



A RESERVA ESTATAL DE ATIVIDADE ECONÔMICA E A PROPRIEDADE DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL

Myller Kairo Coelho de Mesquita*

Resumo: A partir de uma pesquisa histórica sobre a regulação da atividade petrolífera nacional, constatou-se que as jazidas de petróleo e de gás natural são bens públicos cuja exploração é constitucionalmente reservada ao Estado. Ademais, a delegação da exploração desses bens, por meio de concessão ou de partilha de produção, mantém a propriedade estatal desses recursos naturais.

Palavras-chave: Monopólio. Concessão. Partilha. Propriedade. Petróleo.

Abstract: Through historic research about the national petroleum activity's regulation, it was realized that fields of petroleum and natural gas are public properties, whose exploration is reserved to state by the Constitution. Moreover, the transfer of the exploration's incumbency regarding these wells maintains the state's property of these natural resources both in concession and in product sharing.

Keywords: Monopoly. Concession. Product sharing. Property. Petroleum.

1 Introdução

A Emenda Constitucional nº 9/1995 manteve inalterada a propriedade pública do petróleo e do gás natural, ao permitir que empresas privadas ou estatais explorassem, por delegação, as atividades econômicas reservadas atinentes à indústria petrolífera.

A fim de corroborar essa tese, o artigo analisa (i) a literatura a respeito da intervenção do Estado na Ordem Econômica e da natureza jurídica da concessão petrolífera em contraste com o contrato de partilha; (ii) os textos legislativos que deram origem ao atual art. 177 da Constituição Federal (CF) e à Lei do Petróleo (Lei 9478/97); (iii) a competência sobre a atividade petrolífera desde o monopólio da Petrobras (de 1953 a 1997) até a inovação do contrato de partilha e de cessão onerosa, figuras jurídicas criadas pelo novo marco regulatório

* Myller Kairo Coelho de Mesquita. Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito dos Recursos Naturais da UnB (GERN/UnB). Ex-Coordenador da Revista dos Estudantes de Direito da UnB (2012-2013).

do pré-sal; (iv) o conjunto legal (Leis nº 9.478, de 1997; 12.351, de 2010; 12.276, de 2010) e jurisprudencial (ADI 3273/2005) incidente sobre o assunto.

2 A Intervenção do Estado na Ordem Econômica

A intervenção do Estado na Ordem Econômica, na Constituição de 1988, é disciplinada pelo art. 173 da Carta.

De acordo com esse preceito constitucional, ou o Estado atua em situação de igualdade com os entes privados nos casos em que há interesse público (imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo), ou a sua atuação, nos casos ressalvados na própria Constituição, será regida pelo regime jurídico do serviço público (art. 175) ou pela forma estabelecida na Carta.

É possível, a partir dessa análise preliminar, distinguir duas situações jurídicas importantes para os fins deste estudo.

- (i) A primeira ocorre quando o próprio Estado, ainda que por meio de empresa estatal, exerce exclusivamente a atividade reservada, assim caracterizada como um monopólio real, pois não há possibilidade de concorrência com entidades privadas.
- (ii) A segunda, por sua vez, ocorre quando o Estado permite a delegação da atividade, a exemplo do que dispõe o §1º do art. 177, situação na qual é permitida a realização de contratos com o setor privado. Neste caso, há um monopólio virtual da atividade, pois é permitida a participação de um agente distinto do Estado ou da empresa estatal na execução da atividade reservada.

Essa perspectiva teórica privilegia a dicotomia entre atividades reservadas e não reservadas em detrimento da tradicional¹ oposição doutrinária entre serviço público e monopólio², que, em essência, relaciona-se a uma visão dogmática sobre o conflito entre o capital e o trabalho.

¹ Eros Roberto Grau, em resumo, amparado por uma leitura sociológica de que a Constituição de 1988 se baseou nos embates entre Capital e Trabalho, afirma que existe uma “distinção entre atividades que são obrigatoriamente serviços públicos (serviços públicos privativos), atividades econômicas que podem ser serviços públicos (serviços públicos não privativos) e atividades econômicas que não podem ser serviços públicos (atividade econômica em sentido estrito) (...)” A atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, como agente econômico, é prevista, pelo texto constitucional, no seu art. 177. Cuida-se, aí, de atuação em regime de monopólio. (...) Isso poderá ocorrer tanto nas hipóteses enunciadas pelo art. 173 da Constituição—isto é, se a exploração direta, pelo Estado, for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo—quanto nos casos quais tal tenha sido determinado pela própria Constituição. Por isso mesmo é que o aludido art. 173 dispõe: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta (...)” (GRAU, 1997, págs. 146-147)

² De acordo com Luiz Gustavo Kaercher Loureiro (LOUREIRO, 2011), é importante questionar a oposição entre serviço público e monopólio. Segundo o autor, a tradição administrativa brasileira, influenciada pela escola francesa do serviço público, ainda hoje, tenta estabelecer um conceito de serviço público. Os critérios tradicionais orgânico, material e formal somente puderam ser utilizados harmonicamente no tocante às atividades comuns de estado no Brasil pré-séc. XX. A dinâmica de intervenção do Estado na ordem econômica (somente regulada constitucionalmente em 1934) dificultou a formulação do conceito de serviço público, o qual poderia ou não ser monopolizado pelo Estado. Não é estranho à nossa história jurídica, por exemplo, o termo “serviço público monopolizado”. Ainda quanto à mitigação dessa oposição definida por Eros Grau, ver (LOUREIRO, 2010, págs. 6-7). Hoje, existe um conjunto de atividades que segue a disciplina do art. 175 da Constituição, o qual estabelece um regime de serviço público. É comum aos serviços públicos: (i) obrigação atribuída ao prestador de serviço público de oferecer “serviço adequado” (art. 175, inc. IV, da CF); (ii) responsabilidade objetiva pelos danos causados (art. 37, § 6º, da CF); (iii) remuneração da prestação do serviço público por tarifa (art. 175, inc. III, da CF).

3 A Emenda Constitucional nº 9, de 1995: alteração de paradigmas

A edição da Emenda Constitucional (EC) nº 9, de 1995, marcou a atualização da regulação constitucional das atividades de petróleo e gás no país, até então submetida a uma doutrina estatizante da cadeia produtiva petrolífera.

É de fundamental importância evidenciar como e por quais razões ocorreu essa alteração constitucional que permitiu a delegação das atividades reservadas atinentes à indústria do petróleo.

3.1 Histórico da EC 9/1995

No dia 16 de fevereiro de 1995, a Exposição de Motivos nº 39 do Poder Executivo a respeito da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 6, de 1995 (que alterou o §1º do art. 177 da CF), foi submetida ao Congresso Nacional por intermédio da “Mensagem Presidencial nº 194, de 1995”.

Segundo a proposta, as atividades econômicas reservadas relacionadas à indústria do petróleo definidas inicialmente pela Lei nº 2004, de 1953³ e constitucionalizadas, em 1967, no art. 162 (pesquisa e lavra)⁴ da CF e, em 1988, no art. 177, poderiam ser exercidas por empresas privadas contratadas pelo Estado, não sendo mais vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural.

Pretendia-se, assim, instaurar a chamada flexibilização do monopólio do petróleo, pois até então apenas o Estado, por meio de sua sociedade de economia mista Petrobras, poderia exercer as atividades reservadas da indústria petrolífera, de acordo com a Lei nº 2004, de 1953.

A justificativa do Executivo em defesa da aprovação da proposta conformava-se com as ideias neoliberais que resultaram, ainda no mesmo ano, no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.

Desse modo, deve-se compreender essa Proposta de Emenda Constitucional como parte de um movimento de reestruturação da própria concepção de Estado.

³ Os arts. 1º e 2º, da Lei nº 2004, de 1953, apresentavam as seguintes redações: “Art. 1º Constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros, existentes no território nacional; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem. Art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior: I – por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização; II – por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.” (BRASIL, Lei 2004/53) É digno de nota que, de acordo com o art. 146 da CF 1946, a União, mediante lei especial, poderia intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade, desde que com base no interesse público e limitado pelo direitos fundamentais assegurados na Constituição.

⁴ O art. 162 da Constituição, de 1967, apresentava a seguinte redação: “Art 162 - A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.” (CONSTITUIÇÃO, 1967).

O novo modelo de Estado, o chamado Estado Regulador, surgia, assim, da reflexão sobre a dicotomia público/privado e sobre a promoção das garantias constitucionais dos direitos fundamentais (inclusive sob o viés material).

