



## APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO AO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO PRÉ-SAL

*Marina de Carvalho Guedes\**

### RESUMO

O estudo objetiva entender a problemática político-econômica que circunda o novo marco regulatório do Pré-Sal, qual seja, o regime de partilha de produção. Vislumbra-se expor acerca da atuação da Petrobras como operadora única da exploração, produção e atividades correlatas à referida camada de hidrocarbonetos. Procura-se afastar a hipótese de criação de reserva de mercado em seu favor, motivando-se, a especial regulação, no imperativo de preservação do interesse nacional quanto à seara energética, por meio de uma clara mitigação à livre concorrência. Política essa que institui uma linha tênue entre regulação estatal, sua defesa da concorrência e fortalecimento do mercado.

**Palavras-chave:** Regime de partilha de produção. Reserva de mercado. Livre concorrência. Regulação.

---

\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista-pesquisadora do Programa de Recursos Humanos em Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis ANP PRH 36. Monitora da disciplina de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Aluna do curso de Especialização em Direito Constitucional do PPGD (Programa de Pós-graduação em Direito) da UFRN. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/3988083318912012>>.

*“O petróleo pode ser uma benção, e não uma maldição, mas, para tanto, não pode ser deixado às forças de mercado”.*

(Gilberto Bercovici)

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por fito analisar, sob o critério da livre concorrência, os aspectos políticos que circundam o contrato pelo qual a União cede, onerosamente, o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluídos à Petrobras, sob a regulação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

Sob o novo marco regulatório, é permitida a contratação direta da Petrobras, lhe sendo dispensado o processo licitatório. O art. 12 da Lei nº 12.351/2012 justifica a possibilidade de contratação direta, conforme regime de partilha de produção, pelos objetivos de preservação do interesse nacional e atendimento dos demais desígnios da Política Energética Nacional, obedecendo à previsão, respectivamente, do inc. I e seguintes do art. 1º da Lei nº 9.478/97 (Lei do Petróleo), a qual consiste na lei-quadro para o setor.

No atual panorama dos direitos internacional e administrativo, o interesse nacional se afasta cada vez mais de uma conceituação metafísica e atrelada ao próprio Estado. Segundo Mariana de Siqueira (2011, p. 142), é na defesa desse mérito que o Estado se ausenta de suas funções reguladora e normativa, atuando diretamente na economia. Afirma Odete Medauar (citada por ARAGÃO, 2006, p. 636) que, “uma atuação estatal restritiva específica” impõe ponderações que, no setor em cotejo, tornam as decisões do Executivo brasileiro ainda mais vinculadas aos interesses de seus nacionais, principalmente na seara social.

O escopo do trabalho situa-se na análise da atuação da Petrobras como operadora única (atuação estatal restritiva específica) decorrente do marco regulatório do Pré-Sal<sup>1</sup>. Panorama que coloca suas atividades em um limite tênue entre o princípio da livre concorrência e o estabelecimento de uma reserva de mercado em seu favor. Estes

---

<sup>1</sup> Em apertada síntese, tem-se por marco regulatório do Pré-Sal, uma regulação especial dedicada ao setor de exploração e produção de hidrocarbonetos localizados abaixo da camada de sal. Caracteriza-se por especial pois este conjunto de leis, com o fito de regular determinado setor da economia, atuará de modo paralelo ao já existente modelo de concessão, surgido anteriormente com o advento da Lei do Petróleo, de nº 9.478/1997.

pressupostos serão abancados em pauta neste estudo, a fim de fundamentar a interferência concorrencial operada pela Petrobras em decorrência da cessão que lhe é destinada.

Por consistir em uma problemática recente em nosso ordenamento, ainda é parca a pesquisa visando uma discussão científica, bem como os aspectos constitucionais e legais que cingem a regulação eficiente dos hidrocarbonetos referentes à camada Pré-Sal e campos estratégicos.

O objetivo, portanto, é analisar o contrato de cessão onerosa dos referidos hidrocarbonetos à luz da livre concorrência em contraposição à possível existência de uma reserva de mercado em favor da Petrobras.

As críticas às regulações implementadas pelo Estado sofrem grandes limitações decorrentes de uma construção doutrinária ainda bastante divergente, conforme se depreende da leitura desta pesquisa. Dessa forma, o estudo se pauta na análise de artigos científicos, textos legislativos, estudos técnicos e informativos produzidos pelo governo brasileiro para a conscientização da sociedade civil.

