecanismos de transparência na aprovação de projetos financiados, na sua gestão e na sua prestação de contas. Afinal, toda a urgência constitucional para a deliberação acontece num período pré-eleitoral e não é novidade na história do Brasil o uso demagógico de fundos públicos

O importante é frisar que os recursos para esse fundo já poderiam ser obtidos, a um custo de segurança jurídica bem menor que o imposto às gerações atuais e, especialmente, futuras, com a drástica alteração do marco regulatório.

10. O risco ao princípio federativo nos critérios de partilha de receitas

O projeto de novo modelo de exploração não contempla o pagamento de “participações especiais”; trata-se de remuneração adicional, paga à União, pelo resultado favorável na exploração, que ultrapasse a média estimada. Esta receita é, posteriormente, partilhada com as entidades produtoras.

Com a sua não previsão, os projetos podem interferir nas receitas das entidades federadas.

A natureza jurídica dessas receitas partilhadas com os Estados produtores não é de “prêmio” por terem sido bem aquinhoados pela natureza; o regime é indenizatório, pelos custos e riscos ambientais atuais suportados em decorrência da exploração de tais atividades, bem como pelos riscos futuros, de lidar com as questões sociais decorrentes da exploração de recursos finitos, que, ao se esgotarem, geram para essas entidades o dever de lidar com a população com um poderio econômico esvaziado.

Ademais, a redução de receitas das entidades federadas já contempladas implica significativo impacto sobre programas sociais a elas atrelados, bem como à estabilidade de fundos de previdência que custeiam a aposentadoria de servidores públicos. Vale lembrar que, em alguns casos, tais receitas representam a segunda maior fonte de recursos – como é o caso do Estado do Rio de Janeiro.

São, pois, duplamente penalizadas as entidades federadas, em prol de um argumento frágil, de tratar igualmente as entidades, quando estas não suportam os mesmos ônus que afetam os Estados produtores.

O pior é que, para preservar suas finanças, as entidades federadas afetadas poderão movimentar parlamentares para instituir um aumento de carga tributária – notadamente com aumento do ICMS, atualmente não incidente – como forma de compensar a perda de receitas.

Neste caso, o açoitamento penalizaria, também, o contribuinte.

O fato de os Estados produtores serem em menor número não justifica a alteração, até porque um dos preceitos do Estado Democrático de Direito também é a proteção das minorias.

Dada a radical mudança de marco regulatório, com todos os impactos destacados sobre o princípio da confiança legítima do investidor, melhor seria obter maiores proveitos com as riquezas do pré-sal, mantendo o regime de concessão e aumentando as participações especiais – partilhadas com as entidades produtoras.

A fuga a esse regime de partilha, mais uma vez, demonstra o desapego ao princípio federativo, tal como já acontece com as constantes criações de contribuições (como alternativa aos impostos), de modo a não partilhar suas receitas com Estados e Municípios.

Não socorre o argumento o fato de que só a União pode desenvolver uma política estratégica no setor (o que também pode ser solucionado pela via de abrir ou não uma licitação); afinal, há outros projetos sociais relevantes, desenvolvidos no âmbito de Estados e Municípios, que precisam ser desenvolvidos e ampliados, posto que ligados diretamente à inclusão social e, com isso, à dignidade da pessoa humana – objetivo do Estado (CF, art. 3º).

Tudo caminha para uma idéia de Estado concentrador de riquezas – quando o princípio da livre iniciativa reserva à iniciativa privada tal papel de produzir riquezas.

Enfim, em meio às graves violações à Constituição, esta é, sem dúvida, mais uma das questões que mereceriam maior debate.

Conclusões

Destarte, podem ser oferecidas as seguintes conclusões.

Acerca da possibilidade de modificação da Lei do Petróleo, de modo a instituir o Modelo de Partilha de Produção, não parece que seria necessária uma Emenda Constitucional.

A orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema foi no sentido da autonomia entre os dois dispositivos, reconhecendo, inclusive, a existência de opções de contratos, sob o critério político em relação ao qual não caberia o Judiciário se intrometer. Essa opção, contudo, não autorizaria a mudança de modelagem contratual apenas para impor a figura do operador único, como se verá adiante.

Quanto a ser legalmente possível tornar a PETROBRÁS uma “operadora única”, diretamente apontada pela União, sem certame licitatório, fazendo com que as “áreas estratégicas” fossem exploradas unicamente por esta empresa, parece que não. Uma inovação legislativa nesse sentido violaria o princípio da livre concorrência e da isonomia.

A interpretação histórica e sistemática do tema não autoriza o retorno ao modelo anterior à EC nº 9/95, quando ainda vigorava a Lei nº 2.004/53.

Pior, viola o próprio princípio democrático e o Estado de Direito, posto que se pretende implementar uma política pública incompatível com o modelo implementado na Constituição, que, nesse passo, mereceu modificação específica para que fosse implementado um modelo de competição.

Sobre ser legalmente possível, ainda que houvesse licitação, fazer com que a PETROBRÁS fosse sempre parte operadora nos blocos, sendo que as demais companhias disputariam o direito de fazer parceria com esta sociedade de economia mista, igualmente parece que não. Tal medida violaria o princípio da livre iniciativa, o princípio da liberdade de associação e o princípio da autonomia da vontade. Também deve se registrar que a regra da licitação tem por objetivo dar concreção aos princípios da eficiência e da economicidade e as exceções a essa regra devem vir por norma geral.

Por fim, parece que também não seria legalmente possível que a Empresa de Petróleo Estatal a ser criada pelo governo tivesse poder de veto nos consórcios, de modo a controlar o óleo custo (*cost oil*), posto que isso também violaria o princípio da livre iniciativa e o princípio da autonomia da vontade.

Em síntese, os Projetos de Lei vêm no bojo de um conjunto de medidas que visa a reinstaurar, por lei ordinária, um modelo estatizante já afastado por norma constitucional.

Pode se concluir que tal alteração legislativa viola o princípio da segurança jurídica, princípio da confiança legítima e o princípio da livre iniciativa, em especial.

A mudança de modelo contratual, como núcleo de um marco regulatório, seria violadora, ainda, do princípio da *proporcionalidade*, pois os objetivos almejados com a mudança poderiam ser alcançados de maneira menos onerosa para a sociedade que suportará os riscos com um cenário de afastamento de investidores.

Abstract: The paper aims to analyze the constitutionality of the bills of law presented by the President of the Republic, with the purpose to establish new regulatory rules for exploration contracts in the oil monopoly sector. In particular, will be examined the production sharing contract (PSC) with Petrobras, without prior bidding.

Key words: Oil. Monopoly. Exploration contracts. Production sharing contract. Bidding.