A PEC 6/1995 obteve voto pela admissibilidade na Comissão de Constituição, Justiça e Redação sob a relatoria do Deputado Vilmar Rocha. Alguns deputados, no entanto, argumentaram que a emenda ia de encontro ao §4º, do art. 6º, da CF, pois ofendia a soberania nacional.⁵

3.2 Emendas à proposta inicial

A PEC 6/1995 recebeu, na Comissão Especial onde foi analisada, cinco propostas de emenda.

Os Deputados Ayres Cunha- PSDB/SP- (Emenda 1/1995), Domingos Leonelli - PSDB/BA- (Emenda 4/1995) e Pedro Novais PMDB/MA- (Emenda 5/1995)- pretendiam que a lei prevista para disciplinar o futuro contrato com as empresas privadas fosse editada por lei complementar de modo a evitar que o Poder Executivo exarasse uma Medida Provisória sobre a matéria.

O Deputado Antônio Kandir PSDB/SP (Emenda 2/1995), por sua vez, propôs a ampliação do rol das empresas com quem a União poderia contratar as atividades reservadas, de modo a incluir as empresas estatais. Além disso, propôs que a lei que regularia o setor contivesse preceitos de regulação, de fiscalização e de disciplinamento dos agentes econômicos envolvidos no processo de delegação.

Essa ideia também foi proposta pelo Deputado Domingo Leonelli, no entanto, este entendia que apenas empresas associadas a empresas estatais poderia beneficiar-se da flexibilização do monopólio.

Já o Deputado Betinho Rosado PFL/RN (Emenda 3/1995) pretendia que fosse assegurada, na forma da lei, a participação nos resultados da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos ao proprietário do solo.

⁵O deputado Helio Bicudo, por exemplo, afirmou “Não se trata, apenas, de “flexibilizar-se” (leia-se “entregar-se”) as áreas das telecomunicações de pesquisa, produção e comercialização minerais ou de nosso potencial hidráulico, para permitir novos investimentos nesses setores, mas que, diante de uma nova conceituação do que seja empresa brasileira, permite-se ao capital externo avolumar-se e por ai controlar setores que dizem, internamente, com a segurança de um Estado que se queira soberano. E segurança do Estado quer dizer segurança dos cidadãos e segurança dos cidadãos quer dizer plenitude de direitos e garantias individuais. (...) Quanto ao exame da preliminar de admissibilidade, entendo, que a presente Proposta colide com o parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição ao violar um dos princípios gerais da atividade econômica (artigo 170), a saber: a soberania nacional. Esta, por sua vez, se constitui em um dos fundamentos dos direitos e garantias individuais. Ante o exposto, voto pela inadmissibilidade desta Proposta de Emenda à Constituição nº 06/95, de iniciativa do Presidente da República. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995, págs. 36/37)

3.3 Voto do relator da PEC

Após a apresentação das propostas de emendas, o relator, Deputado Lima Netto, favorável à alteração constitucional, proferiu o parecer da Comissão Especial da PEC 6/1995.

De início, o Deputado criticou o uso do termo “flexibilização” do monopólio da União sobre a indústria do petróleo, ao afirmar que este continuaria a existir intacto, uma vez que se propunha apenas a “quebra” da reserva de mercado da Petrobras.

Assim, o contrato disciplinado pela futura lei do setor seria uma espécie de contrato de adesão no qual o interesse público teria primariedade. Além disso, a necessidade da edição de uma lei do setor transformaria o Poder Legislativo em protagonista da formulação das diretrizes da indústria do petróleo.

Lima Netto reforçou que a intenção de alteração do art. 177, no tocante à delegação do exercício da atividade reservada ao Estado, já havia sido discutida no Congresso na oportunidade da análise da Reforma Constitucional de 1993-1994. O parecer nº 44, de 1994-RCF, do Deputado Nelson Jobim, é elucidativo sobre essa discussão:

Pretende-se que o petróleo, como riqueza do nosso subsolo, continue sendo bem de propriedade da União. O petróleo é nosso e continuará sendo nosso. A responsabilidade pela sua pesquisa e lavra, seu controle e fiscalização voltam a ser da União. O que é hoje estatal passa a ser público. Aliás, estatal em termos, já que grande parte do capital da Petrobras é privado e gera lucros para o investidor privado. A execução desta competência da União poderá ser realizada diretamente pela União, ou por intermédio de concessões, sob rígido controle de uma lei específica, que deverá reger a exploração dos hidrocarbonetos. O Governo definirá, dentre os milhões de quilômetros quadrados de bacia sedimentar, as áreas a serem licitadas, onde concorrerão a empresa estatal e empresas privadas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995, p. 4-5).

Mais adiante, após exaltar a luta do povo brasileiro pela criação da Petrobras sob o regime de monopólio, em 1953, o que permitiu que a empresa se consolidasse e ofertasse produtos para o mercado interno, Nelson Jobim prossegue:

No entanto, a partir do início da década de 80, com a crise do Estado brasileiro, a capacidade de investimento do setor diminuiu fortemente. As descobertas de petróleo na plataforma continental, onde a Petrobras desenvolveu uma competência tecnológica de exploração em águas profundas incomparável, se, de um lado, mostraram a existência de grandes reservas de petróleo, de outro, realçaram a carência de capitais para garantir a nossa autossuficiência em petróleo e o crescimento possível das nossas reservas totalmente garantidas. Assim, se algum papel ainda cabe ao Estado quanto à exploração dos recursos naturais do subsolo, será este o de regular e de fiscalizar a correta execução das atividades a ela referentes, visando ao melhor aproveitamento de tais bens para o atendimento das necessidades comuns da coletividade (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995, p. 4-5).

O Deputado Lima Netto continuou a defesa da proposta atentando para um fator importante nesse estudo: argumentou que a alteração da Constituição preservaria as conquistas históricas no setor do petróleo, pois a reserva da atividade continuaria com a União, além da titularidade exclusiva (propriedade) das jazidas.

Desse modo, a novidade seria “a possibilidade de contratação de empresas para a pesquisa e lavra de jazidas, mediante licitação e pagamento de direitos pelo contratado” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995, p. 203). Frise-se, portanto, que a contrapartida ao exercício delegado pelo Estado dessas atividades (pesquisa e lavra) antes monopolizadas seria o pagamento de direitos pelos contratados.

Sob uma forte ideologia neoliberal, o relator afirmou que a proposta se coadunava com o cenário mundial em que a empresa privada seria o vetor de desenvolvimento global.

Quanto ao perfil estratégico do petróleo brasileiro, Lima Netto entendia que ele seria estratégico apenas para o próprio Brasil, uma vez que as nossas reservas eram de apenas 4,2 bilhões de barris de óleo, o que correspondia a menos de um ano de consumo dos Estados Unidos da América à época.⁶

Quanto ao balanço econômico da preservação do monopólio, Lima Netto apresentou dados que levam a crer que o Estado auferia pouco de sua maior empresa, responsável por 4% do Produto Interno Bruto à época:

Os investimentos da Petrobras só são possíveis graças à quase total renúncia de receita por parte do governo federal que entrega graciosamente à companhia toda a extensão do território nacional, sem qualquer licitação. Este recebe royalties de apenas 5% (enquanto a média mundial situa-se em tomo de 12,5%, havendo vários países que superam os 20%), não recebe impostos relativos às atividades industriais de produção de petróleo nem imposto de renda sobre as atividades monopolizadas; e os dividendos a que, como acionista, faria jus, são praticamente todos compulsoriamente reinvestidos.(...) Mesmo os impostos indiretos, que somam cerca de US\$ 4 bilhões por ano, tão decantados pelos defensores do monopólio, na verdade são fixados por lei e pagos pelo consumidor, sendo apenas recolhidos pelas empresas do setor - inclusive a Petrobras. Trata-se, assim, apenas de um repasse ao governo de somas incluídas na estrutura de preços (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995, p. 208).

Esse argumento relativo à incapacidade da Petrobras de gerar recursos para aumentar os investimentos no setor e um dado adicional de que o petróleo gerava um déficit líquido de 4 bilhões de dólares na balança comercial foram usados para defender o contrato de risco⁷ com empresas especializadas do setor.