A metodologia adotada é a teórico-descritiva, a partir da qual se procura compreender, de um ponto de vista jurídico-econômico, as normas que regulam o regime de partilha de produção. As quais despertam especulações acerca de vantagens que a Petrobras pode obter, em vistas de consistir em operadora única das reservas de hidrocarbonetos subsequentes à camada de sal.

Ademais, a carência de um sólido entendimento acerca da matéria motiva a utilização do método indutivo, o qual se faz presente para preencher as lacunas deixadas pela contemporaneidade da matéria, posto ser recente a sanção das mencionadas leis regulamentares.

## **2 A CONSTITUCIONALIDADE DA ADOÇÃO DE UM NOVO MARCO REGULATÓRIO**

Conforme posicionamento do Min. Eros Grau na ADI nº 3.273-9/DF<sup>2</sup>, “a opção pelo tipo de contrato a ser celebrado com as empresas que vierem a atuar no mercado petrolífero

---

<sup>2</sup> STF. ADI 3273-9. Pleno. Min. Carlos Ayres Britto. j. 16/03/2005. DJ 02/03/2007.

não pertence ao Poder Judiciário, este não pode se imiscuir em decisões de caráter político” de modo que o Supremo Tribunal Federal (STF) não tem competência positiva, mas apenas negativa. Assim, criada uma lei, cabe a este órgão decidir ou não pela sua constitucionalidade, mas não lhe compete decidir sobre sua conveniência.

Sancionada a Lei nº 12.276/2010, válido é discutir seus aspectos controvertidos, em especial, no que tange a Petrobras. Até porque, conforme abordagem de Araújo, Azevedo e Assis (2011), o regime de concessões encerra um contexto político-econômico que clamava pela injeção de capital público como via de desenvolvimento da indústria, além do abastecimento do mercado interno, em resposta ao regime de substituição de importações, e atração do capital privado internacional.

Neste, as vantagens econômicas eram substancialmente auferidas pelos concessionários, não se atribuindo uma função social, em decorrência de um menor controle estatal, conforme Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2010, p. 20):

[...] O contexto de redução do papel do Estado indica a carência de recursos para investimentos, a dificuldade de captação externa, bem como um elevadíssimo custo de capital. O modelo de concessão seria compatível com o perfil das bacias petrolíferas conhecidas até o pré-sal; constatava-se um altíssimo risco, e uma baixa rentabilidade.

Com o amadurecimento de sua matriz industrial e estabilização econômica, é providencial que o Brasil promova um regime que potencialize o dinamismo de sua economia, em consonância com um protecionismo ávido em distribuir os ganhos de capitais e de eficiência entre os cidadãos, em observância à justiça social. Segundo Godoy (2010, p. 21), “no modelo de partilha pode-se assegurar à Nação uma maior parcela do óleo e do gás”.

Em contrapartida, Leite (2008, p. 59-61) assevera que a adoção de um novo marco regulatório, anticoncorrencial – como é, ao seu entender, o regime de partilha de produção –, não determina um maior ganho de receita por parte do Estado, servindo de atraso às Rodadas de Licitação<sup>3</sup>, e à desburocratização do setor administrativo.

<sup>3</sup> Conforme palestra ministrada pelo Professor Marcos Nóbrega (Professor de Direito Econômico/UFPE, com e Pós-Doutorado pela Universidade de Harvard), na sala D4, Setor V da UFRN, às 19hs do dia 10/04/2012, abordando as perspectivas da intersecção entre Direito e Economia no que tange à Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), a União suspendeu a 9ª Rodada de Licitação em virtude da descoberta do Pré-Sal. Ao retomar esta rodada, não expôs tal área ao processo licitatório, com vistas a proteger o interesse nacional – até

Contudo, não se coaduna o entendimento pelo qual não há necessidade da criação de um novo marco regulatório. A experiência internacional nesta seara demonstra diversos problemas econômicos decorrentes dos países com grande produção petrolífera – é a chamada “maldição dos recursos naturais” – que comumente sofrem com o processo de desindustrialização em virtude da valorização de sua moeda, fato gerador da queda no poder de competitividade e conseqüente redução das exportações.