⁶ De acordo com o Deputado, as reservas provadas do país em petróleo e gás natural seriam de apenas 0,3% das reservas provadas mundiais. Desse modo, o investimento estrangeiro no aumento do potencial produtivo nacional seria um imperativo estratégico que outros países já permitiam, desenvolvendo suas indústrias, a exemplo da Venezuela na América do Sul. Com base no dado de que o consumo diário do país era de 1,5 milhão de barris, o relator projetou que seria possível uma crise de abastecimento caso não fossem feitos investimentos para aumentar a capacidade produtiva do setor.

⁷ “Os contratos de risco foram contratos firmados em 1975 decorrentes de licitações onde não se garantia o princípio da publicidade e cujo objeto era exclusivamente a pesquisa e a exploração. As empresas que faziam esta exploração não tinham a concessão para a produção da reserva, o que demonstra que esses contratos de risco tinham natureza de prestação de serviço.” (MENEZELLO, p. 378)

Segundo o relator, durante a curta experiência em que os contratos de risco⁸ foram permitidos no Brasil (1975-1988), houve um investimento de 1,5 bilhão de dólares e a viabilização da descoberta do campo de Merluza, na Bacia de Campos.

Quanto a um possível aumento de preços ao consumidor final dos derivados do petróleo em virtude da flexibilização do monopólio, o relator afirmou que Estado teria condições de exercer o seu papel regulador.

Além disso, no tocante ao abastecimento de regiões do interior do Brasil economicamente não atrativas às empresas, haveria instrumentos de política contratual ou regulamentar para a sua realização.

A expertise da Petrobras, uma das 15 maiores empresas petrolíferas do mundo à época, sobre a geologia e o mercado brasileiro, aliada à sua experiência internacional por meio da Braspetro, afastaria, para o relator, o argumento de que a Petrobras não conseguiria se manter em um ambiente competitivo.

Por fim, o Deputado Lima Netto apresentou, no dia 26 de abril de 1995, o substitutivo à PEC 6/1995, acatando as emendas que propuseram a necessidade da previsão da regulação e o impedimento de que a lei que disciplinaria o setor fosse editada por medida provisória.

3.4 Crítica da oposição

O Partido dos Trabalhadores (PT) apresentou voto em separado contra o parecer do Relator.

De acordo com o PT, haveria sim quebra do monopólio do Estado, pois este não poderia existir apenas em tese, mas deveria ser exercido de fato.

Além disso, o PT responsabilizou a intervenção indevida do Estado na Petrobras como fator de não desenvolvimento da empresa. Senão vejamos.

A lenga-lenga do livre mercado só interessa aos que têm poder econômico estabelecido e querem exercê-lo em qualquer parte do globo. Daí a retórica da globalização que só serve para encobrir, sob nova roupagem, a dominação de mercados subservientes. A estatal brasileira é utilizada há tempos como instrumento político de combate à inflação, porque o estabelecimento dos preços dos derivados de petróleo é feito de forma a não causar repercussões danosas na formação dos demais preços industriais e agrícolas. Essa prática predatória exercida pelo Departamento Nacional de Combustíveis (antigo

⁸“Já no início da década de 1950 — quando da discussão da Lei nº 2.004, que instituiu o monopólio do petróleo e criou a Petrobras — alguns congressistas tentaram introduzir dispositivos que permitissem a participação de multinacionais na exploração de petróleo. Em 1970, o então Ministro das Minas e Energia, Antônio Dias Leite, propôs, sem sucesso, a assinatura de contratos similares aos agora vetados pela Constituinte. Finalmente, em 9 de outubro de 1975 o Presidente Ernesto Geisel anunciou à Nação a instituição dos contratos de risco. (...) Até agora as contratantes investiram US\$ 1,7 bilhão (CZ\$ 479,4 bilhões) — dos quais US\$ 450 milhões (CZ\$ 126,9 bilhões) da Paulipetro — na perfuração de 190 poços. Estão em vigor 42 contratos dos quais 24 com companhias estrangeiras (Pecten, Texaco e Idemitsu) e 18 com empresas nacionais (Andrade Gutierrez e Azevedo Travassos). Em setembro de 1979, o então Ministro das Minas e Energia, César Cais, determinou que a Petrobras fixasse quais as áreas que desejava para explorar e abrisse as demais para o risco. Após essa decisão, 87% das bacias sedimentares do País foram oferecidas às companhias estrangeiras. Na ocasião quase que se entregou ao risco a área situada em águas profundas da Bacia de Campos, onde em 1985 a Petrobras viria a descobrir reservas gigantes hoje estimadas em cinco bilhões de barris, o dobro das reservas atuais de todo País.” (O GLOBO, p.2, 1988).

Conselho Nacional de Petróleo) sobre a estrutura de preços da empresa tem reduzido o volume de recursos em seu poder, necessário para o aumento e a expansão de suas atividades (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1995, p. 226).

O PT afirmou ainda que seria inverídica a informação de que, nem o Estado, nem Petrobras poderiam captar investimentos, além de empréstimos, sob a forma de capital de risco no exterior, sem a alteração constitucional. Apontou, como exemplo, um consórcio feito, à época, com empresas privadas para a importação de gás natural da Bolívia.

É importante ressaltar que, em razão das controvérsias que envolviam o tema em votação, a redação final da PEC somente foi aceita após o Governo federal encaminhar as diretrizes gerais do novo modelo da indústria petrolífera brasileira ao Congresso Nacional e garantir o controle acionário da Petrobras e a preferência dela no caso de igualdade de proposta nas áreas futuramente licitadas de acordo com a lei a ser editada.

4 A Concretização da mudança: o advento da lei do Petróleo

No dia 25 de abril, de 1996, foi encaminhada ao Presidente da República a exposição de motivos nº 23 do Ministro de Estado de Minas e Energia sobre o Anteprojeto da atual lei de concessão do petróleo (Lei nº 9478, de 1997).

A redação preliminar dispunha sobre as atividades econômicas relativas ao monopólio do petróleo e do gás natural e instituiu a Agência Nacional do Petróleo como órgão regulador e fiscalizador dessas atividades.

O Anteprojeto⁹ elaborado sob a vigência da EC 9/1995 tinha dois objetivos principais:

permitir o acesso de quaisquer empresas interessadas em investir no setor, sem discriminações ou favorecimentos, e proporcionar à Petrobras condições de plena atuação nesse novo cenário competitivo, liberando-a dos pesados encargos extraempresariais que a sua natureza, até então monopolista, lhe impunha (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1997, p. 1).

Na Câmara dos Deputados, o Anteprojeto transformou-se no Projeto de Lei nº 2.142, de 1996¹⁰, de iniciativa do Poder Executivo.

Esse PL foi apensado ao PL de nº 1.210¹¹, de 1995, de autoria do Deputado Luciano Zica, o primeiro a versar sobre edição da lei de que tratava o §1º, do art. 177 da CF. Esse projeto

⁹ No texto original, a ANP já era definida como autarquia composta por agentes especializados destinada a absorver e substituir o antigo Departamento Nacional de Combustíveis, no tocante ao abastecimento nacional, além de desenvolver outras atividades relacionadas à regulação da delegação das atividades reservas da indústria petrolífera aos particulares, no paradigma dos contratos de concessão. As participações governamentais, sobretudo os royalties já estavam previstos na margem de 5 a 10% da produção de petróleo e gás natural. Além disso, previa-se a formação de um Conselho Nacional do Petróleo, que veio ao fim e ao cabo dar lugar ao atual Conselho Nacional de Política Energética, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

¹⁰ O Relator dos Projetos de Lei, Eliseu Resende, ao se referir a PL 2142/1996 analisou o seguinte: “Importante é atentar para o fato de que, nos casos de exploração, produção e refinação de petróleo, estabelece-se na proposta o regime de concessões; no caso do transporte e na importação de petróleo, gás natural e derivados, o regime é o de autorizações e, para o transporte marítimo desses mesmos produtos, depreende-se do texto do texto do anteprojeto que os concessionários das atividades de exploração e produção, os proprietários de refinarias e as distribuidoras de combustíveis poderão efetuar-lo diretamente, ou subcontratar terceiros para fazê-lo sob sua responsabilidade, configurando-se, assim, o regime de permissões.” (RESENDE, 1997, p. 18)

propunha a alteração da Lei nº 2004, de 1953 com o fim instituir por meio da Petrobras (representante do Estado brasileiro) a exploração das atividades reservadas pelo regime de contrato de partilha de produção.¹²

Entre as críticas recorrentes na tramitação do projeto, duas são especialmente relevantes para este estudo e, por isso, serão analisadas a seguir: (i) a definição do termo jazida, por restringir um bem da União a algo já identificado, reduzindo a amplitude do seu conceito e (ii) a controvérsia sobre a apropriação do produto da lavra (petróleo e gás natural extraídos da jazida) pelo concedente.

Ao fim da tramitação do PL, a Lei nº 9478, de 1997 foi aprovada e tornou-se a “Lei do Petróleo”.

4.1 Das jazidas da União

É importante observar que, a propósito de reafirmar o texto constitucional, o Projeto de Lei nº 2.142, de 1996 deixou claro, em seu art. 1º que “pertencem à União as jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, neste compreendidos o mar territorial e a plataforma continental”.

No entanto, ao elencar as definições técnicas, o art. 4º, inc. VI, utilizou-se a seguinte definição para jazida, reservatório ou depósito: “feição geológica dotada de propriedades específicas, armazenadoras de petróleo ou gás, associados ou não, possível de ser reconhecida e posta em produção”.

Observa-se que uma possível leitura distorcida desses dispositivos normativos poderia levar à conclusão de que apenas o reservatório (jazida como feição geológica) pertence à União e que caberia a esta apenas regular o acesso da exploração do petróleo e do gás natural. Em outros termos, é como se a União não fosse proprietária do conteúdo do reservatório. Essa interpretação, no entanto, não se sustenta à luz dos preceitos constitucionais.

Com efeito, o petróleo é bem da União, conforme a redação do art. 20, inciso. V e IX, respectivamente, da Constituição: “os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; (...) os recursos minerais, inclusive os do subsolo”.

¹¹ “Os demais projetos de lei, apensados ao Projeto de Lei nº 1.210/95, também obedecendo ao disposto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados—o PL 1.319/95, de autoria do Deputado Miro Teixeira; o de número 1.386/95, de autoria dos Deputados Eduardo Mascarenhas e Márcio Fortes; o PL 1.449/96, de autoria do Deputado Haroldo Lima; o de número 2.142/96, de autoria do Poder Executivo, e o Projeto de Lei nº 2.178/96, de autoria do Deputado Wigberto Tartuce—buscavam adaptar o setor petrolífero brasileiro a uma legislação conforme os moldes da Inglaterra e Noruega, onde vigora o regime de licenças, sem equivalente legal no Brasil, mas aproximado do nosso regime de concessões.” (RESENDE, 1997, p. 18).

¹² O projeto de lei nº 1.210, de 1995, previa que as áreas a serem exploradas sob a jurisdição da União deveriam ter prévio registro no Departamento Nacional de Produção Mineral, o que equipararia as atividades da indústria petrolífera às atividades de pesquisa e lavra dos demais bens minerais do país. A competência de regulamentação e fiscalização das atividades reservadas de que tratava o PL seriam exclusivas do Poder Legislativo, incluindo até mesmo o teor das cláusulas do contrato de partilha. Por fim, o projeto contrariou o texto constitucional ao propor que apenas a Petrobras poderia exercer a atividade de exportação e importação de petróleo bruto e seus derivados.

A despeito disso, a inconsistência terminológica da proposição – ao tomar petróleo e gás como jazida e restringir o conceito deste último termo à depósito geológico, de modo a, por fim, apenas relacionar a propriedade da União à jazida – foi reproduzida no substituto do Relator Eliseu Resende ao PL nº 2.142, de 1996.

Na redação do art. 3º do substitutivo inclusive não constava mais que as jazidas de petróleo e gás natural pertenciam à União. Lia-se apenas que “pertencem à União os depósitos de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva”.

Essa redação foi criticada pelos deputados federais que tentaram aprovar emendas modificativas ao substitutivo do relator Eliseu Resende. Em 28/01/1997, o Deputado Luciano Zica (PT/SP), na emenda nº 198, sugeriu o seguinte:

Modifique-se o teor do Art. 3º do substitutivo do Relator ao PL nº 2.142/96, passando à seguinte redação: Art. 3º Pertencem à União as jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, neles compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva, sendo que a titularidade do petróleo ou gás natural, de propriedade da União, somente será transferida ao concessionário, legalmente habilitado, após a medição e o registro dos volumes produzidos, nas condições estabelecidas pelo ANP. Justificativa: Esta emenda objetiva definir de maneira clara e precisa a titularidade para a União dos hidrocarbonetos fósseis, bem como criar condições de transferência desta titularidade, evitando-se, por conseguinte, conflitos que podem ser prejudiciais à organização da atividade e à própria sociedade. Por outro lado retifica o conceito de titularidade, relativo à pesquisa e à lavra das jazidas, equivocadamente referidas como depósitos, adequando-o, desta forma, à Constituição Federal (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996, p. 622).

Não obstante as manifestações em contrário, o texto final da Lei nº 9.478/97 manteve a terminologia do PL substitutivo. No art. 3º da Lei, é estabelecido que “pertencem à União os depósitos de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos existentes no território nacional, nele compreendidos a parte terrestre, o mar territorial, a plataforma continental e a zona econômica exclusiva.” Além disso, em sua definição técnica, o art. 6º, inc. X, da Lei, define reservatório e depósito como “configuração geológica dotada de propriedades específicas, armazenadora de petróleo ou gás, associados ou não.” Por fim, no inciso XI, do art. 6º, define jazida como “reservatório ou depósito já identificado e possível de ser posto em produção.”¹³

¹³ A construção desses conceitos jurídicos remonta à própria evolução da legislação do petróleo e do gás no Brasil. O Decreto-lei nº 336, de 11 de abril de 1938, criou o regime legal das jazidas de petróleo e gases naturais, inclusive os gases raros, ao incluir o Título VIII no Código de Minas de 1934 (Decreto nº 24.642, de 1934). Até então, não se distinguia, para efeitos legais, o petróleo da mineração. Para os efeitos desse código, especificava-se que no art. 1º, os seguintes termos: “I, Jazida, isto é, massa de substâncias minerais, ou fósseis, existentes no interior ou na superfície da terra e que sejam ou venham a ser valiosas para a indústria; II, Mina, isto é, a jazida na extensão concedida, o conjunto dos direitos constitutivos dessa propriedade, os efeitos da exploração e ainda o título e concessão que a representam.” Frise-se que, nessa definição, a jazida é compreendida como a própria “massa de substâncias

4.2 A transferência da propriedade do bem extraído pelo concessionário

No âmbito deste estudo, interessa-nos um dispositivo em especial da Lei nº 9.478, de 1997: o art. 26, que, apesar de pouco questionado nas discussões durante a votação da matéria no plenário da Câmara, foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, no que tange à disciplina constitucional do contrato de concessão de petróleo. Segundo o artigo:

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.

A controvérsia sobre a possibilidade da transferência da propriedade do bem extraído fora suscitada em emenda não acatada pelo relator Eliseu Resende, quando da primeira apreciação do PL 2142/1996 pela Câmara.¹⁴