Assim, na opinião de Baleroni e Pedroso Júnior (2009, p. 152) o governo brasileiro considerou “a ideia de instituir um regime de parceria obrigatória de uma nova empresa estatal com as empresas privadas que tenham interesse em participar do aproveitamento dos recursos petrolíferos do Brasil”. O juízo exposto faz clara referência ao consórcio forçado entre a Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e as empresas privadas, furtando-se de mencionar a importante participação, também em sede de consórcio, da Petrobras – aspecto que é objetivado neste trabalho.

Para Carlos Ari Sundfeld (2010, p. 32-34), uma “nova realidade setorial” precede a necessidade de um novo marco regulatório, o qual deve “guiar-se pelo objetivo de aumentar o controle estratégico da União sobre a produção petrolífera, sem abrir mão das vantagens da concessão e da transparência das licitações públicas”, ou seja, Sundfeld pugna por um câmbio legislativo que proporcione os menores ônus possíveis na transição regulatória.

### **3 A ATUAÇÃO DA PETROBRAS E DA ANP NO CONTEXTO DO REGIME DE PARTILHA DE PRODUÇÃO**

Ao inverso do que propõe Motta (2003, p.32-33), as agências reguladoras não encontram fulcro na “implementação dos interesses políticos do Estado” como fator de conciliação entre os interesses privados e os coletivos. Em verdade, essas agências são dotadas de autonomia e hierarquia, aspectos que promovem sua separação do Estado, de forma que sua função é ponderar os interesses deste com os do mercado e da sociedade,

---

porque os contratos de concessão tem duração média de 35 anos, tornando dificultosa uma eventual modificação no contrato administrativo realizado. Em seu entender, a participação cativa da Petrobrás no que tange ao Pré-Sal não é algo contraditório, baseando-se, para tanto, no conceito de assimetria da informação.

figurando, graficamente, “dentro de uma estrutura triangular” (FIGUEIREDO, 2009, p. 148). O marco regulatório é, então, a lei que rege o ajuste destes interesses.

A Teoria dos Jogos trata dos interesses entre vários agentes e a necessária tomada de decisão de cada um deles que, sistematicamente, são envolvidos, como em um jogo de xadrez, nas estratégias de mercado em resposta às demais atuações, conforme enunciado de Cooter e Ulen (2010, p. 56). Na ANP ocorre o mesmo. Sua função é ajustar interesses em vias de competitividade, respeitando a legalidade do marco regulatório. Sistemática que não haveria de ser diferente no que pertine ao Pré-sal.

De acordo com Meirelles (2011, p. 276), a atuação independente das agências reguladoras é “estratégica para a reforma do aparelho administrativo do Estado”. Neste sentido, visa implementar uma sistemática operacional e logística que tenha por fito otimizar o desempenho de um dado setor, o qual motiva o interesse da contratação.

No caso em tela, a execução dos projetos de exploração e produção estará a cargo da Petrobras. Como única operadora, a empresa terá sua participação garantida nos consórcios - originados por força da lei - com as empresas vencedoras dos processos licitatórios, conforme conceitua o art. 2º, VI e VII da Lei Ordinária nº 12.351/2010, podendo exercer, simultaneamente as funções de operador e contratado.

Enquanto operadora, lhe caberá conduzir e executar, direta ou indiretamente, as atividades relativas à exploração, avaliação, desenvolvimento e produção, bem como a desativação das instalações proporcionadoras de tais incumbências.

É o seu desempenho como operadora que, segundo o art. 4º<sup>4</sup> da lei supramencionada, lhe outorga, no que tange ao regime de partilha de produção, a participação mínima no consórcio previsto no art. 20<sup>5</sup>. Assim submete-se ao edital de licitação e ao contrato firmado entre a administração pública e o licitante vendedor.

---

<sup>4</sup> A Petrobras será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurado, a este título, participação mínima no consórcio previsto no art. 20.

<sup>5</sup> Art. 20. O licitante vencedor deverá constituir consórcio com a Petrobras e com a empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º desta Lei, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

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

§ 2º Os direitos e as obrigações patrimoniais da Petrobras e dos 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 desta Lei.

No que tange à ANP, não se corrobora com a tese de seu “nítido esvaziamento” (PINHO, 2010, p. 89). Em realidade, ocorre o fenômeno inverso. É o que diz o art. 25 da Exposição de Mensagem Interministerial nº 38, pela qual as competências desta agência são estendidas às atividades a serem realizadas sob o regime de partilha de produção, cabendo-lhe, entre outras, a elaboração dos editais de licitação, em obediência às diretrizes impostas pelo Ministério de Minas e Energia. Seu papel primordial, qual seja, o da regulação, continuará de igual modo ao dos hidrocarbonetos submetidos ao regime de concessão.