minerais.” O Decreto-lei 3236, de 1941, ao instituir um novo regime legal do petróleo e dos gases naturais, ronhas betuminosas e piro-betuminosas, avançou ainda mais no processo de especialização da disciplina da indústria petrolífera. No entanto, esse decreto estabelecia a aplicação subsidiária do Código de Minas, de 1940, nos termos do art. 5º, que dizia: “a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gases naturais são reguladas pelas disposições gerais do Código de Minas - decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940 - em tudo quanto não esteja expressamente modificado neste decreto-lei.” Nesse sentido, como o Decreto-lei 3236, de 1941, não definiu o sentido de jazida ou mina, dever-se-ia aplicar o expresso no Código de Minas. Na lei 2004, de 1953, igualmente, não se definiu o sentido desses termos. Portanto, a definição desses termos ficou a cargo dos Códigos de Mineração de 1940 e 1967. No Código de Minas, de 1940, (Decreto-lei 1985/40) entendia-se, de acordo com o art. 4º, que a jazida era “bem imóvel, distinto e não integrante do solo. A propriedade da superfície abrangerá a do subsolo, na forma do direito comum, não incluída, porém, nesta a das substâncias minerais ou fósseis úteis à indústria.” Ainda nesse código, o art.1º, § 1º, estabelecia os sentidos dos termos jazida e mina, nos seguintes termos: “considera-se jazida toda massa de substância mineral, ou fóssil, existente no interior ou na superfície da terra e que apresente valor para a indústria; mina, a jazida em lavra, entendido por lavra o conjunto de operações necessárias à extração industrial de substâncias minerais ou fósseis da jazida”. No atual Código de Mineração (Decreto-lei 227/1967), ainda pré-constituição de 1988, mas já na vigência da lei 2004/1953, os termos jazida e mina são definidos no art. 4º, nos seguintes termos: “considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa.” Ademais, no art. 84, o Código estabeleceu que a Jazida era “bem imóvel, distinto do solo onde se encontra, não abrangendo a propriedade deste o minério ou a substância mineral útil que a constitui. Na Constituição de 1988, o art. 176 remonta à origem comum da regulação dos bens minerais e do petróleo (pré-1938), sendo artigo geral em comparação com a especificidade do art. 177, uma vez que este incide, com especificidade sobre o petróleo, o gás natural e os minerais nucleares (o que, por sua vez, remonta ao processo iniciado em 1938 pelo Decreto-lei 336, que criou um regime legal para esses recursos naturais). O art. 176, em consonância com o art. 20, incisos V e IX, estabeleceu que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais 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, sempre mediante a contrapartida do pagamento de impostos e participações governamentais (um ônus atribuído a quem explora os recursos naturais, cuja razão de ser, possivelmente, remonta a exploração de um bem público submetido ao processo de exaurimento progressivo). Após a EC 9/1995, conforme já analisado, a impossibilidade de delegação das atividades reservadas contidas nos incisos I-IV, do art. 177. Mas isso, em nada, alterou a propriedade da União sobre “as jazidas”. Restou, desse modo, mitigada a diferença essencial entre os artigos 176 e 177, ambos representativos de atividades reservadas (monopólio virtual) e delegáveis a privados: no tocante aos bens minerais, segue-se o disposto no Código de Mineração e quanto ao petróleo, o disposto na lei de que trata o §1º, do art. 177. Observa-se, a partir desse estudo diacrônico, que o termo “jazida” foi conceituado de modo peculiar, na Lei 7478, o que deu ensejo às controvérsias na tramitação do substitutivo do PL percussor da Lei do Petróleo.

¹⁴ O relator não acatou a emenda nº 280 proposta pelo Deputado Nilson Gibson, em 4/11/96. Ele propunha o seguinte: “Dê-se ao art 24 a seguinte redação: ‘Art 24 A concessão implica para o contratado a obrigação de explorar por sua conta e risco e em caso de êxito produzir petróleo ou gás natural exclusivamente para o mercado interno devendo o contrato de concessão fixar a participação legal da União bem como os encargos relativos ao pagamento de tributos. Justificativa. A redação do art. 24 que a presente pretende substituir afirma que a concessão implica em produzir petróleo ou gás natural ‘conferindo-lhe a titularidade desses bens após extraídos’. Foi o próprio Presidente

Após a edição da lei, essa controvérsia ensejou a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, como se analisará a seguir.

5 ADI 3273 (Supremo Tribunal Federal)

A Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3273/DF impetrada pelo Governador do Estado do Paraná contra o Presidente da República e o Congresso Nacional versava principalmente sobre a possibilidade de o concessionário das atividades reservadas da indústria petrolífera adquirirem a propriedade dos bens (petróleo e gás natural) depois de extraídos das respectivas jazidas.

Em síntese, o conflito de interesses baseava-se na argumentação de que o art. 26 da Lei nº 9.478, de 1997 ia de encontro ao monopólio estatal disposto no art. 177 e à propriedade pública dos bens naturais referidos art. 20, incisos V, IX, todos da CF.

Nos limites deste estudo, serão analisados os votos de três ministros: Carlos Brito e Marco Aurélio, vencidos, e Eros Grau, autor do voto condutor da maioria (com a qual concordamos, com as ressalvas expressas a seguir).

No julgamento da ADI, o Ministro Carlos Brito aderiu à tese de inconstitucionalidade do art. 26. Após delinear o regime constitucional do setor mineral, ele aplicou a regra hermenêutica da especialidade ao setor de petróleo e gás, observando o art. 177 da Constituição. Assim, o Ministro entendeu que:

São recursos passíveis de ter sua pesquisa e lavra, ou sua exploração e aproveitamento, realizáveis por via de autorização ou concessão (art. 176 e seu §1º), mas agora sem a possibilidade de transferência do produto para o concessionário, por ser essa transferência incompatível com o regime de monopólio a que se referem o inciso I do art. 177 e o §2º, inciso III, desse mesmo artigo (STF, 2005, p.128).

O Ministro analisou mais adiante o teor do contrato a que se refere o §1º do art. 177:

Contratação, que, para preservar o necessário regime de monopolização estatal do setor, só pode significar a mera execução de um trabalho que se faz para o ente monopolizador e em nome deste. Embora certos riscos de todas essas atividades possam ficar por conta das empresas contratadas, cabendo à lei dispor sobre o tipo de remuneração ou contrapartida financeira cabível (STF, 2005, p.120).

O Ministro Marco Aurélio, após fazer uma reconstrução histórica da disciplina jurídica do setor mineral de petróleo e de gás, chegou à conclusão de que o regime de monopólio surgiu em oposição ao regime de concessão, no qual havia a transferência da propriedade do bem extraído. Desse modo, ele, assim como o Ministro Carlos Brito, entendeu que não há

da Comissão Especial que analisou a Emenda Constitucional nº 9, Dep. Alberto Goldman que afirmou em artigo para a 'Folha de São Paulo' publicado em 28/03/94 : 'O subsolo é de propriedade da União. Continuará sendo. O petróleo é bem de toda a sociedade não de qualquer empresa'. A concessionária, é claro, deve ser ressarcida pela exploração e produção do petróleo e gás natural, mas não se deve conferir a titularidade desses bens, sobretudo porque eles devem estar disponibilizados para o mercado interno. Deve-se, sim, garantir uma participação legal da União que pode ser, inclusive, em um percentual desses bens (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1996, p. 420)''.

compatibilidade entre o regime de monopólio e a transferência total da propriedade no regime de concessão.

Segundo o Ministro, a entrada em vigor da Emenda Constitucional 9/1995 significou apenas que, mediante prestação de serviços, a execução das atividades do monopólio deixou de ser exclusiva da Petrobras. Isso não quer dizer a quebra do monopólio, pois as atividades do art. 177, incisos I a IV, continuariam submetidas à titularidade do Estado.

No tocante à contraprestação pela execução do serviço, mesmo que pautada por escolha política, o Ministro foi enfático ao afirmar que:

não há qualquer dispositivo constitucional que, interpretado, assim o permita, é a transferência integral da propriedade para a empresa concessionária, desconhecendo-se o sentido vernacular e técnico do vocábulo ‘monopólio’ alçado ao patamar mais seguro que é o constitucional. Sendo o petróleo um bem público especial, o Estado não pode dele dispor ao livre arbítrio. Primeiro, em razão de possuir destinação específica, que é atender às necessidades de consumo do mercado interno, conforme previsão expressa do art. 177, § 2º, inciso I, da Constituição Federal. Segundo, pelo fato de o petróleo não se caracterizar como uma simples mercadoria, uma *commodity*, porque é um bem estratégico que se traduz em soberania.” (ADI, 2005, p.198) (...) O petróleo, dessa forma, constitui um bem público, por pertencer à União. Entretanto, não pode ser considerado um bem público dominical, uma vez que, diferentemente dos que compõe tal classe, possui destinação pública específica. (ADI, 2005, p.195)¹⁵ (...) E o monopólio da União, previsto no artigo 177, foi estabelecido justamente para obedecer a tais ditames de preservação do interesse público e da soberania nacional (STF, 2005, p.197)¹⁶.

Desse modo, seria inconstitucional o art. 26 da Lei nº 9.478, de 1997, que permitiria a transferência integral da propriedade do petróleo aos concessionários, uma vez que a União passaria apenas a regular a atividade comercial exercida pelos particulares, o que não se coadunaria com o regime de monopólio. Nesse sentido, afirmou:

Não se trata de defender esta ou aquela opção política de tipo contratual. O que não se aceita é querer fazer conviver dois regimes, por natureza, incompatíveis: o monopólio e a transferência total de propriedade, em regime de concessão. (ADI, 2005, p.191) (...) o monopólio surgiu em oposição ao regime de concessão, no qual havia transferência de propriedade (STF, 2005, p.195).

O Ministro Eros Grau, redator do voto vencedor, por sua vez, contrapôs-se expressamente à noção de que o petróleo seria um bem público de uso especial, uma vez que, se assim o fosse, seria inalienável enquanto afetado à sua destinação, o que considerou literalmente incompreensível. Ao invés disso, o Ministro tomou como pressuposto a qualidade dominical do petróleo e do gás natural.

¹⁵O Min. Marco Aurélio, à p. 199, completou o raciocínio ao afirmar que: “a possibilidade de se empregar um bem público estratégico para fins de exploração econômica, obtendo vultosos lucros, enquadra-se na modalidade de uso especial.”

¹⁶Nesse trecho, o Min. Marco Aurélio defendeu que as atividades do monopólio do petróleo, por ser exploração direta da atividade econômica, deveriam respeitar os ditames de imperativo de segurança nacional e de soberania nacional. Essa interpretação do art. 173 da Constituição não nos parece a mais acertada, uma vez que as atividades da indústria do Petróleo do art. 177 foram ressaltadas do disposto neste artigo. (STF, 2005, p.197)

Quanto à questão principal da ADI, a constitucionalidade do art. 26, da Lei nº 9.478, de 1997, o ministro afirmou que o modo de produção capitalista exige uma apropriação seja direta ou indireta do produto da exploração de petróleo e gás. Desse modo, consistiria em uma escolha política a contraprestação pelo exercício da atividade delegada disciplinada em lei.

O Ministro considerou ainda um equívoco a percepção do modelo previsto no §1º do art. 177 como uma simples prestação de serviço¹⁷.

Quanto à implicação da alteração constitucional da EC 9/1995 no novo regime jurídico petrolífero, o Ministro formulou a tese mais importante para a defesa do art. 26, da Lei nº 9.478, de 1997.

Do cotejo entre as duas redações do § 1º, do artigo 177¹⁸, o Ministro proferiu o seguinte entendimento:

Extirpada do preceito a proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração petrolífera, seja em espécie [petróleo] ou em valor [dinheiro], a EC 9/95 permite que a União transfira ao ‘concessionário’ a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e de gás natural, observadas as normas legais. (...) o monopólio permanece íntegro; não foi extirpado da Constituição; apenas tornou-se relativo em relação ao contemplado na redação anterior do projeto da Constituição. Anteriormente, de modo bem amplo, projetava-se o monopólio sobre o produto da exploração petrolífera (...) ressalvado o disposto no art. 20 §1º (STF, 2005, p.221).

A partir dessa análise, o Ministro constatou que a possibilidade de a União contratar a execução das atividades reservadas do art. 177, incisos I-IV, da Constituição, com empresas estatais ou privadas não representou uma inovação da EC 9/1995, pois a União não estava obrigada a explorar o monopólio diretamente.

A relativização do monopólio, portanto, teria ocorrido por meio da permissão constitucional de se transferir os riscos aos contratados em troca de resultados e da propriedade do produto da exploração, observada a legislação.

Quanto à compreensão de que existiria uma especialidade do art. 177 em relação ao art. 176 da Constituição, o Ministro argumentou que a especificidade dos bens regulados em cada artigo desautorizaria o entendimento de que, no tocante à empresa estatal ou à privada a que se refere o §1º, do art. 177, houvesse outorga por meio de “simples” concessão, ou seja, ato administrativo veiculado mediante decreto do Poder Executivo.

¹⁷ Nesse sentido, Eros Grau ao se utilizar da teoria expressa na obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, entende que por se tratar de uma atividade econômica em sentido estrito, não poderia igualmente se tratar de serviço público. No nosso entendimento, as atividades reservadas estabelecidas no art. 177, no tocante à indústria de petróleo e gás, são competências públicas as quais o legislador não atribuiu o regime jurídico de serviço público previsto no art. 175.

¹⁸ Esse dispositivo normativo teve a sua redação alterada com a edição da EC 9/1995. A seguir, é possível observar os textos legais, respectivamente, antes e depois da EC: (i) “§ 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.”; (ii) “§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.”

Segundo o Ministro,

O art. 176—ainda que o art. 20, IX da CB estabeleça que os recursos minerais são bens da União—garantiu ao concessionário da lavra a propriedade do produto da sua exploração, sem estipular qualquer restrição a ela, do que decorre a conclusão de que, existindo concessão de lavra regularmente outorgada, a propriedade sobre o produto da exploração é plena. (...) No caso do petróleo e do gás natural, no entanto, a propriedade de que se cuida não é plena, mas relativa, visto que a comercialização de ambos é administrada pela União, através de uma autarquia sua, a ANP. (...) Em suma: o contratado detém a propriedade do produto, mas não é titular da sua livre disponibilidade (STF, 2005, p.225/226).

Ainda quanto a essa distinção, Eros Grau prossegue:

Há mais, porém, a distinguir a propriedade afirmada pelo artigo 176 da outra, que decorre do disposto no §1º do art. 177. É que a jazidas de petróleo ou de gás natural não são licitadas. O objeto da licitação, no caso, é a pesquisa e lavra inicialmente; apenas haverá propriedade de um ou de outro se a pesquisa resultar frutífera. Na primeira hipótese do art. 176 há concessão de exploração de jazida. Aqui não. Haverá exploração apenas se um ou outro—o petróleo ou gás natural; ou outro hidrocarboneto fluído—vier a ser encontrado (STF, 2005, p.227).

Por fim, o Ministro Eros Grau defendeu a constitucionalidade do art. 26 da Lei nº 9.478, de 1997, a partir de uma dicotomia fundamental: exercício de uma atividade e a propriedade de um bem. Enquanto que a disciplina dos monopólios se refere ao desenvolvimento privilegiado de uma atividade reservada, a propriedade do bem público, por sua vez, orienta-se pelo dever de abstenção geral em prol da exclusividade do seu titular.

É de acordo com essas premissas que o Min conclui que “a propriedade do resultado da atividade - vale dizer, propriedade dos produtos ou serviços da atividade - também não pode ser tida como abrangida pelo monopólio do desenvolvimento de determinadas atividades econômicas.” (STF, 2005, p.218).

6 Análise da disciplina jurídica do petróleo e do gás natural: atividade e propriedade

A partir das informações coletadas e da história narrada, é necessário interpretar o §1º, do art. 177, da Constituição, ou seja, determinar o seu alcance e seu sentido para além de sua leitura gramatical, sistemática, lógica, de modo a incluir uma interpretação histórica e teleológica, em virtude do advento da Emenda Constitucional 9/1995.¹⁹

¹⁹ Reconhece-se, entretanto, que as palavras, por mais poder que tenham, não transmitem espontaneamente o seu sentido aos intérpretes. Além disso, os contextos e as relações a que as palavras são submetidas são capazes de alterar consideravelmente o substrato semântico de qualquer significante. Parte-se, portanto, da noção de que a interpretação é um termo intrinsecamente plural. Para além de uma interpretação baseada na linguística e nas suas relações sintáticas, ou ainda de uma interpretação hermenêutica, que pressupõe que o texto tem um sentido que emerge de uma dialética (autor, texto, intérprete), deve ser considerada a interpretação pós-modernista, segundo a qual o texto é visto como uma pluralidade de sentidos desconstrutivistas, de onde emerge a falta de modelo e de simetria e por causa da qual submerge o estruturalismo racionalista moderno. Desse modo de interpretar, não decorre logicamente a impossibilidade de se comunicar ou de gerar conhecimento. O que ocorre é uma atualização do sentido do texto, ou seja, submete-se o texto ao escrutínio do real e não apenas ao de suas verdades discursivas. Atualiza-se o sentido por meio da troca entre pessoas (na comunidade científica, por exemplo) de seus sentidos sobre o que se observa, através do conflito e complementação recíprocos. Do contrário, a afirmação de um mesmo sentido, de maneira absoluta,

A flexibilização do monopólio, ou seja, a instituição do monopólio virtual (competência pública, mas não exercício de fato), no contexto de Reforma do Aparelho do Estado²⁰, permitiu a realização de contratos com empresas privadas e estatais para o exercício das atividades petrolíferas monopolizadas, observadas as condições estabelecidas em lei.

A lei, por sua vez, deveria garantir o fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; as condições de contratação; a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

É fato que a EC 9/1995 inovou no ordenamento jurídico e, desse modo, não é mais possível tentar interpretar o monopólio ou a extração e a produção de petróleo e gás como se ela não tivesse ocorrido ou, ainda, ignorar os motivos por que foi editada.

Retrospectivamente, podemos elencar três razões que embasaram a alteração: (i) abrir o mercado brasileiro, sob o influxo neoliberal, às empresas privadas, (ii) aumentar a produtividade do setor e (iii) desvencilhar a Petrobras dos encargos que o monopólio exigia.

É preciso, portanto, interpretar o §1º, do art. 177, da CF, por meio da tensão das forças que o alteraram.