#### 4 A EXISTÊNCIA DE RESERVA DE MERCADO

Uma interpretação sistemática do art. 12 da Lei nº 12.351/2010, disciplinando acerca do Conselho Nacional de Política Energética, possibilita contrapor a existência de uma reserva de mercado, ao ideal de preservação do interesse nacional quanto à política energética, pelo qual é motivada a contratação da Petrobras diretamente pela União, sob regime de partilha de produção.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no entanto, julga o instituto da dispensa de licitação com base no art. 13 da Lei nº 8.666/1993, o qual se aplica a contratação de serviços de natureza singular, com profissionais de notória especialização. Em virtude de sua densidade constitucional e relevante interesse subjetivo, que transpõe os das partes diretamente envolvidas, atingindo de um modo geral todas as esferas da Administração Pública. E esta matéria teve declarada Repercussão Geral no Agravo de Instrumento 791811 RG/SP, de relatoria do Min. Dias Toffoli<sup>6</sup>.

A singularidade da atuação da Petrobras é então justificada pelo fato de consistir “em uma empresa estatal comprometida com o desenvolvimento do País, com largo conhecimento técnico para a operação em águas profundas e descobridora dessas importantes riquezas, a ela foram concedidas algumas prerrogativas e obrigações” (BRASIL, 2009, p. 7).

Prerrogativas que soam, para boa parte da doutrina, como privilégios injustificados – tratamento desigual dispensado à sociedade de economia mista em relação às demais empresas do setor privado –, tanto que, de atividade econômica de utilidade pública, o

<sup>6</sup> STF. AI 791811 RG - SP. Pleno. Min. Dias Toffoli. j. 16/09/2010. DJ 08/10/2010.

exercício das competências da Petrobras passou para “instrumento de uma política de governo” (VIANA, 2012, p. 190), em evidente mácula ao princípio da isonomia.

Entendimento diverso tem Gilberto Bercovici (2011, p. 320), que acredita serem lícitos os poderes exorbitantes exercidos pelo Estado na gestão das sociedades de economia mista, a exemplo do que fez a União na operação de capitalização da Petrobras em 2010, sob o fito de garantir o cumprimento do plano de investimento desta no Pré-sal.

Bercovici (2011, p. 321) rechaça uma doutrina baseada no tratamento diferenciado dado à Petrobras. Acredita que o princípio da isonomia foi aplicado e, por isso, cita Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “a personalidade jurídica de direito privado da sociedade de economia mista é um mero expediente técnico”, estando o Estado no controle da sociedade. Tese que faz cair por terra toda a construção acadêmica de que o princípio da isonomia não foi observado, pela qual restaram prejudicados os próprios acionistas da Petrobras pois tiveram seu poder acionário relativamente decaído (VIANA, 2012, p. 189).

A Petrobras, enquanto operadora, não atuará na prestação de um serviço público. Por força da Constituição Federal (art. 177), as atividades aqui relacionadas à exploração e produção de hidrocarbonetos consistem em atividades econômicas de utilidade pública, o que lhes acarreta “o ônus público de deverem ser prestadas em benefício da população, no sentido de que o explorador destas atividades tem alguns deveres para com a população e para com o Estado” (MENEZELLO, 2000, p. 382).

O novo regime inaugura, portanto, a administração gerencial no setor petrolífero, apoiando-se no princípio da eficiência e da subsidiariedade estatal em confronto ao princípio da legalidade e a burocracia que acarreta. A afirmação de que “o setor privado é mais eficiente que o setor público.” (BORGES, 2008 p. 202) é patente no caso em análise, onde a Administração Pública deslocou a um ente de economia mista a responsabilidade de proceder com uma economia indutora perante o mercado nacional de hidrocarbonetos. Fala-se, notadamente, da Petrobras em sua atuação como operadora única do Pré-Sal.

## **5 O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO ÂMBITO DO REGIME DE PARTILHA DE PRODUÇÃO**



A existência de uma economia de mercado, no Brasil, leva a crer que a regulação implementada pelo regime de partilha deve ser legitimada pela edição de uma Emenda Constitucional. O objetivo seria revestir de constitucionalidade o que acreditam ser uma exceção à Constituição Federal.

O princípio constitucional da livre concorrência, art. 170, IV, admite limitação dos seus efeitos em virtude de não figurar como cláusula pétrea em nosso ordenamento. Mitigação questionada como uma reserva de mercado, apesar da dispensa de licitação não caracterizar a ausência de fatores competitivos entre os agentes econômicos.

Não há modelo ideal de economia de mercado, porquanto monopólios velados sempre vão existir. É o que assevera Eros Grau (2010, p. 210-211), ao falar do reconhecimento constitucional do “abuso do poder econômico”, até “porque a circunstância de não o ter reconhecido não teria o condão de bani-lo da realidade”.

Assim, cabe a intervenção através de políticas antitrustes para repelir o mencionado abuso do poder econômico por parte, principalmente da ANP, a quem incumbe desde “fazer cumprir as melhores práticas da indústria do petróleo” até “regular e fiscalizar as atividades realizadas sob o regime de partilha de produção” (art. 11, IV e VI, respectivamente, da Lei nº 12/351/2010).

Diante disso, não se coaduna a tese defendida por Pinho (2010) de que o Brasil prossegue a um novo monopólio do petróleo, qual seja, o existente na camada Pré-sal e campos estratégicos, cabendo, por conseguinte, segundo o seu entender, uma regulação constitucional da matéria.

Essa ideia foi baseada na edição da Emenda Constitucional nº 09/95, que flexibilizou o monopólio “personificado” pela União (SOUTO, p. 115, 2010). Na égide desse processo legislativo, frise-se, não houve, sequer, adoção de um marco regulatório, pois o regime de concessão foi estabelecido em momento posterior por lei extravagante (Lei nº 9,478/1997).

Para Marcos Juruena Villela Souto (2010, p.114 e 116), as atividades relacionadas à produção e exploração de hidrocarbonetos são de caráter estratégico, tendo por efeito a ideia de que “o monopólio não estimulava a eficiência”, pressuposto orientador da “criação de cenários jurídicos voltados para a indução da competitividade”. Inferência que, no âmbito do Pré-Sal, pode ser vislumbrada por uma atuação subsidiária do Estado, que mitiga a concorrência pautando-se nas “hipóteses de relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional”.

Desta feita, não se coaduna com a ideia de manutenção do regime de concessão, posto ser diverso o contexto sócio-político que motivou a flexibilização do monopólio; e, menos ainda, da necessidade de constitucionalização do regime de partilha de produção.

A flexibilização do monopólio da União sobre os hidrocarbonetos, exercido pela Petrobras, promovido com o advento da Lei do Petróleo incrementou a capacidade competitiva da Petrobras perante qualquer mercado. Não é por acaso que, em decorrência deste contexto, desenvolveu a melhor tecnologia de exploração e produção de hidrocarbonetos em mares profundos e ultra profundos (PADUAN, 2013, p. 32-39).

Cabe concluir, deste modo, pela inexistência de uma reserva de mercado em favor da Petrobras, mesmo tendo esta sempre cadeira cativa nas negociações junto à PPSA (Pré-Sal Petróleo S.A.). Até por que o poder regulatório outorgado à ANP tem por fito estudar e combater as falhas de mercado, fazendo-se valer da função atípica de legislar.

Pela inteligência do art. 173, § 4º da Constituição Federal, a lei reprime “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” – o que não é, evidentemente, cotejado pela nova postura de atuação atribuída à Petrobras. Não haverá eliminação da concorrência, mas sua mitigação.

Em caráter exemplificativo: se as empresas petrolíferas detinham, hipoteticamente, 100% de possibilidade de competição em determinada licitação no regime de concessão, agora elas terão apenas 70% desse poder competitivo, no que tange ao Pré-Sal e áreas estratégicas. Em consequência, se antes possuíam o encargo sobre todos os riscos na produção, agora tem seu risco partilhado junto à Petrobras e a PPSA.

A destinação de um percentual mínimo para a Petrobras tem por objetivo garantir o interesse desta empresa em relação a “cada projeto, o que se converte em maior confiança por parte dos outros sócios, de que a empresa operadora não será ineficiente” (BRASIL, 2009, p. 24).