Esse dispositivo passou a permitir – a *contrario sensu* da antiga redação – contratos (não necessariamente de concessão) que envolvessem risco.

Nesse sentido, convém observar que os contratos de risco haviam sido proibidos, na Constituinte de 1988, em evidente contraposição aos contratos iniciados no governo Geisel (1975), e principalmente, em contraposição à possibilidade de a União ceder ou conceder participação em espécie ou em valor na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural para além do disposto no art. 20, §1º da CF.

Cabe frisar que, no contrato de concessão²¹ da Lei nº 9.478, de 1997, o que se concede é a atividade reservada, não o uso de um bem público qualquer.

caracterizaria uma ditadura semântica, que, em última análise, baseia-se na premissa temerária de que existe uma interpretação acima de todas as outras. No entanto, se é possível ter certeza sobre algo, esse algo é a provisoriedade do que se tem certeza (ou melhor, da conclusão provisória). O empreendimento de uma reconstrução histórica de fatos e de conceitos exige, portanto, o abandono da certeza e a adoção como ponto de partida a aceitação da aporia (sem poros, caminhos). É necessário criar um sentido provisório a ser contrastado com outros emitidos sobre os mesmos fatos, uma vez que os fatos (assim como as palavras), por mais poder que tenham, não falam por si mesmos.

²⁰ Segundo o Plano de Governo, “A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por conseqüência, da inflação. Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais. (...) Um dos aspectos centrais desse esforço é o fortalecimento do Estado para que sejam eficazes sua ação reguladora, no quadro de uma economia de mercado, bem como os serviços básicos que presta e as políticas de cunho social que precisa implementar.” (Presidência da República, 1995, p.6)

²¹ A natureza jurídica do contrato de concessão utilizado na exploração e produção de petróleo e gás é objeto de controvérsia na doutrina brasileira. Há quem defenda tanto a natureza privada—pela natureza econômica da atividade—(MUKAI, 1999, p.52) como a pública —pelas cláusulas exorbitantes e a presença do Estado—(MORAES, 2001, págs. 3/4) e ainda a natureza híbrida (pública e privada) da concessão (ARAGÃO, 2006, p. 20), ou ainda, defenda um *sui generis* contrato de direito econômico (VILLELA SOUTO, 2003, p.19). Além disso, há quem discuta com base na definição do petróleo como bem público especial (BERCOVICI, 2011, p.291) ou dominial (VILLELA

Noutro giro, por uma perspectiva diacrônica, é importante observar que, além da decisão do STF, que por maioria aderiu à tese do Ministro Eros Grau, na qual era explícita a visão do petróleo como bem público dominical, a própria realidade fática corrobora a tese do Ministro.

É fato que o petróleo é um bem destinado a uma exploração econômica (atividade da economia do Estado). Além disso, a possibilidade de alienação do petróleo foi um dos motivos por que foi editada a Emenda Constitucional 9/1995.

Em respeito à divergência sobre esse tema, convém analisar que a classificação tradicional de bens públicos (uso comum do povo, especial e dominical) é disciplinada, atualmente, pelo Código Civil, de 2002, (arts. 98-103) e extensamente trabalhada pela doutrina pátria. Legalmente, é necessário que uma lei proceda à desafetação de um bem público (de uso comum do povo ou de uso especial) para que ele se torne dominical, portanto, passível de alienação (art. 100, do CC/2002)²².

A fim de dirimir dúvidas a respeito da classificação do petróleo e do gás natural como dominicais, vale o seguinte exercício argumentativo: (i) se o artigo 100, do CC, disciplina a condição necessária para que um bem público seja alienado (a edição de lei); (ii) se a lei deve ser editada conforme a Constituição; além disso, (iii) se é verdade que a própria Constituição (EC 9/1995) permite a alienação do petróleo de acordo com uma lei a ser editada a fim de disciplinar o contrato de exploração de uma atividade reservada; e, por fim, (iv) se existe a lei (por exemplo, a 9478/1997) que regula, conforme mandamento constitucional, a alienação do petróleo e do gás pelo Estado como forma de contraprestação pelo risco assumido no exercício de uma atividade reservada; então, conclui-se que não há óbice para que se entenda que o petróleo e o gás sejam bens desafetados tanto pela perspectiva constitucional quanto pela legal.

Antes da flexibilização do monopólio, no entanto, poder-se-ia defender a tese de que o petróleo era um bem afetado ao exercício de uma finalidade pública exercida pela empresa estatal Petrobras, conforme assinalou Eros Grau, em seu voto na ADI 3273/2005. Naquele momento histórico, o monopólio projetava-se da atividade de extração para o seu respectivo produto. Tal situação, entretanto, não mais se sustenta após o advento da EC 9/1995.

SOUTO, 2003, p.18), se há contrato de uso de bem público (BERCOVICI, 2011, p.291) ou ainda um contrato cujo objeto é uma atividade antes reservada apenas ao Estado (ARAGÃO, 2006, p. 15; TOLEDO, 1999, p. 198). Em regra, quem defende a tese de que o contrato deve ser classificado como de concessão de uso, entende que o petróleo é um bem público especial, portanto, não pode ser livremente transacionado pelo Estado. Segundo Gilberto Bercovici, “A natureza jurídica do contrato de concessão de exploração de petróleo, assim como o contrato de concessão de lavra mineral, é a de um contrato de concessão de uso de exploração de bens públicos indisponíveis, cujo regime jurídico é distinto em virtude da Constituição e da legislação ordinária, portanto, a de um contrato de direito público. Estas concessões são atos administrativos constitutivos pelos quais o poder concedente (a União) delega poderes aos concessionários para utilizar ou explorar um bem público.” (BERCOVICI, 2011, p.291)

²² É importante ressaltar que a EC 9/1995 e a Lei nº 9478, de 1997 foram criadas na vigência do Código Civil de 1916, que no seu art. 66, a exemplo do CC/2002, também classificava os bens públicos como de uso comum do povo, uso especial e dominical. Além disso, no art. 67, do CC/1916 estabelecia que: “os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, **nos casos e forma que a lei prescrever.**” (grifo nosso) Portanto, em ambas as redações do texto do Código Civil, a alienação de bens públicos é possível e deve ser feita conforme a lei.

Paralelamente a essa conclusão, é importante reforçar que a classificação do petróleo e do gás como bens públicos dominicais não implica em modulação da competência pública relativa à exploração desses recursos energéticos.

Ao contrário disso, a alienação do petróleo e do gás natural é prevista como decorrência do exercício da competência estatal, exercida por meio de delegação por via contratual (prevista em lei: art. 26, da Lei do Petróleo). Trata-se, assim, da materialização de uma faculdade estatal, ou seja, em última análise, significa um exercício de soberania.

Ao particular é permitido aderir ao instrumento contratual que o estado utiliza para convocar interessados no exercício de sua atividade reservada. Isso quer dizer que somente quando – e nos termos delineados pelo Estado – for delegada a atividade reservada, o particular poderá usufruir o bem público em forma de pagamento pelo serviço prestado (exatamente como prevê a Constituição no §1º, do art. 177).

Há, portanto, harmonia sistemática na previsão de contraprestação pelo risco assumido pelo concessionário, a quem se concede, em espécie, o produto da lavra (ressalvadas as participações governamentais²³ de que trata o art. 45 da Lei do Petróleo).

Essa forma de contraprestação, entretanto, não é constitucionalmente estanque em contraposição ao que dispõe o art. 176 da CF. Neste artigo, há a previsão constitucional da titularidade do concessionário sobre o bem extraído. O mesmo não ocorre com o petróleo e o gás, cujas contraprestações pela atividade de exploração são definidas por lei.

Na esteira do raciocínio desenvolvido, é possível afirmar que o petróleo e o gás natural, quando extraídos em regime de concessão – contrariando a consciência popular – não são nossos, caso o explorador seja uma empresa privada. Ao país caberão apenas as participações governamentais, na forma da lei. De outro lado, os recursos petrolíferos ainda não extraídos são nossos.

Entretanto, deve-se frisar que a Constituição se refere a contrato de forma ampla para delegar as atividades petrolíferas monopolizadas, enquanto que o art. 176, da CF, refere-se apenas ao instrumento da concessão.

Essa particularidade assume um papel vigoroso no atual marco regulatório do Pré-sal, no qual é mais nítido o alcance da EC 9/1995.