O interesse de atuação desta sociedade de economia mista é ainda resguardado pela possibilidade desta figurar como licitante, caso deseje uma margem percentual superior a que lhe é destinada como operadora. Nesta condição, não haverá privilégio algum em relação às demais empresas licitantes, de modo que ela figurará como mais um simples agente de mercado, sem estar motivada por qualquer interesse estatal sobre a economia.

Ademais, Gurgel (2008, p. 89-91), desenvolve peculiar visão sobre o tema, acreditando que a mitigação da concorrência e, por conseguinte, a existência de um

capitalismo sem riscos (para a Petrobras), pode trazer efeitos benéficos ao mercado. Dentre tais, a organização e racionalização da produção, a previsibilidade do mercado e o dirigismo estatal com fito na justiça social, a exemplo de exigências que culminem na melhoria qualitativa e quantitativa dos serviços prestados. Além, inequivocamente, da observância da função social do contrato administrativo, calcando-se no interesse público.

Em verdade, o Estado se aproximou das condições mercadológicas, regulando-as e, assim, prevenindo-se ele mesmo das imprevisões do capitalismo. Postura que é ratificada pelo dever do Estado em interferir na economia para garantir o desenvolvimento – que neste caso se dará com a remessa de capitais ao Fundo Social, instituído pela Lei nº 12.351/2010, promovendo, dentre outros, a redução das desigualdades regionais e sociais – em consonância com o estímulo à livre concorrência.

## 6 A PETROBRAS E A NOVA TENDÊNCIA DE NACIONALIZAÇÃO

Fica evidente um teor de nacionalização no setor petrolífero pela inteligência do art. 30 da Mensagem Interministerial (MI) nº 38, ao mencionar que “caberá à Petrobras, na condição de empresa operadora do contrato de partilha de produção [...] a racionalização da produção e o controle do declínio das reservas”. Com a abertura do mercado e a livre concorrência, presume-se que àquele fique incumbida a Análise Econômica do Direito, a qual não se preocupa com a eficiência social, mas somente com a eficiência econômica dos mercados. É natural destes a busca pela maximização desta eficiência.

Em contrapartida, é dever do Estado a defesa da concorrência, conforme dicção da Lei nº 12.529/2011, tendo por consequência a eficiência dos mercados conciliada a interesses sociais, por meio da ação regulatória.

É essa defesa que o Estado brasileiro buscou operar através da Petrobras, vez que esta “além assegurar a adoção de práticas alinhadas ao desenvolvimento sustentável do País e das indústrias aqui localizadas, permitirá a atuação integrada das atividades exploratórias”, inclusive operando “em sinergia com as políticas públicas do setor” (BRASIL, 2009, p. 23). Panorama que corrobora a utilização da empresa, como instrumento, à política indutora perpetrada pelo Estado, no contexto da indústria do petróleo e gás natural.

A MI acima exposta leva a um entendimento controverso, no sentido de que o Estado passará a agir, de modo inverso aos seus princípios de livre mercado, quando, ao buscar imprimir conceitos de justiça social e igualdade entre gerações, racionaliza a produção para evitar o declínio das fontes de hidrocarboneto. Não é esse o encargo governamental em um contexto de economia de mercado.

Melhor definição do sistema de operador único é trazida por Araújo, Azevedo e Assis (2011, p. 12) ao enunciar que “a Petrobras vai coordenar a exploração e contratar empresas para fazer atividades técnicas, como a instalação e a manutenção de equipamentos”, concluindo que seu escopo “é fazer a melhor proposição usando a melhor tecnologia possível, não tolher os investidores privados.”

O que o Estado buscou inserir, por meio da instituição de um novo marco regulatório, foi impedir a incidência futura de conjuntura análoga a Teoria da Imprevisão. Não se trata de contratos imutáveis e intangíveis, mas de evitar que eles se tornem vias ao “locupletamento injusto de uma parte à custa do patrimônio da outra” (MELLO, 2011, p. 659-660), sendo este último polo composto pelo Estado e toda a nação brasileira.

Patrimônio que é garantido pela Resolução 1.803 (XVII) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), de 14 de dezembro de 1962, acerca da “Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais”, segundo a qual a referida soberania figura como “componente básica do direito à autodeterminação” do povo de um determinado Estado.

Por desconhecer concretamente o volume, a viabilidade, a rentabilidade e a capacidade produtiva de suas novas reservas, além, principalmente, de como o mercado irá se portar frente a esta novidade que é o Pré-Sal, a Administração Pública vislumbrou um modo de prevenir-se quanto à imprevisão do comportamento da economia a ser gerada em decorrência do Pré-sal.

Mensura-se um fluxo cambiário de proporções imprevisíveis e daí a possibilidade de acarretar desastres inflacionários, bem como falhas de mercado. Nusdeo (2008, p. 169-170), sintetiza, concluindo que estas últimas “correspondem a situações nas quais os seus pressupostos de funcionamento não se fazem presentes, tornando-o inoperacional”, fazendo necessária a reintrodução do Estado na economia pelo chamado “capitalismo regulamentar”, além de reformas institucionais no setor administrativo.

No entanto, é notório o cunho nacionalista assumido pelo Estado brasileiro perante o Pré-Sal. Contexto que não se confunde com o nacionalismo exacerbado ocorrido na Ditadura

do Estado Novo, em clara sintonia ao panorama internacional, em vistas da Segunda Guerra Mundial.

Com a flexibilização do monopólio, em 1997, o Estado pôs em voga uma nova forma de intervenção no domínio econômico, reduzindo seu protecionismo em relação às reservas de hidrocarbonetos, que, por consistirem em bens públicos, são dotadas de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade.

Observa-se, atualmente, nova mudança nessa intervenção estatal. Com o advento do Pré-Sal, a titularidade dos hidrocarbonetos produzidos passaram da empresa contratada, para a União, conforme pode ser observado pela cláusula sexta do Contrato de Cessão Onerosa (MINISTÉRIO, 2010, p. 15):

6.1 A Cessionária assume, sempre, em caráter exclusivo, todos os investimentos, custos e riscos relacionados à execução das Operações e suas consequências, cabendo-lhe, como *única e exclusiva contrapartida, a propriedade originária do Petróleo, Gás Natural e de outros Hidrocarbonetos Fluídos* que venham a ser efetivamente produzidos [...] [*grifos nossos*].

O contrato inaugura, portanto, o regime de partilha, pelo qual o Estado terá a maior participação possível na produção. Ademais, os investimentos necessários à exploração e produção serão, em sua totalidade, encargos da empresa contratada, sendo posteriormente revertidos aos interesses da União e, quando não o couber, removidos pela empresa proprietária por sua conta, a exemplo do maquinário.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve como expectativa construir um entendimento crítico acerca da Petrobras em sua atuação como operadora única no contexto do Pré-Sal e as relações que a lei estabeleceu entre esta e demais entidades envolvidas (a exemplo da ANP e da PPSA) na paralela regulação do setor petrolífero.

Os resultados da pesquisa são oriundos do entendimento, segundo o qual, a atuação da Petrobras, como operadora, consiste numa atividade econômica, com ânimo de lucro e de utilidade pública.

A política do Estado brasileiro neste contexto se motiva, portanto, pelo imperativo de preservação do interesse nacional quanto aos recursos naturais, e economicamente exploráveis, presentes na camada Pré-Sal. Hipótese em que se tem apenas a atuação indireta do Estado sobre o mercado, praticando uma regulação indutora.

A escolha da Petrobras, justifica-se pela sua liderança mundial no desenvolvimento tecnológico de exploração e produção de hidrocarbonetos em mares profundos e ultra profundos. E, aliado a isto, está o fato de consistir numa sociedade de economia mista, na qual se é permitido certo grau de ingerência estatal no desenvolvimento de suas atividades.

Desta feita, as diretrizes que regerão o mercado e sua concorrência serão traçadas, em aspecto imediato, pela Petrobras, a qual irá figurar como instrumento para a indução aos objetivos da Política Energética Nacional, qual seja, fortalecer o setor empresarial no que tange aos ganhos de eficiência, que por sua vez, serão transferidos ao consumidor brasileiro.

Assim, pode-se concluir que a mudança regulatória operada para as reservas do Pré-Sal não visa obstar a iniciativa privada, ao reverso, tem por foco regular por meio da indução ao setor privado, em aspecto mercadológico, o desempenho das atividades relacionadas à indústria do petróleo e gás natural.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da proporcionalidade no direito econômico. *In*: PEIXINHO, Manuel Messias. **Os princípios da constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006. p. 621-651.