²³ Entre as participações governamentais, destaca-se, em razão de sua relevância federativa, o royalty. Na origem, quando o termo royalty apareceu pela primeira vez em uma legislação brasileira (Lei 2004/1953), um dos seus fundamentos jurídicos era o seguinte: “A União tem o direito, como proprietária que é das jazidas petrolíferas, de exigir, royalty, regalia, preço ou que nome tenha a renda que, com fundamento no inciso III do artigo 30 da Constituição Federal, queira estabelecer para ser paga pelas entidades que utilizem aqueles seus bens, e empregada nos fins que à União aprovar.” (...) “A renda minerária é juridicamente, sem dúvida, uma renda típica, nascendo do *jus soli* ou da instituição da propriedade mineral, conforme concepção que prevaleça sobre seu domínio, mas definitivamente ligada à ideia de direito do proprietário e não dos poderes tributários do titular eminente ou da soberania.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1958, p. 464)

7 Marco regulatório do Pré-sal: o contrato de partilha de produção

O instrumento contratual aprovado pelo Congresso Nacional a fim de instrumentalizar a delegação da atividade reservada vinculada à extração petrolífera, no Pré-sal, foi o contrato de partilha de produção²⁴ em detrimento do contrato de concessão.

A argumentação utilizada pelo governo, para a instituição desse novo instrumento contratual, foi a de que o Brasil é estável para atrair investidores, possui segurança jurídica e baixo risco exploratório. O novo modelo de contrato é definido no art. 2º, inciso I, da Lei 12.351/2010.²⁵

De forma análoga à concessão, permite-se a atribuição de atividade reservada a empresas privadas. A diferença-chave reside na nova forma de remuneração do capital de risco: custo em óleo e óleo lucro²⁶, que são espécies da participação no produto da lavra.

Nesse contrato, ainda é prevista a participação da Petrobras, em consórcio e como operadora única (art. 4º) nos empreendimentos contratados. Além disso, há áreas em que haverá cessão onerosa à Petrobras, como disposto no art. 1º, da Lei nº 12.276, de 2010.²⁷

É possível evidenciar que, no caso da cessão onerosa, o Estado volta à condição de monopolizador de fato e de direito, possibilidade que, de forma nenhuma, a EC 9/1995 extinguiu.

Nos demais casos de partilha de produção, a União passa a não mais conceder todo o petróleo extraído ao contratado, uma vez que se concede ao contratado apenas uma parte do que for extraído. E, assim, a lei aproxima esse contrato a um contrato de serviço.

²⁴ “A primary objective of a PSC is to develop the host country’s petroleum reserves, using the capital and technological expertise of the IOC while maintaining sovereignty and control of the reserves.” (TRANSACTIONS, 2010, p.471) Tradução livre: “Um objetivo primário de um PSC [contrato de partilha de produção] é desenvolver as reservas petrolíferas do país hospedeiro, usando o capital e a expertise tecnológica da IOC [companhia petrolífera internacional] de modo a manter a soberania e controle das reservas.”

²⁵ De acordo com esse dispositivo legal, partilha de produção significa: “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 apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.”

²⁶ Nesse sentido, é importante observar que “Em um contrato de partilha da produção, o contratado tem direito a recuperar seus custos, apropriando-se de uma parcela não excedente a certa porcentagem da produção anual do contrato. Essa parcela é conhecida como petróleo custo. O saldo ainda não recuperado é transportado para ser recuperado no(s) ano(s) seguinte(s), com base no mesmo princípio. O petróleo custo é valorado usando-se o preço de mercado do petróleo antes de ser confrontado com os custos recuperáveis.” (...) “A parcela da receita de petróleo remanescente após a dedução do petróleo custo é conhecida como petróleo lucro.” (SANTOS, 2011, págs. 254/255)

²⁷ De acordo com essa norma: “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 Federal, em áreas não concedidas localizadas no pré-sal. § 1º A Petrobras terá a titularidade do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos produzidos nos termos do contrato que formalizar a cessão definida no caput. § 2º A cessão de que trata o caput deverá produzir efeitos até que a Petrobras extraia o número de barris equivalentes de petróleo definido em respectivo contrato de cessão, não podendo tal número exceder a 5.000.000.000 (cinco bilhões) de barris equivalentes de petróleo.”

8 Conclusão

A análise legislativa da tramitação da Emenda Constitucional 9/95 e da Lei nº 9.478, de 1997, e também de seus reflexos na jurisprudência e na doutrina, nos permitiram inferir que a delegação da atividade reservada do estado não interferiu na propriedade do petróleo e do gás natural, classificados como bens públicos dominicais. Em outras palavras: do monopólio ao novo marco regulatório do Pré-sal, “o petróleo (ainda) é nosso”.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O contrato de concessão de petróleo**. REDAE, nº 5, Salvador-Bahia. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-ALEXANDRE%20ARAG%C3O.pdf>. Acesso em: 01/09/2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, verão de 2011, pag. 235.

BRASIL, **Constituições Federais de 1967 e de 1988**, Decreto 24.642/1934; Decreto-lei 336/1938; Decreto-lei 1985/1940; Decreto 3236/1941; Lei 2004/1953, Decreto-lei 227/1967; Lei 9478/1997, Lei 11.406/2002; Lei 12.351/2010, Lei 12.276/2010.

BUCHÉB, José Alberto. **Direito do Petróleo: a Regulação das Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 3-4.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Histórico do art. 177 da CF/88** fornecido pelo Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados (CDI) em 2011.

_____. **Anais da Câmara, PEC 6/95, 1995.**

_____. RESENDE, Eliseu. **Parecer** da Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer sobre o PL nº 1.210/1995, 1997.

_____. **Exposição de motivos** da lei 9478, PL 2142/1996, de 1997.

_____. **Emenda nº 280** proposta pelo deputado Nilson Gibson, em 4/11/96, pag. 420 dos anais da Câmara sobre a tramitação da lei 9478/97.

_____. **Parecer** da Comissão de Constituição Justiça sobre a consulta da Comissão de Finanças. 2 de junho de 1952. *In* Documentos Parlamentares. Petróleo (Petrobras II) VI, 1958, págs. 461-465.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 3ª edição, 1997. Editora Malheiros. São Paulo, pag. 146-147.

O Globo, Rio de Janeiro, p. 2, 30/08/ de 1988. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/105344>. Acesso em: 30/08/2011.

LEITE, Fabrício Rozário Valle Dantas. **As participações governamentais na indústria do petróleo sob a perspectiva do Estado-Membro: importância econômica, natureza jurídica e possibilidade de fiscalização direta**. REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO, p. 541, jul-dez 2009. Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/direitogv10/15.pdf>. Acesso em: 30/08/2011.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional: a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta**. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público-RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, abr./jun. 2010, p. 06. Disponível em:

http://www.gern.unb.br/administrator/components/com_jresearch/files/publications/LeituraIntegradaIndustriaEnergiaConstituicao.pdf. Acesso em: 30/08/2011.

Monopólio e Serviço Público nas Constituições Brasileiras (1981-1934). Disponível em: <http://www.gern.unb.br/index.php/publicacoes/listagem-completa-das-producoes?controller=publications&task=show&modelkey=tabular&id=19>. Acesso em: 30/08/2011.

MENEZELLO, Maria da Assunção Costa. **A regulação e o direito do petróleo: introdução ao Direito do Petróleo e Gás.** Direito Administrativo Econômico, 1º edição, 2ª tiragem, editora Malheiros.

MORAES, Alexandre de. **Regime jurídico da concessão para exploração de petróleo e gás natural.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2426>>. Acesso em: 5 out. 2011.

MUKAI, Toshio. **Contrato de exploração de petróleo e gás natural: natureza jurídico-privada e suas consequências- parecer.** Revista Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública. Nº 8. Agosto de 1999, p. 39-55.

Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado.** Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>

SANTOS, Edmilson Moutinho dos. **Petróleo e Gás Natural: como produzir e a que custo.** Rio de Janeiro, Synergia, 2011.

Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.273/DF, 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=408864>

TOLEDO, Gastão Alves de. **Aspectos do contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, celebrado com a Agência Nacional de Petróleo—ANP.** Revista dos Tribunais. Ano 7. Nº 28. Julho-Setembro de 1999. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, pág. 180/207.

TRANSACTIONS, **International Petroleum.** Third Edition. Rocky Mountain Mineral Law Foundation 2010.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás Natural.** Revista L&C, nº 59, maio de 2003, pgs.17-21.

Artigo recebido em: 29/04/2013

Artigo aceito para publicação em: 08/07/2013