ARAÚJO, Lilian Gabriele de Freitas; AZEVEDO, Marjory Pilar Melo de; ASSIS, Natália Maria Freitas de. Novo marco regulatório do pré-sal: o retorno do monopólio estatal na indústria petrolífera? *In*: SEMINÁRIO DE PESQUISA DO CCSA, XVI, 2010, Natal. **Anais Eletrônicos...** UFRN, SETOR V, CCSA, SALA F3: COMUNICAÇÃO ORAL GT 8, 14 de out. 2010. p. 1-14

BALERONI, Rafael Baptista; PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. Pré-Sal: Desafios e uma proposta de regulação. *In*: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Novos rumos do direito do petróleo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 149-203.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: Quatier Latin, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Parecer nº AGU/AG-12/2010**: Arbitragem internacional nos contratos de cessão onerosa de petróleo nas camadas de pré-Sal. Brasília, Advocacia Geral da União, 6 ago. 2010. [PROCESSO Nº 00400.011505/2010-77] Disponível em:<<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=148346>&>. Acesso em: 20 set. 2012.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. **PRÉ-SAL**: Perguntas e respostas. Perguntas mais frequentes sobre o marco regulatório do Pré-Sal, 2009. Disponível em: <[http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/noticias/2009/10\\_outubro/Cartilha\\_prx-sal.pdf](http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/noticias/2009/10_outubro/Cartilha_prx-sal.pdf)>. Acesso em: 07 jan. 2013.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5ª ed. Trad. de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Cosra. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GURGEL, Zaqueu Hudson de Araújo. Autonomia da vontade versus livre concorrência: um estudo acerca da cláusula de exclusividade no cenário jurídico-econômico brasileiro. **In Verbis**, Natal, n. 25, p.81-96, jan./jun. 2009.

LEITE, Marcelo Lauar. Apontamentos sobre a regulação estatal nas áreas de Pré-Sal. **In** **Verbis**, Natal, n. 25, p.53-64, jan./jun. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo econômico**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENEZELLO, Maria D'assunção Costa. Introdução ao direito do petróleo e gás. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. Cap. 8. p. 378-395.

BRASIL. Ministério de minas e energia. Ministério da fazenda. **Contrato de cessão onerosa do exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos celebrado entre união e petróleo brasileiro s.a. - petrobras e, na qualidade de reguladora e fiscalizadora, a agência nacional do petróleo, gás natural e biocombustíveis – ANP**. Brasília, DF, 2010. Disponível em:<<http://www.bmfbovespa.com.br/empresas/consbov/ArquivosExibe.asp?site=B&protocolo=258424>>. Acesso em: 11 fev. 2013.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: Introdução ao direito econômico. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PADUAN, Roberta; FILGUEIRAS, Maria Luíza. Como desestruturar uma empresa. **EXAME**, São Paulo, n. 3, p.32-39, 20 fev. 2013.

PINHO, Cláudio A. **Pré-Sal**: História, doutrina e comentários às leis. Belo Horizonte: Legal, 2010.



SIQUEIRA, Mariana de. Os desafios regulatórios do pré-sal e os seus reflexos na atuação da ANP. **Direito e Liberdade**: ESMARN, Natal, v. 13, n. 1, p.141-156, jan./jun., 2011.

Disponível em:

<[http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/410](http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/410)>. Acesso em: 10 jun. 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Propostas legislativas do novo marco regulatório do pré-sal. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 111-150, jan./mar., 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Quanto reformar do direito brasileiro do petróleo? **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 29-37, jan./mar. 2010.

VIANA, Camila Rocha Cunha. A evolução do monopólio do petróleo e o novo marco regulatório do pré-sal. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia**, Rio de Janeiro, n. 3, p.165-196, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rbdp/article/view/5788>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

## ECONOMIC ANALYSIS APPLICATION OF THE NEW REGULATORY PRE-SALT FRAMEWORK'S RIGHT

### ABSTRACT

This study aims to understand the political and economic issues surrounding the New Regulatory Pre-Salt, namely, the Production Sharing Scheme (*Regime de Partilha de Produção*). It glimpses expose the Petrobras activities as the single operator of the exploration, production and related activities to the layer of pre-salt oil. Looking for reject the creation of market reserve hypothesis in its favor and motivating the special regulation, in the imperative of the national preserving interest as to harvest energy, through a clear

mitigation to free competition. This politic imposes a relation between state regulation, its antitrust and market strengthening.

**Keywords:** System of production sharing. Market reserve. Free competition. Regulation.